dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 2/2020
Data di pubblicazione – 1 maggio 2020

Crisi patrimoniali e finanziarie nella legislazione emergenziale del Paese di Acchiappacitrulli. Note sugli articoli 5-10 d.l. n. 23/2020 in materia di diritto delle società di capitali e procedure concorsuali.

di
Luigi Salamone*

SOMMARIO: Introduzione - 1. I provvedimenti emergenziali del d.l. 8 aprile 2020 n. 23. - 2. L'evoluzione delle discipline del capitale e del dissesto d'impresa sino all'esplosione pandemica. - 2.1. L'avvio del dibattito all'interno degli ordinamenti europeo-continentali circa il mantenimento del sistema del capitale nominale… - 2.1.1. … e gli equivoci sulle funzioni del capitale nominale. -**2.2.** ***Concorrenza tra ordinamenti e migrazione degli imprenditori.*** 2.3. L'evoluzione degli ordinamenti europeo-continentali dell'ultimo ventennio. - 2.4. La riforma italiana del diritto delle società di capitali del 2003. - 2.5. L'evoluzione ordinamentale italiana successiva al 2003: a) la marginalizzazione del capitale nominale. - 2.6. Segue: b) il sistema complessivo risultante dalla nuova disciplina della prevenzione e della sistemazione del dissesto imprenditoriale. - 3. L'emergenza pandemica Covid-19 e le domande di tutela prospettate. - 4.1. Segue: i finanziamenti dei soci. Profili di costituzionalità. -5. Le misure emergenziali relative al bilancio d'esercizio - 5.1. I bilanci (intertemporali) di liquidazione. - 6. Il rinvio dell'entrata in vigore del codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza. - 7. Le misure emergenziali in materia di dichiarazioni di fallimento o dello stato d'insolvenza. Profili (e dubbi) di costituzionalità. - 8. Le misure emergenziali in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti. - 8.2. Facoltà di modifica della proposta e del piano di concordato o di accordo di ristrutturazione ancora non omologati. - 8.2.1. Modifica dei contenuti (art. 9, comma 2, d.l. cit.). - 8.2.2. Modifica dei termini dell'adempimento del c.p. o dell'a.r.d. prima dell'omologazione (art. 9, comma 3, d.l. cit.). - 8.3. Concessione di proroga del termine del deposito della proposta e del piano in caso di domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva (art. 9, comma 4, d.l. cit.). Proroga del divieto delle azioni esecutive e cautelari nel caso di trattativa di accordo di ristrutturazione ai sensi della comma 7 dell'art. 182-bis l.fall. (art. 9, comma 5, d.l. cit.).

Introduzione

Il tempo che stiamo attraversando è tanto scuro da rendere ragionevole l'opzione del silenzio, per lasciare spazio solo alle azioni. Soccorre tuttavia un altro pensiero, per il quale abbandonare il campo – da parte di coloro che hanno il privilegio di continuare

* Professore ordinario di diritto commerciale - Università di Cassino e del Lazio Meridionale.

ad operare dalla clausura domestica – sarebbe quanto agevolare la crisi sanitaria, sociale e civile di una comunità.

Notoriamente, la pandemia COVID-19 ha imposto il blocco della maggior parte delle attività produttive. Già ne è conseguita una crisi sistemica che rapidamente sta investendo l'economia mondiale e produrrà conseguenze ancora oggi difficilmente stimabili, in settori merceologici vari (industria; commercio; servizi bancari, finanziari, assicurativi, di trasporto; etc.)

Vi sono tuttavia leggi emergenziali da esaminare, come doveroso per chi questo fa di mestiere. Ad alcune disposizioni – e non ad altre, per scelta di approfondimento selettivo di chi scrive – saranno dedicate le pagine a seguire. Con l'avvertenza, che rivolgiamo anzitutto a noi stessi, che si tratta pur sempre di un decreto legge, come tale soggetto a mutamenti in fase di conversione: quella che segue deve considerarsi nient'altro che una scheda di appunti sparsi riordinati (*aggiornamento: 21 aprile 2020*).

1. *I provvedimenti emergenziali del d.l. 8 aprile 2020 n. 23.*

Il decreto legge 8 aprile 2020, n. 23 (anche detto "decreto liquidità", evocando riduttivamente solo alcune misure) detta regole che intersecano il diritto delle società di capitali e il diritto delle crisi di impresa:

a) quanto al diritto delle società di capitali: la sospensione a tempo degli obblighi di riduzione del capitale sociale per perdite (art. 6 d.l. n. 23/2020); l'esenzione a tempo di finanziamenti dei soci e finanziamenti infragruppo dalla regola della postergazione (art. 8 d.l. n. 23/2020); la misura a carattere altrettanto temporaneo relativa ad un particolare criterio di valutazione che guida la redazione del bilancio (art. 7 d.l. n. 23/2020);

b) quanto al diritto delle procedure concorsuali: il rinvio dell'entrata in vigore del codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza al 1° settembre 2021 (art. 5 d.l. cit.); l'improcedibilità di domande di dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza nelle procedure di liquidazione coatta amministrativa o di amministrazione straordinaria depositate tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020 (art. 10 d.l. cit.); le misure varie di *favor debitoris* a tempo in materia di procedure pendenti di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 9 d.l. cit.).

2. *L'evoluzione delle discipline del capitale e del dissesto d'impresa sino all'esplosione pandemica*.

Ma per una migliore chiarezza è indispensabile tornare indietro di circa venti anni, sino al 1999 [1]. Nel primo decennio Duemila sono avvenuti i fatti che hanno orientato il legislatore degli anni Duemiladieci, di cui le norme anti-pandemiche non sono che una prosecuzione.

Iniziamo con le misure societarie di contrasto verso le crisi patrimoniali per poi ricostruire invece la parallela evoluzione delle misure di prevenzione e di sistemazione delle crisi finanziarie.

Chiarisco che per «crisi patrimoniali» intendo – secondo l'uso corrente dell'espressione – le perdite, più o meno gravi, vale a dire il saldo di gestione negativo (più o meno importante) emergente dal bilancio di esercizio; tralascio ogni discorso relativo al saldo finale di gestione, il cui calcolo/accertamento prescinde nel nostro ordinamento dal sistema del capitale nominale, di cui vado a dire.

Secondo le norme che il codice civile dedica alle società di capitali, il capitale nominale statutario, dapprima, e il capitale minimo legale, poi, offrono lo strumento di misurazione delle perdite da ripianare; così come il capitale nominale statutario, se il saldo è positivo (c.d. utile), ci consente periodicamente di calcolare quanta parte del patrimonio sociale può formare oggetto di riappropriazione dai soci in forma di dividendo. Di particolare importanza, si diceva, il ruolo del capitale nella disciplina degli articoli 2446-2447 c.c. (per la società per azioni) e degli articoli 2482-bis, 2482-ter, 2482-quater c.c. (per la società a responsabilità limitata) non solo per misurare le perdite, ma per applicarne con gradualità la disciplina di sopportazione, sovente compendiata attraverso la formula (abusata) «ricapitalizza o liquida»[2].

[1] È deliberatamente omessa nei §§ 2. ss. ogni citazione bibliografica della dottrina «ante-pandemia». Per quanto in particolare di attinenza ai temi affrontati sia permesso rinviare a due miei lavori: il primo, *Funzione del capitale e funzionamento del netto nella società a responsabilità limitata, oggi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 14 ss.; il secondo, *Il capitale e i conferimenti*, in *Trattato s.r.l.* diretto da C. Ibba e G. Marasà, in corso di stampa per i tipi di Giuffrè.

[2] Meglio detta (a mio avviso) «riorganizza o liquida»: le disposizioni ricordate pongono infatti la compagine sociale di fronte alla scelta, nel caso delle perdite più gravi, tra *i*) ricapitalizzazione (= riorganizzazione del patrimonio sociale), *ii*) trasformazione della società in un tipo societario diverso (= riorganizzazione strutturale dell'ente), ovvero *iii*) scioglimento di diritto.

La disciplina del codice civile aveva, nelle originarie intenzioni legislative, la funzione – nei casi meno gravi - di segnalare quali perdite costringessero, attraverso riorganizzazione patrimoniale, un ripensamento dell'iniziativa, nonché – nei casi più gravi - di porre fuori mercato (v. art. 2484, comma 1, n. 4, c.c.) la società quando nessuno (soci od anche terzi nuovi sottoscrittori) creda più nell'iniziativa (secondo lo stesso codice organizzativo ma con nuovi capitali o secondo un codice organizzativo diverso: ad es., non più come s.p.a. ma come s.r.l.; non più come s.r.l. ma come società di persone). Questa importante funzione di misurazione riconosciuta al capitale nominale è usualmente evocata attraverso una suggestiva espressione, di «campanello d'allarme», che distingue tra un «codice giallo» (art. 2446 c.c. per la s.p.a.; art. 2482-bis c.c. per la s.r.l.) ed un «codice rosso» (art. 2447 c.c., per la s.p.a.; artt. 2482-ter e 2482-quater c.c., per la s.r.l.) – espressione che ha ampia circolazione nelle esperienze giuridiche europeo-continentali (*sonnette d'allarme; Warnsignal*).

Di qui, è stato anche sostenuto che in particolare il capitale minimo per legge avesse funzione di presidio tipologico (perché per mantenere il codice organizzativo della società per azioni i soci debbono come minimo mantenere investiti nell'iniziativa cinquantamila euro effettivamente esistenti; oppure diecimila euro nella società a responsabilità limitata).

Il mettere fuori mercato l'iniziativa è tradizionalmente ritenuto norma di chiusura, ad evitare che la crisi patrimoniale di maggiore entità evolva in crisi (anche) finanziaria, con conseguente ribaltamento del rischio d'impresa dai soci sui creditori. E così la detta funzione di segnalazione, evocata con le metafore ricordate non soltanto nella lingua italiana. Così è stato sino alla conclusione del primo decennio del Terzo Millennio.

Parallelamente, per «crisi finanziarie» si intendono correntemente i dissesti, reversibili o meno: le carenze di liquidità tali da rendere l'imprenditore un debitore non più in grado di soddisfare i propri creditori attraverso *adempimenti esatti* (art. 5 l.fall.; art. 2, lettere a, b, c, codice delle crisi di impresa e dell'insolvenza [d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14]).

Nulla impedisce, peraltro, che i fenomeni possano risultare concatenati, ad es. che la crisi reddituale (percepibile in prima battuta dal conto economico del bilancio d'esercizio della società) possa degenerare in crisi finanziaria se non immediatamente seguita da interventi correttivi sulla gestione e/o sull'organizzazione dell'impresa;

come ad es. anche una crisi patrimoniale (percepibile allora in prima battuta dallo stato patrimoniale del bilancio – es. il venir meno di un cespite iscritto con conseguente eliminazione della relativa iscrizione dal bilancio: la rovina di un bene immobile o mobile; il venir meno di una privativa [marchio registrato; brevetto; etc.] per intervenuta dichiarazione giudiziale di nullità; l'insolvenza sopravvenuta di un debitore della società) possa degenerare in una crisi finanziaria; ovvero ancora una crisi reddituale che degeneri in crisi finanziaria e infine in patrimoniale. Del pari, il dissesto finanziario potrebbe non apparire sotto il profilo patrimoniale: ciò avverrà quando l'iscrizione (ad es. a valori di libro) di poste di attivo illiquido in misura prevalente sull'attivo liquido non faccia anche emergere la perdita (*infra*, § 2.1.1;§ 2.5.-2.6.; § 4).

2.1. ***L'avvio del dibattito all'interno degli ordinamenti europeo-continentali circa il mantenimento del sistema del capitale nominale…***

Senonché, chi si occupi di diritto positivo sa di mai poter contare su certezze durevoli, come a tutti ha insegnato Julius Hermann von Kirchmann, bastando poche assestate parole del legislatore a far crollare intere biblioteche.

Così è stato anche per il capitale nominale (statutario e minimo legale). Il legislatore del secondo decennio, da poco conclusosi, si è dato carico di smentire poco alla volta le certezze che ci si è provati poco sopra a riassumere, così da indurre – oggi – il dubbio legittimo che il capitale non sia più né un rilevatore efficiente di crisi (già, ma in che senso?), né una salvezza della sopportazione dai soci del rischio d'impresa, né un presidio tipologico. O meglio: che se tale ancora oggi appaia, si tratta, se non di illusione ottica, di mera disciplina residuale. Secondo questa linea evolutiva si è mosso il recentissimo legislatore degli articoli 6 e 8 d.l. 23/2020.

Si diceva che nel 1999 e poi nel 2002 la Corte di Giustizia Europea pronuncia rispettivamente le sentenze *Centros Ltd*. (9 marzo 1999, causa C-212/97) e *Überseering BV* (5 novembre 2002, causa C-208/00) le quali hanno riconosciuto la legittimità della costituzione di una s.r.l. in un Paese membro e l'operatività della medesima in un altro, senza che il capitale minimo ovvero l'assenza di questo – richiesto da alcuni ordinamenti anche per la s.r.l. e non da altri – potesse ostacolare la libertà di stabilimento.

Di qui lo svilupparsi, all'interno degli ordinamenti continentali, tutti all'epoca caratterizzati dalla necessità del capitale minimo nella misura fissata per legge sia nella società per azioni sia nella società a responsabilità limitata, di un dibattito sulla superfluità del medesimo nella tutela dei creditori, quando non d'impedimento di nuove iniziative. Presi ad esempio, dai fautori dell'abolizione, erano taluni ordinamenti anglosassoni (es. Inghilterra; Repubblica di Irlanda) e angloamericani (es. Delaware). All'opposto, i fautori della conservazione della disciplina del capitale nominale assumevano quale stella polare l'ordinamento tedesco.

D'altro canto, l'adozione nel 1977 della Seconda Direttiva comunitaria[3], destinata ad applicarsi alla sola società per azioni, eliminò *ab origine* dall'agenda qualsiasi dibattito circa l'utilità del mantenimento del sistema del capitale in questo tipo di società. Nessun ostacolo invece si sarebbe interposto verso i Paesi Membri che, esercitando prerogative sovrane, avessero inteso modificare il diritto della società a responsabilità limitata.

Fu così che l'attenzione, per lungo tempo, venne appuntata esattamente alle esperienze della s.r.l. (Limited Partnership – Ltd.) di diritto inglese o irlandese.

2.1.1. … *e gli equivoci sulle funzioni del capitale nominale.*

Il dibattito, tuttavia, si portava e sembra portarsi dietro tuttora alcuni equivoci. Secondo chi scrive:

A) è falso che il capitale nominale sia una tecnica di diretta protezione dei creditori sociali, potendo esserlo soltanto indirettamente ed eventualmente, regolando *i*) i poteri dispositivi dei soci in ordine al patrimonio sociale e *ii*) la cessazione dell'iniziativa nei casi di perdite più gravi non ripianate;

B) il capitale è un misuratore degli utili che ai soci è consentito distribuirsi nonché delle perdite da ripianarsi (poi: non gravi, gravi e gravissime);

C) il capitale limita la disponibilità dai soci di una parte più o meno consistente del patrimonio sociale, nel senso che gli stessi non possono legittimamente riappropriarsene a meno di modificare l'atto costitutivo riducendolo. Il principio

[3] Il riferimento è alla Direttiva n. 77/91/CEE, di armonizzazione del diritto delle società, ora rifusa nella Direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017, successivamente modificata con Direttiva (UE) 2019/1151 del 20 giugno 2019. La Direttiva n. 77/91/CEE fu trasposta per la prima volta in Italia dal d.P.R. 10 febbraio 1986, n. 30.

presso di noi emerge ad es. attraverso l'art. 2445 c.c. e l'art. 2482 c.c.; all'opposto, in Germania forma oggetto di espresse enunciazioni di carattere generale: § 271 (3) *AktG*; § 31 *GmbHG*.

C.1) Il limite, offerto dal capitale nominale, al potere dei soci di riappropriarsi integralmente del patrimonio sociale prima della cessazione dell'iniziativa non costituisce peraltro una diretta tutela per i creditori, perché la parte di patrimonio destinata a restare immobilizzata è individuata solo quantitativamente attraverso le poste dell'attivo di bilancio. Dunque, nessuna garanzia che resti nel patrimonio sociale qualche bene agevolmente espropriabile dai creditori. Anzi, nel patrimonio sociale potrebbero persino sussistere beni agevolmente espropriabili da parte dei creditori che, non essendo più iscritti nello stato patrimoniale, il sistema del capitale nominale non rileva più nella quantificazione dell'utile da distribuire ai soci e/o della perdita da ripianare (*supra*, punto A): si pensi ad immobilizzazioni (beni immobili; beni mobili non colpiti da obsolescenza; privative industriali tuttora valide ed efficaci) il cui costo di acquisto è stato integralmente ammortizzato; all'esaurimento del piano pluriennale di ammortamento, il cespite deve essere eliminato tanto dal conto economico (costi della produzione) quanto dallo stato patrimoniale (immobilizzazioni) e se ne darà mera informazione in nota integrativa. Il capitale non è una «cassaforte» nella quale teniamo bloccati lingotti d'oro ed altri preziosi a disposizione dei creditori; non è neppure un conto corrente bancario vincolato all'ordine di un'autorità esterna alla società e a disposizione delle azioni esecutive dei medesimi;

D) il capitale obbliga al ripensamento (patrimoniale oppure organizzativo) l'iniziativa in perdita prima che la crisi da patrimoniale degeneri in finanziaria, ma soltanto secondo *id quod plerumque accidit*, potendo le cose andare in modo molto diverso: come dirò più avanti, le crisi finanziarie possono originare anche in assenza di crisi patrimoniali; sicché:

D.1) in questo senso, ma soltanto in questo senso, ne possono trarre giovamento i creditori;

D.2) in questo senso, e soltanto in questo labile senso, possiamo stabilire un debole collegamento tra sistema del capitale e regole della sopportazione del rischio d'impresa;

E) proprio perché il capitale non è una «cassaforte» che tiene bloccate risorse che, se invece liberate, potrebbero invece utilmente investirsi nell'impresa societaria, tutto il dibattito è partito da un equivoco.

2.2. *Concorrenza tra ordinamenti e migrazione degli imprenditori*.

Ma oramai era troppo tardi per fermare la migrazione dei nostri imprenditori. Non mi riferisco alle realtà grandi e grandissime (quelle migrano quasi sempre perché attratte da fattori di varia natura: «agevolazioni fiscali» di alcuni Paesi, sia intra- sia extra-comunitari, politiche di sostegno finanziario di settore seguite da Governi nazionali, costo della manodopera, etc.). Parlo delle realtà piccole, medie, fermandomi a considerare le medio-grandi, influenzabili *anche* dalla variabile di un sistema patrimoniale «senza capitale nominale» e di costi di costituzione contenuti.

Si stimolò allora un dibattito sulla *concorrenza tra ordinamenti*, anche questo viziato da un equivoco: i cultori del diritto dell'impresa sanno che la concorrenza è competizione tra soggetti esercenti attività economiche; non tra ordinamenti. E così, ogni volta in cui la concorrenza viene tirata in ballo fuori contesto, accade che la moneta cattiva scacci la moneta buona: tutti i Paesi Membri continentali, per tornare attraenti verso gli imprenditori, poco a poco riscrissero le regole nazionali dedicate alla s.r.l.

Ancora, una spinta non trascurabile verso l'evoluzione dell'organizzazione patrimoniale e finanziaria delle società di capitali deve essere ricercata, ad avviso di chi scrive, nel crescente peso del momento della comunicazione sulla legiferazione degli ultimi tre lustri: il vero «male oscuro» dei legislatori dei nostri anni, non solo di quello italiano, nessuno ne è esente, salvo sviluppare la patologia taluni in forma meno grave, altri molto di più. Alla comunicazione e alla generazione di emozioni guardano con crescente attenzione le classi dirigenti di tutte le democrazie del mondo, che si avvalgono di internet e dei *social* per disintermediare la coltivazione del consenso politico dai *media* tradizionali, per definizione intermediati (giornali; radio; televisione). Questo spiega perché la tecnica legislativa mai come in questi ultimi anni sia andata (ulteriormente) scadendo di qualità: il legislatore di un tempo «dettava regole» e il suo principale obiettivo era di farsi capire; quello di oggi sembra più preoccupato di «comunicare» una risposta purchessia alla domanda di tutele. Ne conseguono l'accorciamento dei tempi di gestazione dei testi normativi; la necessità divenuta

oramai abituale di adottare decreti correttivi perché i testi adottati tanto frettolosamente – per ragioni esclusivamente emotive e comunicative – alla prova dei fatti si rivelano pieni di incongruenze e generatori di contenziosi; il mancato ascolto delle comunità professionali ed accademiche incise; la scarsa trasparenza (se non la fretta) con la quale vengono prescelti gli esperti chiamati a far parte delle commissioni nominate dal Governo per lo studio e l'elaborazione dei testi normativi; le modificazioni, altrettanto opache, che intervengono sui testi all'ultimo minuto prima della pubblicazione; i «cantieri aperti» che nel corso anche di due o tre lustri stravolgono il senso di una riforma organica (nelle rare circostanze in cui il legislatore riesca a partorire un testo organico)[4].

2.3. ***L'evoluzione degli ordinamenti europeo-continentali dell'ultimo ventennio*****.**

Così fu la volta di Germania (2008) e Spagna (2013) che adottarono varianti della s.r.l. ordinaria senza capitale minimo legale ma con capitale statutario (rispettivamente la UG - *Unternehmer Gesellschaft* e la *Sociedad Limitada de Formación Sucesiva*), più o meno tendenti (la spagnola soprattutto, la tedesca meno) verso il riassorbimento, attraverso progressiva accumulazione di utili, verso la s.r.l. ordinaria; la francese *société à responsabilité limitée* (2003), al contrario delle prime costituente il tipo ordinario della s.r.l., senza capitale minimo legale ma con capitale statutario; per arrivare al Belgio, con la più recente *société à responsabilité limitée* belga (2019, ma già riformata nel 2010/2014), priva tanto di capitale nominale statutario quanto di capitale minimo legale, ma insolitamente assistita da regole sulla formazione del patrimonio che in tutto riprendono le linee della Direttiva UE destinata alla s.p.a., nonché dotata dei più rigorosi presidi in ordine all'adeguatezza finanziaria del patrimonio che i soci le hanno destinato.

Ad influenzare però gli sviluppi più recenti dell'ordinamento italiano, vi è anche una non completa – ci sia consentito – consapevolezza dei termini di un dibattito che ha guardato ad esperienze straniere messe in contrapposizione benché su basi eterogenee.

[4] P. SPADA, *Dallo statuto del commerciante allo statuto delle imprese*, Relazione per il Convegno «L'impresa ieri, oggi, domani», Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano 3 dicembre 2014, inedita (letta per cortesia dell'A.), §§ 12 e 13 e Conclusioni.

Gli ordinamenti anglosassoni che hanno optato per l'eliminazione del capitale – quelli europei solo per la s.r.l. – hanno posto al centro della riflessione interessi assai diversi dalla rilevazione delle crisi. Da un lato, essi hanno abolito il sistema del capitale nominale sostituendolo con una diversa tecnica di protezione dei creditori, consistente nell'elaborazione, di carattere prevalentemente giurisprudenziale, di indici patrimoniali e finanziari («*ratios*») volti a limitare i poteri dispositivi riconosciuti ai soci sul patrimonio sociale, senza più le limitazioni interposte dal capitale nominale e dalle altre poste del patrimonio netto – i soci potendo legittimamente in linea di principio compiere tutte le distribuzioni che credono purché non pregiudizievoli della continuità d'impresa e dell'interesse dei creditori; i detti indici diventando cioè lo strumento di elaborazione del *quantum* del patrimonio sociale disponibile ai soci, ferme restando, per il caso di violazione, l'apertura di una procedura concorsuale e/o l'irrogazione di sanzioni personali afflittive verso amministratori e soci (sia civili sia penali). La sensazione – giova dirlo espressamente - è che gli ordinamenti anglosassoni avviandosi sull'itinerario dell'abolizione del capitale abbiano avuto di mira quasi esclusivamente la tutela dei creditori.

Sul versante opposto, l'ordinamento tedesco, assimilata (benché mai accantonata) la più risalente concezione del «fondo di garanzia» (*Haftungsfond*), vede il capitale nominale come uno strumento che, limitando la disponibilità del patrimonio sociale verso i soci, tutela se non altro indirettamente i creditori, mentre sotto altro versante ne sostiene, dotando l'impresa sociale di mezzi propri, il rischio d'impresa. Tali orientamenti, in tempi e con modalità diverse, si è detto, non hanno mancato di influenzare correnti di pensiero della dottrina italiana, ma non hanno mai raccolto seguito nella nostra giurisprudenza.

Ora, pare evidente che il pensiero abolizionista anglosassone e quello opposto tedesco si propongano, con mezzi molto diversi, di arginare la voracità dei soci per conservare il patrimonio sociale alla destinazione imprenditoriale: perché i primi non ribaltino sui creditori la sopportazione del rischio d'impresa.

Nella nostra tradizione, tuttavia, il capitale serve a misurare, a cadenze regolari (esercizi), quanta parte del patrimonio sociale possano i soci distribuirsi in forma di utili ovvero l'entità delle perdite da ripianare, con ogni conseguenza di legge. Prova ne sia, secondo i nostri giudici, che quando venga meno l'ordinaria partecipazione dei

dirittifondamentali.it

soci alla distribuzione di utili o al ripianamento di perdite e subentri la partecipazione alla riappropriazione dell'eventuale attivo residuo conseguente all'integrale soddisfazione dei creditori, il capitale nominale perde la detta funzione di misurazione e cessa ogni cautela volta a conservarne l'integrità: il capitale della società disciolta, cioè, non serve più a nulla (cfr. Tribunale di Milano, 17 ottobre 2007 [decreto]). Niente che attenga al sostegno della continuità produttiva dell'impresa; alla corretta sopportazione del rischio d'impresa e più in generale alla sostenibilità dell'iniziativa verso i creditori – funzioni da ricercarsi, semmai, nell'attivo patrimoniale e nel patrimonio netto.

2.4. *La riforma italiana del diritto delle società di capitali del 2003.*

Come si è detto, la società per azioni è coperta dai principi della Seconda Direttiva in materia di armonizzazione del diritto delle società (n. 77/91/CEE), oggi rifusa nella Direttiva n. 2017/1132/UE. Questa normativa sovranazionale: a) non permette abolizione del capitale nominale statutario e del capitale minimo legale; b) impone alcune regole di effettività ed integrità della formazione del capitale.

L'Italia, per un considerevole periodo di anni (tra il 1986 e il 2003), fedele alla configurazione della società a responsabilità limitata come «piccola società per azioni senza azioni» modellata dal codice civile del 1942 (la definizione nel virgolettato è della Relazione al Re di accompagnamento del codice), ha applicato, in assenza di obblighi sovranazionali, alla s.r.l. i principi della Seconda Direttiva.

Quando nel 2003 fu riformata la disciplina delle società di capitali e la s.r.l. assunse una configurazione del tutto nuova (più vicina, per le grandi linee, alla configurazione della *GmbH* tedesca), di società di capitali ad organizzazione corporativa attenuata e residuale, l'opzione del legislatore fu la revisione dei principi in materia di formazione del capitale nominale. La normativa riscritta però risentiva ancora delle linee generali della Seconda Direttiva: se è vero che sul versante della formazione si attenuavano gli oneri nella valutazione dei conferimenti e si ammetteva (pur se condizionatamente) il conferimento di prestazioni d'opera e di servizi, si mantenevano fermi altri principi: a) la necessità del capitale nominale statutario; b) la necessità di un capitale minimo legale (non inferiore ad euro diecimila); c) la necessità che i conferimenti in denaro e l'intero sopraprezzo fossero eseguiti esattamente secondo le modalità previste dalla

normativa comunitaria per la s.p.a., salvo consentire la prestazione di una garanzia sostitutiva così da consentire il rinvio dell'esecuzione del conferimento in denaro; d) il mantenimento delle regole sulle riduzioni obbligatorie del capitale per perdite identiche a quelle previste per la s.p.a. (disciplina, quest'ultima, sia detto chiaramente, estranea alla Direttiva, concentrata sulla fase formativa del capitale).

Questo sistema della s.r.l. trovava infine un importante presidio della «corretta capitalizzazione» nella norma dell'art. 2467 c.c. – norma ripresa quasi pedissequamente dal § 32 a *GmbHG* allora vigente e successivamente abrogato (dal *MoMiG* nel 2007), per essere rifuso con portata più generale nel § 39 (1) n. 5 e nel § 264 *InsO*, nonché nel § 6 *AnfG*. La disposizione italiana prevede la postergazione dei crediti di restituzione dei crediti di un socio che abbia finanziato la società (in qualsiasi forma, anche indiretta: ad es. cedendo un diritto personale di godimento contro denaro; pagando un debito della società per poi pretendere di essere rimborsato; prestando una garanzia per un debito sociale ed avanzando pretesa di rimborso a seguito dell'escussione di quella dal terzo beneficiario; etc.) qualora, all'atto dell'erogazione, la stessa versasse in una situazione qualificata di squilibrio patrimoniale e/o finanziario. I soci sono i destinatari del saldo finale e non può essere loro permesso, artificiosamente, di antergare la loro posizione a quella di alcun creditore (v. ad es. art. 2476 c.c.).

2.5. *L'evoluzione ordinamentale italiana successiva al 2003: a) la marginalizzazione del capitale nominale.*

Negli anni immediatamente successivi alla riforma del 2003 le percezioni dei legislatori si sono distribuite in almeno due orientamenti, certamente non contrapposti:

1) da un lato - concause il timore di essere schiacciati dalla concorrenza di altri ordinamenti e una disattenta lettura della dottrina economica – molto ha inciso la visione del capitale nominale come «cassaforte» che sottrae importanti risorse al ciclo produttivo imprenditoriale. Riassumibile nella formula-slogan, di indubbia efficacia comunicativa ancorché sprovvista di qualsiasi significato giuridico, di «lasciare liberi gli imprenditori di mobilizzare (= impiegare) la ricchezza nell'impresa anziché di immobilizzarla nel capitale», questa visione - si diceva - è all'origine di alcune innovazioni legislative impiantate ora nel diritto della s.r.l. (costituzione con capitale

inferiore al minimo legale: v. art. 2463, comma 4; art. 2463 bis c.c.)[5], ora nel diritto delle società start up innovative non necessariamente s.r.l. (moratoria della disciplina sulle riduzioni obbligatorie del capitale per causa di perdite d'esercizio: v. art. 26, comma 1, articolo 25 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 [noto anche come Decreto crescita "bis"], convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, che allunga la tempistica dell'adozione dei provvedimenti previsti dal codice civile negli articoli 2446 e 2447 [per la s.p.a.] e negli articoli 2482 bis, 2482 ter, 2482 quater c.c. [per la s.r.l.])[6];

2) dall'altro, vi è stata la sfiducia nel capitale come rilevatore di crisi, perché idoneo a far emergere soltanto «crisi patrimoniali» (*supra*, § 2, § 2.1.1.), ma non anche «finanziarie» (*supra*, § 2): v. l'art. 182-*sexies* l.fall.: moratoria dell'applicazione della disciplina sulle riduzioni obbligatorie del capitale per causa di perdite d'esercizio in pendenza di procedure di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti[7]. Da ultimo, proseguendo in questa linea di superamento del capitale come strumento di segnalazione, il codice delle crisi di impresa e dell'insolvenza – ispirato alla filosofia del «prevenire (le crisi) è meglio che reprimere» - ha cercato, tra gli indici capaci di offrire la previsione di una crisi finanziaria (così da attivare procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, per la prima volta nel nostro ordinamento), un indicatore nei «mezzi propri» della società debitrice e della (in)adeguatezza degli stessi ai «mezzi di terzi» (art. 13, comma 1, codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza – tra parentesi la possibile e significativa modifica che potrebbe essere introdotta da un decreto correttivo al momento noto soltanto nella bozza approvata dal CdM del 13 febbraio 2020). Una nuova terminologia che rinvia a modelli tedeschi (*Eigenmittel*; *Fremdmittel*) e che tuttavia raccoglie un più ampio novero di risorse, anche non iscrivibili o non iscritte a bilancio;

[5] Ad oggi non si conoscono le conseguenze, sul piano normativo, dell'incidenza delle perdite dopo la conclusione dell'esercizio se non vi siano riserve sufficienti ad assorbirle: se debbano o meno applicarsi gli articoli 2482-bis, 2482-ter, 2482-quater c.c. alle s.r.l. costituite con capitale inferiore ad euro diecimila.

[6] Si è ritenuta la disciplina del capitale, cioè, penalizzante, anziché strumento di indispensabile segnalazione della gestione profittevole o meno.

[7] È quanto dire che il capitale, quando la crisi abbia natura finanziaria, da segnalatore inutile, potrebbe mutarsi addirittura in un ostacolo alla soluzione della crisi stessa: di qui le regole di «moratoria lunga» della disciplina delle riduzioni obbligatorie del capitale nominale in conseguenza di perdite quando sia presentata dalla società debitrice domanda di ammissione al concordato preventivo oppure di omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti.

3) parallelamente, nella soluzione delle crisi finanziarie viene derogata, pur se a certe condizioni e in misura circoscritta, la regola di corretta patrimonializzazione dell'art. 2467 c.c. e dell'art. 2497-quinquies c.c. (v. art. 182-quinquies l.fall., destinato a rifluire negli articoli da 98 a 102 c.c.i.i.). In altri termini, assistiamo ad un mondo – quelle del c.d. diritto delle società in crisi – che tratta il capitale, quanto alla formazione ed alla sua integrità, in modo del tutto autonomo rispetto al codice civile.

Che il sistema del capitale nominale non sia affatto pensato per, né idoneo a prevenire l'uso scriteriato dell'indebitamento e della leva finanziaria è cosa nota anche a chi segua la vita dei mercati finanziari e delle s.p.a. quotate, nelle quali spesso l'emersione – naturale oppure con forzature contabili che essa sia – dell'utile non si accompagna ad altrettanta liquidità necessaria per pagare i dividendi agli azionisti, con l'effetto di indurre gli amministratori a indebitare pericolosamente la società pur di arrivare ad ogni costo all'obiettivo[8].

2.6. Segue: *b) il sistema complessivo risultante dalla nuova disciplina della prevenzione e della sistemazione del dissesto imprenditoriale.*

Ancora parallelamente, sul versante delle «crisi finanziarie», fino all'adozione del codice delle crisi di impresa e dell'insolvenza [d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14], d'ora in avanti «c.c.i.i.», ad oggi non ancora entrato in vigore salvo che per le modifiche introdotte al codice civile, il nostro ordinamento non si è mai dotato di strumenti di prevenzione. Assenti nella legge fallimentare del 1942 e nelle numerose modifiche intervenute dal 2005 in avanti, la svolta, si diceva, interviene con il codice delle crisi, che prim'ancora di sistemare le crisi in atto si propone di prevedere e prevenire le crisi finanziarie.

Il disegno è ambizioso ed incrocia procedure amministrative (procedure di allerta e di composizione assistita della crisi) a fine di prevenzione e procedure concorsuali propriamente giudiziali a fine di sistemazione delle crisi in atto. Quest'ultima è storia fin troppo recente perché ci si possa esprimere: il codice non è ancora entrato in vigore (*infra*, § 6).

[8] Che conviene agli azionisti grandi, che nelle azioni hanno i gioielli di famiglia; agli azionisti piccoli, ai «cassettisti», che possono staccare la cedola; ai traders, piccoli e grandi, professionali e «fai da te»; agli stessi amministratori, che potrebbero avere ricevuto parte dei compensi sotto forma di azioni od altri strumenti finanziari alle stesse collegati.

La pubblicazione del codice delle crisi – e l'entrata in vigore delle disposizioni modificative del codice civile, introdotte dal primo (prima fra tutte l'art. 2086, comma 2, c.c.) - ha completato un riposizionamento del nostro ordinamento, elevando la soglia di attenzione verso le crisi finanziarie.

Il sistema risultante relega in una posizione del tutto residuale il sistema del capitale, il quale come detto è idoneo a segnalare crisi patrimoniali, di diretto interesse dei soci e a tutela di interessi principalmente interni alla società, poiché, introducendo quale causa di scioglimento *ex lege* l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale (il nuovo nome per un istituto vecchio, o quasi: il fallimento) a carico della società (v. art. 2484, comma 1, n. 7-bis, c.c.), si può oggi sostenere che:

a) la crisi patrimoniale interrompe l'iniziativa societaria, salvo sopravvivenza discendente dall'art. 2482-ter c.c. (c.d. regola riorganizza o liquida);

b) la crisi finanziaria interrompe l'iniziativa societaria a prescindere da qualsiasi concomitante — od anche in assenza di — crisi patrimoniale (art. 380 c.c.i.i.; art. 2484, comma 1, n. 7-bis, c.c.), salvo domanda giudiziale di accesso alle procedure di c.p. o di a.r.d., domanda che temporaneamente sospende anche le conseguenze discendenti per codice civile dalla crisi patrimoniale (art. 64; art. 89 c.c.i.i.; ma v. già art. 182-sexies l. fall.).

Il che è quanto dire:

1) che sono suscettibili di sospensione gli effetti giuridici della crisi patrimoniale quando ostacolino la sistemazione della crisi finanziaria;

2) che non sono suscettibili di sospensione, invece, gli effetti giuridici della crisi finanziaria, che può giungere a sistemazione attraverso tanto la cessazione, quanto la salvezza dell'iniziativa societaria.

In conclusione: il trattamento della crisi finanziaria, in uno od in altro modo sistemata, assorbe il (sistema del) capitale (*supra*, § 2; § 2.1.1.).

Mette infine conto informare che del codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza, non ancora entrato in vigore, salvo le disposizioni modificative del codice civile, sono allo studio modifiche per ora contenute in una bozza di decreto correttivo approvata dal CdM in data 13 febbraio 2020 (trattasi del c.d. bollinato, da inviare per i previsti pareri di competenza alle Commissioni Parlamentari e al Consiglio di Stato); bozza che ancora non include le ulteriori modifiche che si dovranno introdurre al codice, in

dirittifondamentali.it

adeguamento alla Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 «riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1132» (quest'ultima già ricordata in materia di formazione del capitale della s.p.a.). È facile immaginare che il codice sarà soggetto a modificazioni di non poco momento, perché l'impatto della Direttiva sul medesimo è ancora tutto da studiare[9].

3. *L'emergenza pandemica Covid-19 e le domande di tutela prospettate.*

Ultimato di tracciare il quadro normativo alla vigilia dell'esplosione pandemica e della conseguente legislazione di emergenza, veniamo alle regole più recenti del c.d. decreto liquidità (n. 23/2020). Avere ripercorso le tappe evolutive dell'ultimo ventennio ci consente di guardare unitariamente a quelle disposizioni. Il senso delle considerazioni sin qui svolte è che *nel nostro sistema attuale il trattamento delle crisi di natura finanziaria, a torto o a ragione ritenuto avere l'impatto macro-economico e sociale più importante, risulta prevalente sul trattamento delle crisi patrimoniali.*

Vi sono alcune considerazioni generali da svolgere:

1) che gli effetti macro-economici e sociali della pandemia Covid-19 sono certamente estranei alla disciplina dell'ordinaria sopportazione del rischio d'impresa, nulla essendo stato prevedibile al buon imprenditore / al buon amministratore di società, tutto rinviando invece al blocco generalizzato delle attività economiche (c.d. *lockdown*), motivato da prioritarie esigenze sanitarie, costituzionalmente tutelate (art. 32 Cost.)[10];

---

[9] V. P. VELLA, *L'allerta nel codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della Direttiva (UE) 2019/1023*, in *www.ilcaso.it* (24-7-2019); L. PANZANI, *Il* Preventive Restructuring Framework *nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *www.ilcaso.it* (14-10-2019).

[10] Cfr. M. LIBERTINI, voce «Crisi d'impresa e diritto della concorrenza», in *Enc. del Dir.*, Aggiornamento, vol. Crisi d'impresa, di prossima pubbl. per i tipi di Giuffrè (licenziato il 31 marzo 2020 e consultato per cortesia dell'A., che si ringrazia), § 14; N. ABRIANI – G. PALOMBA, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)*, in https://www.osservatorio-oci.org/ nonché di prossima pubbl. nel volume collettaneo *Codice della crisi e dell'insolvenza, Approfondimenti di economia e diritto d'impresa*, § 7; F. FIMMANÒ, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco-start up, auto-fallimento e concordato "programmati"*, in www.ilcaso.it (1-04-2020) e destinato alla *Rivista del Notariato*; G. CORNO – L. PANZANI, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it (26-03-2020); I. POLLASTRO, *Emergenza sanitaria e crisi d'impresa: come contenere il contagio*, in *Il diritto dell'emergenza: profili*

2) che la disciplina del trattamento degli effetti negativi del blocco delle attività economiche non può dunque ricercarsi nelle regole che attuano la sopportazione del rischio d'impresa perché dette misure di contenimento del contagio pandemico sono senz'altro qualificabili come un *factum principis*[11].

A questo proposito, merita d'essere ricordato che nei giorni immediatamente precedenti la pubblicazione del d.l. n. 23/2020, il dibattito si era già alimentato di alcuni importanti contributi:

a) anzitutto, una Comunicazione della Commissione Europea, datata 19 marzo 2020, preso atto della situazione emergenziale, ha dichiarato l'applicabilità dell'art. 107, comma 2, lett. *b*), nonché comma 3, lett. *b*) TFUE e, così, temporaneamente compatibili con il mercato interno gli aiuti di Stato erogati sotto qualsiasi forma idonea a provvedere liquidità (prestiti; garanzie, etc.), purché a beneficio d'imprese che non fossero già in difficoltà finanziarie il 31 dicembre 2019[12];

b) successivamente, il rapporto (*statement*) della *Conference on European Restructuring and Insolvency Law (CERIL)* ha auspicato la sospensione – per iniziativa della UE e dei Paesi Membri – delle procedure concorsuali per insolvenza / sovraindebitamento, invocando misure di contrasto alla carenza di liquidità delle imprese[13];

---

societari, concorsuali, bancari e contrattuali, a cura di M. Irrera, RES, 2020, 8 ; R. DELLA SANTINA, *Le discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa ai tempi della pandemia da COVID – 19. Impressioni e spunti di riflessione*, in www.ilcaso.it (2-04-2020); G. LIMITONE, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, in www.ilcaso.it (3-04-2020); ID, *L'accompagnamento fuori della crisi con l'aiuto dell'OCC-COVID-19*, in www.ilcaso.it (18-04-2020); M. IRRERA – E. FREGONARA, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del coronavirus*, in www.ilcaso.it (15-04-2020), § 2; R. RORDORF, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, in www.giustiziainsieme.it (8-04-2020).

[11] Chi scrive, pochi mesi orsono (ma sembrano passati secoli…), aveva opinato per la necessità di considerare sempre l'imponderabile, a discarico di amministratori e dei c.d. assetti organizzativi, amministrativi e contabili che i primi sono tenuti ad istituire: sia permesso il rinvio al mio *Capitale e conferimenti nella s.r.l.: sotto il sole niente di nuovo – o forse no?*, in *NDS*, 10/2019, 1524-1525. Sul piano del diritto delle obbligazioni descrive la pandemia e le contro-misure come ipotesi di forza maggiore A.A. DOLMETTA, *«Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in www.ilcaso.it (11-04-2020), § 6.

[12] COMMISSIONE UE, Comunicazione - *Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, Brussels, 19.3.2020 - C(2020) 1863 final, di cui v. specialm. § 3.1. (22); § 3.2. (25 – *h*); § 3.3. (27 – *g*).

[13] S. MADAUS – B. WESSELS, *COVID-19 urges legislators to adapt insolvency legislation*, CERIL EXECUTIVE STATEMENT, 2020-1 on COVID-19 and insolvency legislation, 20 marzo 2020, sul sito http://www.ceril.eu/

c) quindi, un voluminoso documento del Centro Studi di Confindustria si dà carico di una ricostruzione del quadro economico della presente crisi e di tracciare qualche scenario prospettico[14];

d) infine, la richiesta dell'Organismo Congressuale Forense (OCF) di differimento di «un anno» (non precisato nel *dies a quo* del rinvio) dell'applicazione dell'intero codice delle crisi e dell'insolvenza (senza dettagliare richieste in ordine alle novellazioni del codice civile, già in vigore da un anno)[15].

Vedremo qual è stata (per ora) la risposta ordinamentale *infra*, § 6.

4. ***La disciplina emergenziale del capitale nominale e dei finanziamenti dei soci*.**

La prima misura è costituita dalla sospensione degli obblighi di riduzione del capitale nominale per causa di perdite sino al 31 dicembre 2020 in uno con l'esenzione dalla regola della postergazione ex artt. 2467 c.c. e 2497-quinquies c.c. sempre sino al 31 dicembre 2020.

Le norme derogate hanno un carattere di complementarità: mentre quelle sul capitale costituiscono la reazione ordinamentale ad una crisi di ordine patrimoniale, le seconde reagiscono a modalità non corrette di sopperire a carenze di liquidità, che, anziché alleviare, ben potrebbero aggravare le perdite, nell'obiettivo ultimo di prevenire il ribaltamento del rischio d'impresa sui creditori (v. art. 2484, comma 1, n. 4; art. 2467 c.c.).

La qualità del testo è quella che è; questo il messaggio lanciato, data la situazione del tutto straordinaria e la realistica possibilità che il cattivo risultato non dipenda dalla gestione:

a) se la società ha maturato perdite, non è necessario seguire la via maestra della riduzione del capitale, sospesa restando la causa di scioglimento di diritto (ex art. 2484, comma 4, c.c.);

b) se la società versa in carenza di liquidità (crisi finanziaria), non occorre seguire la via maestra del codice civile, dell'aumento del capitale, i soci finanziatori non rischiando *una tantum* la postergazione del diritto di credito alla restituzione;

[14] CENTRO STUDI CONFINDUSTRIA, *Le previsioni per l'Italia. Quali condizioni per la tenuta ed il rilancio dell'economia? - Primavera 2020*, 27 marzo 2020.

[15] ORGANISMO CONGRESSUALE FORENSE (OCF), *Differimento dell'entrata in vigore del "codice della crisi di impresa"*, Roma, 25 marzo 2020 (Prot. n. 46/2020).

c) se al momento della restituzione la società dovesse ancora versare nella situazione di squilibrio ex art. 2467 c.c. il credito è sorto non postergato e tale resta sino al pagamento[16].

La disposizione dell'art. 6 d.l. n. 23/2020 è assai poco innovativa: essa ricalca il testo dell'art. 182 sexies l.fall., destinato a rifluire negli articoli 64 e 89 c.c.i.i. Essa, sul piano sistematico, ci dice che il capitale nominale nelle situazioni critiche – e soprattutto ora nelle situazioni straordinarie – *è sempre più il problema che la soluzione*. Manca tuttavia il richiamo all'art. 2486 c.c., presente nelle disposizioni fallimentari (presenti e future). Questa omissione, che origina dal proposito legislativo di esonerare gli amministratori dall'obbligo della c.d. gestione conservativa e dalla conseguente responsabilità[17], in realtà è foriera di non banali problemi[18]:

i) cosa accadrà se si proverà che la gestione «non conservativa» in pendenza di emergenza COVID-19 avrà generato o aggravato il dissesto della società emerso solo tempo dopo la conclusione dell'emergenza?

i.1) Risponderanno gli amministratori per non avere attuato politiche prudenti nel momento in cui perdite gravi si saranno accertate ma il «campanello d'allarme» sia stato disattivato?

i.2) E se già oggi è chiaro agli amministratori che l'impresa non si risolleverà più, continuare solo perché la legge consente di farlo senza provvedimenti non è fonte di responsabilità?

ii) Se - una volta terminato il *lockdown* – si persiste nelle politiche adottate «durante», perché in quel momento forse ragionevoli e magari incentivate dalle sospensioni ex art. 6 d.l. cit., ma palesemente irragionevoli «dopo»?

iii) E quale sarà la posizione dell'organo di controllo, in tutto questo?

La mia sensazione è che, nonostante l'art. 6 d.l. cit. alleggerisca non poco gli adempimenti in caso di perdite, se gli amministratori e, per quanto di competenza,

---

[16] IRRERA – FREGONARA, op.cit., § 3.3.

[17] Emergente dalla *Relazione illustrativa* al d.l. n. 23/2020, sub art. 6. Seguono l'orientamento del legislatore storico: M. DI SARLI, *Redazione del bilancio e dintorni ai tempi del coronavirus: prime riflessioni*, in *www.ilcaso.it* (11-04-2020), § 6; P. FILIPPI, *Il decreto legge 8 aprile 2020 n. 23. Come ci si salva dalla crisi economica da pandemia: il rinvio del codice della crisi e altri rimedi*, in www.giustiziainsieme.it (15-04-2020), § 5.1.

[18] Il timore di gestioni dissennate è avvertito anche da M. SPIOTTA, *La (presunzione di) continuità aziendale al tempo del COVID-19*, in www.ilcaso.it (11-04-2020), § 3.

l'organo di controllo – nel proprio interesse - si avvedono da subito che non vi siano spazi di ripresa, è opportuno che chiedano ai soci di sciogliere la società. O che, in caso di perdite tali da rendere applicabili gli articoli 2446 – 2447 c.c. (s.p.a.) ovvero gli articoli 2482-*bis* – 2482-*ter* – 2482-*quater* c.c. (s.r.l.), una volta terminato il *lockdown*, anziché giocare sull'eziologia delle perdite, di nuovo amministratori e organo di controllo – nel loro interesse - chiedano ai soci di assumere i provvedimenti ordinari previsti dalle disposizioni del codice civile integralmente tornate applicabili.

Confortato dal fatto di essere in buona compagnia nel dubitare, io non credo che l'omissione dal testo normativo del richiamo dell'art. 2486 c.c. sia tale da esonerare gli amministratori e i sindaci da qualsiasi responsabilità ex art. 2394 c.c. per violazione dei doveri di conservazione del patrimonio sociale, al netto degli effetti pregiudizievoli delle misure anti-pandemiche[19].

Ci si potrebbe anche provare a descrivere con maggior precisione i connotati della fattispecie del danno da mancata gestione conservativa *ex* art. 2486 c.c. in costanza, oppure successivamente alla conclusione, delle misure anti-pandemiche (conformemente alla scansione temporale sopra prospettata): la scelta per la gestione «non conservativa» potrebbe conseguire 1) ad un'analisi previsionale (*ex post* rivelatasi) fallace prodotta dalle c.d. strutture ex art. 2086, comma 2, c.c., poi seguita (acriticamente) dagli amministratori; 2) ad un'analisi previsionale invece (*ex post* risultata) corretta sempre prodotta dalle strutture ex art. 2086, comma 2, c.c., favorevole alla gestione conservativa, ma disattesa dagli amministratori. Ora, nel primo caso gli amministratori risponderanno verso i creditori sociali (ex art. 2394 c.c.) per l'adozione di modelli di «strutture» (direi meglio: di processi di valutazione) inefficienti (rivelatisi tali alla prova dei fatti); nel secondo in via diretta, per avere disatteso (senza diligenza) un'analisi previsionale corretta. Tanto consegue alla entrata in vigore dell'art. 2086, comma 2, c.c. richiamato come un «mantra»[20] da tutte le disposizioni che il codice civile dedica all'amministrazione delle società: esso tipizza la diligenza professionale richiesta agli amministratori *ex* art. 2392 c.c. – quindi anche *ex* art. 2394 c.c. - con specifico riferimento al momento previsionale precedente le decisioni amministrative,

[19] Nel senso del testo v. D. GALLETTI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *Il fallimentarista* (14-04-2020), § 3.

[20] La paternità dell'espressione è di N. ABRIANI – A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, fasc. 4, 393 ss.

affinché le stesse siano rispettose del principio della «sostenibilità» *ex* art. 2086, comma 2, c.c. dell'iniziativa imprenditoriale; gli stessi amministratori, sia quando decidano in adesione delle, sia quando decidano contro le previsioni degli studi resi dalle strutture da loro stessi istituite, sono onerati del motivare analiticamente le loro opzioni, le quali, in sostanza, presuppongono un giudizio pronostico. In particolare, in caso di decisione amministrativa divergente, è ipotizzabile che gli amministratori non vengano meno alla diligenza professionale loro richiesta se, nel motivare analiticamente le loro opzioni, si siano avvalsi - fra le altre cose - d'una contro-analisi previsionale contrapposta a quella resa dalle strutture da loro stessi istituite. Qualcosa di simile può congetturarsi anche in caso di decisione adesiva, allorché gli amministratori intendano conformarsi al pronostico delle proprie strutture, ma nutrano dubbi: potrebbero avvalersi di una seconda analisi. Come si vede, questi passaggi servono a circoscrivere la sfera dell'imponderabile, quell'evento cioè che non può essere posto a carico degli amministratori.

Sul versante penalistico, consideriamo pure che, se poi con il dissesto arriva anche il fallimento, allo stato nessuna norma disapplica l'art. 217, comma 1, nn. 3) e 4), l.fall. (*bancarotta semplice*) verso amministratori, sindaci e direttori generali (art. 224 l.fall.).

4.1. Segue*: i finanziamenti dei soci. Profili di costituzionalità*.

Della disposizione dell'art. 8 d.l. n. 23/2020 (deroga temporanea all'art. 2467 c.c.) quel che pare più seriamente discutibile – ed è una mancanza che accomuna tutte le misure qui esaminate – è la carenza di qualsiasi indicazione volta a distinguere le situazioni di crisi (finanziaria) imputabile al *lockdown* da quelle invece già maturate per cause pregresse[21]: agevole desumerne che mentre le prime siano del tutto estranee al rischio d'impresa, a questo le seconde debbano essere del tutto riconducibili.

Ed è da qui che prende inizio il nostro viaggio tra le leggi di Acchiappacitrulli, lo sventurato Paese dalla giustizia rivoltata in cui sventuratamente Pinocchio è riconosciuto innocente e perciò condannato a quattro mesi di prigione.

Ad avviso di chi scrive, mentre l'art. 6 d.l. n. 23/2020, che si vale del canovaccio dell'art. 182-*sexies* l.fall., impone agli amministratori almeno una trasparenza (anche

[21] Data per scontata nella *Relazione illustrativa* al d.l. n. 23/2020, sub art. 8 (ma che invece scontata non è affatto).

documentale) in merito alla situazione patrimoniale, nulla dice al contrario l'art. 8 d.l. cit. Con una duplice conseguenza:

I) che l'art. 6 d.l. cit. deve interpretarsi nel senso che il rinvio alle norme non disapplicate impone altresì di distinguere analiticamente quali perdite siano da imputarsi agli effetti economici della pandemia e quali invece già fossero maturate alla data di entrata in vigore dei provvedimenti di *lockdown* (non rileva se locali o nazionali, dipende anche dal luogo della sede operativa della società);

II) che se la finalità delle disposizioni del d.l. cit. sono di sostegno all'economia fiaccata dalle misure di contrasto del contagio pandemico, non vi è ragione per tutelare coloro che abbiano maturato perdite alla data di entrata in vigore dei provvedimenti di *lockdown*, per i quali dovrà tornare ad applicarsi il regime ordinario e residuale del capitale nominale.

II.1) Tale interpretazione restrittiva, oltre a sostenersi attraverso il buonsenso – le misure straordinarie non possono tutelare situazioni di abuso - trova un appiglio nella Comunicazione della Commissione Europea del 19 marzo 2020, che esenta dal divieto gli aiuti alle imprese che non fossero già in difficoltà al 31 dicembre 2019.

II.2) All'opposto, si deve ritenere che l'interpretazione più liberale sia destituita di legittimità costituzionale, tanto sulla base dell'art. 32 Cost., che giustifica l'adozione di misure straordinarie, quanto dell'art. 3 Cost., creando una profonda discriminazione tra le situazioni di ordinario rischio d'impresa attuali e del passato;

II.3) All'esaurimento della finestra temporale, riprende ad applicarsi l'ordinario regime, ma soltanto *per le perdite maturate in futuro,* vale a dire dal 1° gennaio 2021. Secondo l'art. 6 d.l. cit., per gli «esercizi chiusi» al 31 dicembre 2020 «non si applicano gli articoli…» vorrà significare che permarrà l'esenzione (ovviamente alla condizione che le perdite trovino causa nelle misure anti-pandemiche e tutto sia accaduto nel periodo detto) anche nei bilanci a venire, nei quali le perdite saranno *sine die* portate a nuovo, sinché non riassorbite;

III) che nemmeno l'art. 8 d.l. cit., nell'esentare a tempo dalla regola della postergazione ex artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. finanziamenti dei soci e i finanziamenti infra-gruppo eseguiti, distingue le ragioni della carenza di liquidità tale da motivare il finanziamento. Ebbene, anche in questo caso è da ritenere doveroso per gli amministratori comunicare la necessità sopravvenuta alle misure anti-pandemiche,

dirittifondamentali.it

fermo restando che un finanziamento maturato per ragioni pregresse non dovrebbe beneficiare dell'esenzione: l'interpretazione restrittiva dell'art. 8 d.l. cit. volta a prevenire abusi si sorregge attraverso le stesse ragioni esposte al punto precedente, mentre chi scrive opina per l'incostituzionalità di una interpretazione lata.

III.1) Anche per i finanziamenti l'esenzione riguarda soltanto le operazioni eseguite in un periodo circoscritto di tempo, ma ha effetti permanenti, nei bilanci a venire, sino a pagamento del debito.

Anche in questa casistica, cosa accade se con il dissesto post-pandemico (ma originato da imprudenze iniziate sotto la pandemia e non successivamente rimediate) arriva anche il fallimento? Merita attenzione la precisazione come il pagamento del debito di restituzione verso il socio finanziatore possa consumare il reato di bancarotta fraudolenta preferenziale (art. 216, comma 3, l.fall.) ma è al riparo dalla bancarotta fraudolenta per distrazione (art 216, comma 1, n. 1, l.fall.)[22]. Sul piano civile, scontata ogni responsabilità di amministratori, sindaci e direttori generali in caso di accertamento del reato appena detto, ritengo che non possa legittimamente disapplicarsi verso amministratori ed organo di controllo l'art. 2394 c.c. se l'utilizzo della modalità di finanziamento, di per sé lecita durante l'emergenza quand'anche pregiudizievole verso i creditori, abbia generato *poi* un maggiore oppure un nuovo pregiudizio ai medesimi. Insomma, nessun obbligo di risarcire i danni generati *durante*, ma per quelli ulteriori generati *successivamente* l'applicazione dell'art. 2394 c.c. torna integrale: sia esso il maggior danno del pregiudizio pandemico, ovvero una nuova fattispecie di danno originata dai fatti verificatisi in costanza di pandemia.

Ci si potrebbe anche provare ad indagare sulle fattispecie dannose verso i creditori: quanto a quelli provvisti di titolo di pari grado a quello dei soci, ma scadente prima del titolo di restituzione da questi ultimi vantato, il danno sembra prodursi soltanto dal fatto della restituzione del finanziamento (a questi ultimi); per i creditori invece muniti di titolo (ugualmente di pari grado, ma) scadente nel medesimo giorno ovvero successivamente a quello dei soci, il danno potrebbe altresì generarsi dal rischio d'insolvenza patito. Ecco, in entrambe le casistiche stimo che la norma di salvaguardia debba ricercarsi all'interno dell'art. 2394 c.c., tutt'altro che disapplicato dalle misure

[22] V. FILIPPI, op. cit., § 5.3.

straordinarie dell'art. 8 d.l. cit.: è noto che gli amministratori rispondano delle decisioni assunte; ora, nei confronti dei primi creditori, la decisione del pagamento ai soci in restituzione del finanziamento pare il solo evento per loro dannoso, potendo sotto altro versante la decisione – in sé - di ricorrere al finanziamento soci anzi incrementare temporaneamente la prospettiva di solvenza della società. Per i secondi creditori, al contrario, dannosa potrebbe anche risultare la decisione in quanto tale di utilizzare la modalità del finanziamento soci in luogo della ricapitalizzazione della società, originando detta decisione un concorso in pari grado con altri creditori tale da diminuire le prospettive di solvenza (o, che è lo stesso, che il di loro credito rimanga insoluto) ancor prima della restituzione, potendosi tutto ciò evitare – come detto – attraverso un rituale aumento del capitale. Sia poi consentito rinviare a quanto già espresso in punto di diligenza e dannosità delle decisioni amministrative in rapporto al principio di sostenibilità dell'iniziativa imprenditoriale ex art. 2086, comma 2, c.c. con particolare riguardo alla convergenza ovvero alla divergenza tra decisioni e analisi previsionali rese dalle strutture interne (processi valutativi interni – v. *supra*, § 4.).

In sintesi: se l'art. 8 d.l. cit. disattiva la postergazione; non disattiva il complesso sistema della responsabilità degli amministratori.

5. *Le misure emergenziali relative al bilancio d'esercizio.*

Veniamo adesso all'art. 7 d.l. n. 23/2020, che – per iniziare – circoscrive la propria sfera di applicazione ai «bilanci di esercizio», sicché ne sono esclusi i bilanci di liquidazione.

5.1. *I bilanci (intertemporali) di liquidazione.*

Tolto il bilancio finale contenente il piano di riparto, che si atteggia quale conto numerario, senza applicazione di criteri di valutazione né iscrizione di costi e ricavi di gestione, perché in questo ambito la disposizione emergenziale non avrebbe senso alcuno, la norma non si applica neppure ai bilanci intertemporali di liquidazione, che pure sono conti economici con applicazione dei criteri di valutazione, seppure in armonia con la gestione liquidatoria, perché l'art. 7 d.l. cit. adatta temporaneamente alla situazione straordinaria il criterio della continuazione dell'attività. Nulla a che vedere con la liquidazione, a quanto pare, sennonché un problema nasce dal rinvio alle regole del bilancio di esercizio operato dall'art. 2490, comma 1, II periodo, c.c., seppure

dirittifondamentali.it

con la clausola di compatibilità «con la natura, le finalità e lo stato della liquidazione». Invero, una liquidazione potrebbe durare a lungo e non interrompere brutalmente l'intero ciclo produttivo; alcuni rami di azienda potrebbero essere mantenuti temporaneamente in attività perché nella futura vendita possa essere spuntato un miglior prezzo in ragione del mantenuto avviamento: significativo quanto prevede in merito ai poteri da attribuire ai liquidatori in sede di nomina l'art. 2487, comma 1, lett. *c*), c.c., ove si evoca la necessità che all'atto della nomina si deliberi, fra le altre cose, in ordine all'eventuale autorizzazione dei liquidatore a porre in essere gli «(…) atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, ivi compreso il suo esercizio provvisorio, anche di singoli rami, in funzione del migliore realizzo». Ecco: in caso di autorizzazione dell'esercizio provvisorio – totale o parziale – da parte degli organi della liquidazione il problema dell'iscrizione in bilancio nella prospettiva della continuazione dell'impresa potrebbe porsi, eccome! Scontato che un chiarimento in sede di conversione sarebbe in ogni caso utile, anche in difetto all'interpretazione estensiva potrebbe giungersi proprio tramite il rinvio della ricordata disposizione dell'art. 2490, comma 1, II periodo, c.c., alle regole del bilancio di esercizio, in quanto compatibili: se quindi vi sia esercizio provvisorio, nulla osterebbe all'applicazione dell'art. 7 d.l. n. 23/2020.

5.2. *I bilanci d'esercizio. Continuità aziendale. Dubbi di costituzionalità.*

Vengo finalmente ai bilanci d'esercizio.

Il problema che si intende risolvere consiste in ciò, che il *lockdown* è, in molti casi, cagione di una interruzione delle attività d'impresa. Ciò contrasterebbe quindi con il principio di verità e correttezza, che guida gli amministratori nella predisposizione del progetto di bilancio d'esercizio (art. 2423, comma 2, c.c.) e quindi anche (e soprattutto) nella scelta dei criteri di valutazione. Conseguentemente, la legge impone che «la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività» (art. 2423-bis, comma 1, n. 1, c.c.). Scontato che resta fuori discussione il principio di prudenza – quello che suggerisce l'iscrizione più possibile vicina alla realtà, quindi nei casi dubbi occorre sempre evitare sovrastime, trattandosi di attività, ovvero sottostime, trattandosi di passività – il *lockdown* facilmente genera un problema nei riguardi dell'altro principio: diviene non veritiera l'iscrizione di valori

«nella prospettiva della continuazione dell'attività» se la continuazione è venuta per il *factum principis*.

Ecco che allora la legge autorizza ugualmente l'iscrizione a valori coerenti con la prospettiva della continuazione dell'attività d'impresa, quand'anche la continuazione sia temporaneamente sospesa per il *factum principis*. Si è opinato che la norma del d.l. cit. renda la continuità una mera *fictio* e la disapplicazione degli obblighi di rilevazione ex art. 2086, comma 2, c.c.[23]. La sensazione però è che l'art. 2086, comma 2, c.c. c'entri assai poco: questa è norma di tutela della sostenibilità della gestione imprenditoriale e, in ultima analisi, dei creditori; l'art. 7 d.l. cit. si inserisce nel sistema del bilancio di esercizio, quindi della misurazione capitalistica dell'utile distribuibile o della perdita da ripianare e, in ultima analisi, di tutela di interessi interni alla società e solo indirettamente degli *stakeholders*, tra i quali i creditori (v. ad es. art. 13 c.c.i.i,, la cui applicazione è tuttavia rinviata ora al 1° settembre 2021). Resta quindi il dovere dell'imprenditore di adottare sistemi volti alla rilevazione di, e poi di rilevare prontamente situazioni di crisi e discontinuità aziendale e infine di attivarsi conseguentemente a tutela dei creditori; ferma restando la necessaria distinzione – se mi è consentito – tra «discontinuità imprenditoriale» e «discontinuità pandemica». Quel che scriverà nel bilancio sarà altro.

Questa almeno la (criticabilissima) scelta legislativa: fra l'altro, ancor più criticabile se consideriamo che l'art. 2086, comma 2, c.c., applicabile solo ad enti, è già entrato in vigore, non è disapplicato né rinviato; mentre per gli imprenditori individuali, cui si applica soltanto l'art. 3 c.c.i.i. – dovere di rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le contro-misure necessarie – è tutto rinviato all'entrata in vigore del c.c.i.i, ora slittata al 1° settembre 2021[24]. Di qui si sollevano dubbi circa la tenuta costituzionale della norma sulla base dell'art. 3 Cost., perché il rinvio dell'art. 5 d.l. n. 23/2020 – che non assorbe le novellazioni del codice civile – risulta discriminatorio.

[23] Cfr. GALLETTI, op. cit., § 4; IRRERA – FREGONARA, op.cit., § 2.1.

[24] Correttamente rilevato da IRRERA – FREGONARA, op.cit., § 2.1.

5.3. Checché si dica, a questo risultato conduce la traduzione di enunciati in disordine (non se a contenuto emozionale) in enunciati a contenuto normativo[25]: il bilancio di esercizio si attesta come un documento sempre meno utile ai creditori, se non in via indiretta, perché ciò che a loro serve leggere debbono davvero cercarlo tra le righe, salve le risultanze del rendiconto finanziario, buon ultimo arrivato; e sempre più utile alla tutela di interessi interni – con buona pace della trasparenza contabile verso *stakeholders*, mercato e quant'altro, che tanta importanza rivendicano in materia di s.p.a. quotate.

Così – dispone l'art. 7, comma 1, d.l. cit. – l'emersione contabile della discontinuità è un problema «aggirato» per l'esercizio in corso al 31 dicembre 2020: la valutazione secondo la prospettiva della continuazione dell'attività può essere mantenuta se già era presente nel «bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020» - diciamolo meglio che il legislatore: nel bilancio relativo all'esercizio conclusosi in data anteriore al 23 febbraio 2020, non rileva se ancora non approvato, potendo lo stesso esserlo nei più lunghi termini e secondo la procedura telematica ora disciplinata dall'art. 106 decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia). In questo caso la norma richiede che dell'adozione del criterio di valutazione secondo continuazione dell'attività si dia specifica illustrazione in nota integrativa «anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente».

Quest'ultima formula non credo possa intendersi come mera facoltà di trasposizione dei valori già iscritti nel bilancio precedente: fermo restando il principio di continuità dei criteri di valutazione ai sensi dell'art. 2423-bis, comma 1, n. 6, c.c., «il richiamo delle risultanze del bilancio precedente» rinvia alla necessità di un motivato raffronto tra risultanze del bilancio del precedente esercizio e quello dell'esercizio che si concluderà al 31 dicembre 2020 e che non sarà tenuto a rilevare la discontinuità d'esercizio dell'attività, *ma senza ignorare eventuali svalutazioni per il principio di verità e correttezza del bilancio* (art. 2423, comma 2, c.c.), di sicuro non disapplicato neppure in tempi di pandemia dall'art. 7 d.l. cit.

Pertanto, resta ferma la necessità di verificare se ed in che misura la discontinuità abbia reso oramai superati i valori iscritti negli esercizi precedenti il *lockdown* e, quindi, se ed

[25] Per dirla nuovamente con SPADA, op. loc. cit. (*supra* a nt. 1).

in che misura modificarli, secondo la procedura autorizzata dall'art. 2423-bis, comma 1, n. 6), nonché comma 2, c.c.

La norma è stata redatta pensando alla «discontinuità pandemica»[26]; ma è stata redatta male, perché non lo dice espressamente.

5.4. ***Proposte interpretative (costituzionalmente orientate).***

E allora proviamo a «raddrizzare» interpretativamente enunciati normativi tanto carenti.

A) Evidentemente, se in conseguenza del *lockdown* malauguratamente l'impresa non riprende più, il «buon amministratore» dovrà proporre ai soci lo scioglimento della società (pur disapplicandosi l'ipotesi di scioglimento di diritto ex art. 2484, comma 1, n. 4 c.c., derogato *ex lege*: v. art. 6 d.l. cit.) e la messa in liquidazione: a quel punto, la scelta dei principi redazionali di bilancio (ovviamente, di liquidazione, da vedere se intertemporale o finale) dovrà essere ispirata da altri criteri. In questo caso quindi la disposizione commentata non si applica. Se non lo propone, ne assume comunque la responsabilità, perché l'art. 6 d.l. cit. lo esime dalle riduzioni obbligatorie del capitale nominale, ma non dalle responsabilità discendenti dalla carica (artt. 2392-2395 c.c. per la s.p.a.; art. 2476 c.c. per la s.r.l.), non da altre misure personali (art. 2409 c.c.; revoca per giusta causa, eventuali responsabilità penali);

A.1) C'è da sperare – ma l'ottimismo è un atto di fede - che le norme di *favor* anti-pandemico in tema di capitale e conti annuali in esame non generino, nel futuro prossimo, un fenomeno non nuovo e già largamente diffuso nel nostro Paese, dell'«abbandono delle società al loro destino»[27]. Il fenomeno, motivato dal costo (fiscale ma non solo) dello scioglimento e della liquidazione (nonché da altri fattori sociologici), non è contrastato da un efficiente apparato (normativo, finanziario ed organico) del sistema camerale: da lungo tempo esso è un generatore di un'impressionante mole di «fallimenti vuoti», che intasano inutilmente i ruoli degli Uffici Giudiziari. Le norme poco ponderate degli articoli 6 e 7 d.l. cit., in una prevedibilissima eterogenesi del mezzo al fine, realisticamente creeranno un'onda

[26] *Relazione illustrativa* al d.l. n. 23/2020, sub art. 7; DI SARLI, op. cit., § 5.

[27] Società di cui non vengono più depositati bilanci; che vengono svuotate; che non vengono né registrate come inattive nel registro delle imprese né messe in liquidazione, peggio ancora se intestando partecipazioni e cariche sociali a prestanome stranieri.

anomala che di qui a qualche anno – quando della pandemia ci saremo dimenticati - si abbatterà sulle Sezioni Fallimentari.

A.2) Se vogliamo essere costruttivi, allora bisogna cogliere l'occasione della conversione della decretazione di emergenza, qui davvero senza indagare sulle cause pandemiche o imprenditoriali, per defiscalizzare, per abbattere ogni costo – anche se si vuole imponendo ai professionisti (consulenti e liquidatori) un tariffario *una tantum* calmierato – di scioglimento, liquidazione e cancellazione di società delle quali amministratori e soci sanno già che non riapriranno più. Se si vuole, anche con qualche temporanea misura di incentivazione penalistica e tributaria. Beninteso, solo se parliamo di piccole entità imprenditoriali, comunque soggette al fallimento. Diversamente, il sistema della Giustizia non sopravvivrà alla pandemia … delle società, per le quali, quando l'iniziativa economica sia evidentemente giunta al capolinea (causa pandemia o non) è sotto ogni punto di vista auspicabile una *fine compassionevole*;

B) L'art. 7 d.l. cit. nulla dice sull'approvazione del bilancio nelle società per azioni che abbiano adottato statutariamente il c.d. sistema dualistico, per le quali l'art. 2409-terdecies c.c. prevede che il bilancio sia approvato dal consiglio di sorveglianza (comma 1, lett. *b*) e che solo in caso di previsione statutaria e nei casi eccezionali previsti dalla legge (mancata approvazione del bilancio; richiesta di un terzo dei membri del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza) possa essere convocata l'assemblea per l'approvazione (comma 2). Ora, mentre per le s.p.a. amministrate secondo il sistema c.d. tradizionale (residuale) ovvero secondo il sistema monistico, nonché per le s.r.l., può trovare applicazione l'art. 106 d.l. n. 18/2020, nulla si dispone (se non erro) per agevolare l'approvazione del bilancio in caso di sistema dualistico.

C) Salvo una malevola interpretazione che liberalizzi l' «abuso di pandemia», il comma 2 pare una norma priva di senso e, a mio modesto avviso, incostituzionale perché fuori dal quadro dell'art. 32 Cost., per le ragioni sanitarie che sorreggono (o dovrebbero sorreggere) il carattere straordinario delle misure, e dell'art. 3 Cost., per la discriminazione verso situazioni di ordinario rischio di impresa ricadute fuori dalla finestra temporale indicata. In altri termini: se il beneficio si applica anche ai bilanci di esercizi conclusisi prima della pandemia (es. al 31 dicembre 2019, quando nessuno, al

dirittifondamentali.it

di fuori degli specialisti, era al corrente dei primi episodi epidemici di quello che sarà poi denominato Sars-Cov-2), non ancora approvati, i quali non abbiano – correttamente – eseguito valutazioni applicando il criterio della prospettiva della continuazione dell'impresa, perché ad es. la società all'epoca si stava avviando alla liquidazione e gli amministratori stavano solo più esercitando una gestione conservativa ai sensi dell'art. 2486, comma 1, c.c. Nell'art. 7, comma 2, d.l. cit. non può leggersi l'invito agli amministratori a fabbricarsi *ex novo* un progetto, accantonando quello a norme ordinarie già pubblicato, secondo prospettiva di continuazione dell'attività se questa già era venuta meno al 31 dicembre 2019: in un momento nel quale nessuno, all'infuori degli specialisti, sapeva cosa fossero il Sars-Cov-2 e (quella che diverrà) la pandemia Covid-19.

C.1) La norma del comma 2 dell'art. 7 d.l. cit. non può indurre all'illecito: volendo restituire razionalità ad una disposizione tanto insensata[28] secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata, *essa dovrebbe invece applicarsi soltanto ai casi in cui l'esercizio abbia diversa decorrenza rispetto all'anno solare*, chiudendosi verosimilmente dopo il 1° gennaio 2020 ma prima del 23 febbraio 2020, approvati o meno che siano stati dall'assemblea. Sicché: il bilancio dell'esercizio in corso – l'esercizio colpito da pandemia -, chiudendosi successivamente al 31 dicembre 2020, non rientrerebbe nella sfera di applicazione del comma 1 dell'art. 7 d.l. cit., creando allora una disvoluta discriminazione; la discriminazione invece viene meno se si interpreta il comma 2 dell'art. 7 d.l. cit. nel senso di estendere *ex lege* l'applicazione del comma 1 anche alle ipotesi di chiusura dell'esercizio non sincronizzata con l'anno solare.

D) In conclusione, non deve tollerarsi l'applicazione della disciplina di *favor* contabile al di là dei fatti di cessazione / sospensione dell'attività di impresa resasi necessaria per eventi pandemici.

D.1) Consapevoli di ripeterci, insistiamo su un punto sul quale già soffermati: dalla legislazione emergenziale discende una ulteriore conferma che i bilanci di esercizio, che ruotano attorno al capitale nominale, denunziano al più crisi patrimoniali (*supra*, § 2 ss.), le quali possono emergere oppure non a seconda dei principi di redazione consentiti dalla legge ed adottati (correttamente o con forzature, meglio se «aiutate»

[28] Criticata anche da SPIOTTA, op.cit. , § 2.

dalla legge). Come si è già detto, le segnalazioni che provengono dal sistema del capitale hanno un valore importante all'interno del rapporto sociale e semmai solo indirettamente verso i creditori.

6. *Il rinvio dell'entrata in vigore del codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza*.

L'art. 5 d.l. n. 23/2020 opportunamente[29] comanda il rinvio dell'entrata in vigore del codice delle crisi e dell'insolvenza al 1° settembre 2021 (dalla data originariamente fissata, non senza incertezze interpretative, del 14 [o del 15] agosto 2020): nei primi contributi al dibattito taluno ha lamentato l'esigenza di far entrare in vigore sin da subito alcune disposizioni[30]. Proposta che merita considerazione, sulla quale non ci si può qui soffermare; ma un *caveat* si rende opportuno: massima attenzione verso la possibile disorganicità della disciplina di risulta. Peraltro, il rinvio non investe l'intero codice: non vengono sospese le norme già entrate in vigore al 16 marzo 2019, vale a dire quelle che hanno modificato il codice civile.

L'art. 11, d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (in attesa di conversione) già aveva disposto una proroga degli obblighi di segnalazione di cui all'art. 14, comma 2, e 15 c.c.i.i. (per dare più tempo, si è ritenuto, ai creditori c.d. qualificati di attuare l'organizzazione interna volta ad eseguire gli obblighi detti). Ora però quel rinvio resta assorbito in quello «maggiore», ex art. 5 d.l. n. 23/2020: il quale, in sostanza, si attesta come un rinvio parziale, concernente tutto l'apparato delle procedure amministrative e concorsuali regolate dal codice; restano operativi, al contrario, gli obblighi per gli imprenditori societari o collettivi di adottare gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale (v. *supra* § 5 ss.), e di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento – intendi: *quello* pro-tempore *vigente* - per il superamento

[29] Condivide S. AMBROSINI, *La "falsa partenza" del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in www.ilcaso.it (21-04-2020), § 1.

[30] F. SANTANGELI – A. FABBI, *Il (giusto) differimento, in ragione dell'emergenza, della entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ma è indispensabile che alcune norme entrino in vigore immediatamente*, in *www.ilcaso.it* (16-04-2020).

della crisi e il recupero della continuità aziendale (v. art. 2086, comma 2, c.c., introdotto dal codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza). Sui dubbi di costituzionalità del mancato rinvio delle novellazioni del codice civile mi sono già espresso (v. *supra*, § 5).

A seguito di un dibattito pubblico che è andato sviluppandosi dopo i primi provvedimenti di contrasto alla pandemia (v. *supra* § 3 ss.) il legislatore si è deciso al rinvio, sia perché si è ritenuto indispensabile più tempo del previsto per consentire ad amministrazioni pubbliche (A.E.; A.E.R.; INPS; CCIAA) ed uffici giudiziari di organizzarsi, sia perché, come già detto, gli eventi pandemici non possono essere trattati alla stregua di ordinari fatti di gestione da sopportarsi secondo le regole del rischio d'impresa.

Chi scrive auspica che questa pausa di riflessione non costituisca soltanto una parentesi dall'ordinario, ma anche la circostanza per ripensare organicamente ai vari correttivi da introdurre al codice; ma con una serietà che chi scrive si duole di non avere visto in tempi recenti.

A) In primo luogo, di qualche … correzione avrebbe bisogno il decreto correttivo, allo stato noto soltanto nella bozza approvata dal CdM del 13 febbraio 2020 (c.d. bollinato) – anzitutto chi scrive spera che non venga modificato scriteriatamente l'art. 2380 bis c.c. (come riscritto nel 2019 dall'art. 377, comma 2, c.c.i.i.) nel senso che si legge nella bozza di correttivo[31].

B) Ancora: occorrerebbe ripensare l'impianto delle misure di prevenzione delle crisi finanziarie, che alla prova dei fatti potrebbero rivelarsi insufficienti, alla luce delle seguenti criticità (o che tali sembrano a chi scrive): *i*) la natura amministrativa (art. 16; art. 17 c.c.i.i.); *ii*) la partecipazione del debitore al procedimento amministrativo (art. 18 c.c.i.i.) non adeguatamente riequilibrata dalla segnalazione del tutto discrezionale al

[31] Ciò introdurrebbe soltanto confusione nella ripartizione dei poteri dell'organo amministrativo e dell'assemblea della società per azioni (non sarebbe neppure un ritorno al diritto ante-riforma societaria del 2003, poiché l'art. 2364 c.c. non verrebbe modificato). Si vuole prestare ascolto alla corrente di pensiero delle c.d. competenze implicite dell'assemblea [che affonda le origini in ordinamenti nei quali l'adesione giurisprudenziale è radicata e si spinge sino al giudice di legittimità: v. in Germania le storiche sentenze *BGH* 25-02-1982 (*Holzmüller-Entscheidung*) e *BGH* 26-04-2004 (due sentenze: *Gelatine-Entscheidung*)]? Si potrebbe allora adeguare l'art. 2380 bis c.c. elencando espressamente le ipotesi nelle quali è riconosciuta all'assemblea una competenza autorizzatoria verso decisioni gestorie di competenza degli amministratori, ovvero addirittura una competenza decisionale esclusiva, stabilendo che nei restanti casi non testualmente menzionati la competenza appartiene in via esclusiva all'organo amministrativo.

PM (art. 22 c.c.i.i.) – tra le ipotesi non menzionate di segnalazione non è paradossalmente contemplato l'inadempimento dell'accordo di composizione della crisi (art. 19 c.c.i.i.), perché la fase dell'adempimento resta priva di sorveglianza da un organo terzo ed è affidata all'iniziativa dei soggetti che a suo tempo fecero le segnalazioni ex artt. 14 e 15 c.c.i.i.; *iii*) delle c.d. misure protettive, troppo vaghe *ex parte debitoris* e prive di un serio riequilibrio *ex parte creditoris* (art. 20 c.c.i.i.); *iv*) della riservatezza dalla quale la stessa è avvolta (art. 15, comma 6; art. 19, comma 4, c.c.i.i.).

C) Sarebbe da aprire una seria e condivisa riflessione sull'impatto che dovrebbe avere sul codice la trasposizione della Direttiva (UE) 2019/1023 sui quadri di ristrutturazione preventiva già ricordata (*supra*, § 2.7.); direttiva che a finalità di «ristrutturazione preventiva» prevede, fra le altre cose, *a*) pubblicità della procedura (art. 3; art. 8 Direttiva cit.); *b*) un sistema di autorizzazioni degli atti dispositivi più importanti volto a rendere efficiente il risanamento (art. 5 Direttiva cit.); *c*) blocco delle azioni esecutive individuali, pur variamente operante in conseguenza delle scelte del diritto nazionale (art. 6; art. 7 Direttiva cit.).

7. *Le misure emergenziali in materia di dichiarazioni di fallimento o dello stato d'insolvenza. Profili (e dubbi) di costituzionalità.*

Le residue disposizioni non possono esaminarsi secondo l'ordine progressivo: occorre infatti dapprima considerarsi l'art. 10 d.l. n. 23/2020, che introduce regole di incerta applicazione, peccando per una qualità redazionale indecorosa, dalla quale è legittimo attendersi un'esplosione di contenziosi.

La prima critica è verso la formulazione della disposizione e si riferisce alla «improcedibilità» dei «ricorsi»: premesso che alla sciatteria del linguaggio dei legislatori abbiamo da tempo fatto l'abitudine, questo è il primo errore, come vedremo tra breve anche foriero di malintesi. *Nel nostro ordinamento non sono improcedibili i «ricorsi», bensì i «procedimenti» (o, in questo caso la stessa cosa, «giudizi»)*. Di conseguenza, «correggendo» la svista del legislatore, «improcedibili» secondo l'art. 10 d.l. cit. sono i giudizi volti: 1) alla dichiarazione di fallimento ex art. 15 l.fall.; 2) all'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza di un debitore sottoposto a procedura di l.c.a. ex art. 195 l.fall.; 3) all'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza di un debitore

sottoposto a procedura di amministrazione straordinaria ex art. 3 d.l.g. 8 luglio 1999, n. 270.

Ne risulta allora una norma inedita (salvo miei errori), perché normalmente la situazione della improcedibilità del «giudizio» discende, nei processi di cognizione, dall'inosservanza di *oneri* incombenti sull'attore o sul ricorrente o *condizioni* riguardanti la domanda, in ogni caso *successivi* al deposito della stessa (v. ad es. art. 348; art. 369 c.p.c.)[32].

La finestra temporale è definita dal legislatore: l'improcedibilità colpisce i procedimenti instaurati per effetto dei ricorsi «depositati» tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020.

E così giunge subito la seconda critica: la disposizione, come le altre già esaminate, non distingue tra crisi «pandemica» e crisi «normale». Ad avviso di chi scrive, sarebbe bastato caricare il Tribunale, nel giudizio ex art. 15 l.fall., dell'accertamento che l'insolvenza non sia originata da cause straordinarie non pertinenti alla gestione dell'impresa[33]. Fra le altre cose, non vi è necessità di ricordare che quando il creditore arriva al ricorso per la dichiarazione del fallimento gli Uffici Giudiziari italiani richiedono per prassi la prova dell'insolvenza sulla base di fatti esteriori che non possono essersi verificati in un così rapido lasso di tempo (es. un titolo esecutivo messo infruttuosamente in esecuzione; in alternativa o talora in concorso con la prova di altri fatti, come la sussistenza di protesti cambiari [peraltro beneficiati ex art. 11 d.l. cit. da sospensione dei termini nella finestra temporale 9 marzo / 30 aprile 2020 !], l'irreperibilità del debitore, il ripetuto mancato deposito di bilanci, etc.). Tutte condizioni – si diceva - che difficilmente possono essere maturate nell'ambito di un'impresa sana sino al 9 marzo 2020. Più stupore desta ancora se si consideri quando l'iniziativa è assunta dal PM (salvo quanto appresso): in questo caso, secondo l'art. 7 l.fall. la richiesta origina da risultanze dell'insolvenza da giudizi penali o civili secondo le rigorose condizioni che assai difficilmente possono essere correlate a fatti successivi

[32] Cfr. A. CERINO CANOVA – C. CONSOLO, voce «Inammissibilità e improcedibilità. I) Diritto processuale civile», *Enc. Giur.*, XVI, 1993, 1 ss.; F. P. LUISO, voce « Appello nel diritto processuale civile », in *Digesto*[4], *Disc. Priv*., Sez. civile, I, 1987, § 14; C. FERRI, voce «Appello nel diritto processuale civile», in *Digesto*[4], *Disc. Priv*., Sez. civile, Aggiornamento, I, 1995, § 10.

[33] Ma si tratta della soluzione volutamente scartata dal legislatore, secondo quanto si legge nella *Relazione illustrativa* al d.l. n. 23/2020, sub art. 10.

al 9 marzo 2020, anche considerato che nel periodo pandemico, salvo limitate eccezioni legate al processo penale, l'attività degli Uffici Giudiziari è sospesa. Insomma, anziché onerare il giudice del procedimento ex art. 15 l.fall. dell'accertamento (e le parti della prova) dell'origine «pandemica» dell'insolvenza – se da ordinari fatti di gestione dell'impresa anziché dal *lockdown* anti-pandemico – nel Paese di Acchiappacitrulli si è optato per una variante di «amnistia» … concorsuale.

Non è finita.

La terza critica attiene ad una dimenticanza del legislatore, irreparabile a dire di taluno[34], ma non così secondo chi scrive: la norma non richiama i giudizi per la dichiarazione di fallimento instaurati a seguito di dichiarazione di inammissibilità del concordato preventivo (art. 162, comma 2, l.fall.); di revoca dell'ammissione al concordato preventivo in corso di procedura (art. 173, comma 2, l.fall.); di mancata approvazione del concordato preventivo da parte dei creditori (art. 179, comma 1, l.fall.); di mancata omologazione del concordato preventivo (art. 180, comma 7, l.fall.). Se si persevera nell'errore indotto dal legislatore, per cui l'improcedibilità riguarda il «ricorso» anziché il «giudizio», non si può che concludere nel senso che le dichiarazioni di fallimento «dipendenti» restino procedibili, a differenza di quelle «autonome»[35]. Se al contrario pensiamo che «improcedibili» siano i «giudizi», almeno possiamo correggere lo svarione del legislatore: infatti le dichiarazioni di fallimento «dipendenti» sono introdotte attraverso atti non necessariamente replicanti le forme dell'art. 15 l.fall., potendosi molte delle allegazioni e relativi mezzi di prova omettersi e raccogliersi dal fascicolo del concordato preventivo. Ciò che resta fermo però sono le garanzie processuali del diritto di difesa del debitore di cui all'art. 15 l.fall., peraltro espressamente richiamato dall'art. 173, comma 2, l.fall. Possiamo dire che l'art. 15 l.fall. trovi sempre applicazione *in parte qua* ed in questo senso la giurisprudenza è stabile: memore delle risalenti pronunce di incostituzionalità – che non occorrerà qui ricordare – che colpirono le disposizioni della versione originaria della legge fallimentare del 1942 in materia di dichiarazione di fallimento, in tempi recenti i giudici di legittimità e di merito sono soliti richiamarsi, quando non alle forme, comunque alle garanzie sostanziali del diritto di difesa del debitore espresse dall'art. 15 l.fall. allorché si

[34] GALLETTI, op. cit., § 5.

[35] In questo senso la *Relazione illustrativa* al d.l. n. 23/2020, sub art. 9.

provveda sul cattivo esito della procedura concordataria e, su istanza di un creditore o del PM, debba decidersi sulla dichiarazione il fallimento (non più officiosamente)[36]. Interpretazione imposta non foss'altro che dall'art. 111, comma 2, Cost. Il che è quanto concludere che nella finestra temporale sono improcedibili *tutti* i procedimenti volti alla dichiarazione di fallimento, non rileva se attivati in via «autonoma» o «dipendente».

Come, poi, operi la dichiarazione di improcedibilità, è presto detto: si rende indispensabile comunque un decreto motivato ex art. 22, comma 1, l.fall. Trattandosi di provvedimento di *favor debitoris* (indiscriminato), si potranno saltare le fasi del contraddittorio previste dall'art. 15 l.fall. Ma questa modalità di definizione è da ritenersi inevitabile, perché vi è una ipotesi in cui, nonostante l'atto introduttivo cada nella finestra temporale, il giudizio ex art. 15 l.fall. resta procedibile. Si tratta infatti dell'atto di impulso presentato dal PM (c.d. richiesta), quando nel medesimo è fatta domanda di emissione dei provvedimenti di cui all'articolo 15, comma 8, l.fall. («Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza»): sorprendentemente il comma 2 dell'art. 10 d.l. n. 23/2020 esenta questa ipotesi dall'improcedibilità.

E qui, quarta critica: dall'art. 10, comma 2, d.l. cit. ne risulta una norma palesemente incostituzionale, perché l'esenzione di cui gode l'azione del PM risulta discriminatoria per violazione dell'art. 3 e dell'art. 24, comma 1, Cost. Invero, non risulta razionalità alcuna nel criterio discretivo delle misure del comma 8 dell'art. 15 l.fall.: sfugge come possa dichiararsi l'improcedibilità del giudizio se le stesse misure siano richieste da un creditore, anziché il PM.

Per tacere, infine, dell'ulteriore incongruenza, anche questa incostituzionale ai sensi dell'art. 24, comma 1, Cost., per cui è improcedibile il giudizio ex art. 15 l.fall. anche se a domandare il fallimento sia *il debitore stesso*, con la possibile conseguenza di essere

[36] V. Cass. 22 giugno 2016, n. 12957; Cass. 22 maggio 2014, n. 11423; App. Firenze 9 maggio 2014. In dottrina v. MAFFEI ALBERTI / *AUDINO*, *Commentario breve alla legge fallimentare* [6], CEDAM, 2103, 1096, sub art. 162, IV, 4.

chiamato a rispondere per bancarotta semplice ai sensi dell'art. 217, comma 1, n. 4), l.fall., ipotesi realistica se alla conclusione della finestra temporale un altro soggetto (creditore; PM) riuscisse, secondo un criterio di prevenzione delle domande giudiziali, a chiederne per primo il fallimento. E pensare che il legislatore storico la presenta come un beneficio per il debitore che così avrà più tempo per valutare una diversa soluzione della crisi[37]: non c'è da stupirsi se il debitore è una persona per bene e, dichiarando il proprio insuccesso, vuole mettersi al riparo dalla legge penale e dalle azioni esecutive individuali dei di lui creditori (azioni non improcedibili, perché soltanto sospese durante la pandemia, per un periodo di tempo peraltro più breve: art. 83 d.l. n. 18/2020; art. 36 d.l. n. 23/2020), o dalle pressioni di iniziative stragiudiziali individuali di costoro[38], offrendo collaborazione all'Ufficio Giudiziario competente: ad Acchiappacitrulli deve essere rigorosamente sanzionato…

Affermare che nel caso della domanda di fallimento in proprio ex art. 14 l.fall. non troverebbe applicazione l'art. 15 l.fall. per sfuggire all'improcedibilità[39] è un'ammirevole forzatura del testo dell'art. 10, comma 1, d.l. n. 23/2020, ma temo non un argomento vincente, perché l'art. 15 l.fall. è una norma necessaria proprio per la sua storia che risale a pronunzie di costituzionalità circa le garanzie processuali del diritto di difesa. E l'art. 10, comma 1, d.l. cit. può essere solo abbattuto da una pronunzia di incostituzionalità.

E ancora.

Giustamente si dispone che i termini dell'art. 10 l.fall. (sul fallimento dell'imprenditore cessato) dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020 siano sospesi perché i creditori non abbiano a patire della temporanea improcedibilità: sicché, trascorso il 30 giugno 2020, in caso di riproposizione della domanda di fallimento, non ne sarebbe generata l'inammissibilità per decorso dei termini dell'art. 10 l.fall.

Altrettanto giustamente si dispone che nella medesima situazione sia sospeso il decorso dei termini decadenziali dell'art. 69 bis l.fall. per l'esercizio delle revocatorie (art. 69 bis comma 1) e poi il c.d. periodo sospetto nel caso di consecuzione delle procedure (art. 69 bis comma 2). Ma ecco che nel comma 3 dell'art. 10 del d.l. n. 23/2020

[37] *Relazione Illustrativa* al d.l. n. 23/2020, sub art. 10.

[38] V. M. SCIUTO, *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, II, *Diritto della crisi di impresa*, Aggiornamento, ed. Giappichelli, 2019, 40.

[39] IRRERA – FREGONARA, op.cit., § 2.3.

riaffiora la legislazione (emergenziale) di Acchiappacitrulli: è infatti gravissimo, anzi: incostituzionale – di nuovo per discriminazione ex art. 3 Cost. e denegata giustizia ex art. 24, comma 1, Cost. - che si sia omessa la sospensione dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020 del c.d. periodo sospetto delle azioni revocatorie che domani, *in assenza di consecuzione di procedure*, il curatore fallimentare potrebbe dover esercitare ma che si troverebbe a questo punto bruciate[40]. Si potrebbe tentare un'interpretazione estensiva visto che è comunque richiamato l'art. 69 bis, comma 2, l.fall.? Io non lo credo affatto, perché se il vittorioso esercizio delle azioni revocatorie conduce, come ora affermano le Sezioni Unite della Cassazione[41], a sentenze costitutive, esse rispondono ad un principio di «numero chiuso» (art. 2908 c.c.).

8. *Le misure emergenziali in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti.*

Anche l'art. 9 d.l. n. 23/2020 manifesta una qualità redazionale estremamente scadente. Per migliore comprensione della ricostruzione è opportuno tracciare, preliminarmente, un sommario dei contenuti della disposizione, la quale contempla, nell'ordine: 1) una proroga dei termini dell'esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti omologati se scadenti tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021 (comma 1); 2) facoltà di modifica della proposta e del piano di concordato o di accordo di ristrutturazione ancora non omologati, diversamente regolando: 2.1) la modifica dei contenuti (comma 2); 2.2.) la modifica dei termini dell'adempimento (comma 3); 3) concessione di proroga del termine del deposito della proposta e del piano in caso di domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva (comma 4) o del blocco delle azioni esecutive nel caso di trattativa di accordo di ristrutturazione ai sensi della comma 7 dell'art. 182-bis l.fall. (comma 5).

Sarà opportuno procedere nella disamina secondo l'ordine che ci siamo dati, perché la disposizione detta regole eterogenee.

[40] Rischio percepito anche da G. LIMITONE, *Breve commento all'art. 11 decreto liquidità [al momento ancora in bozza]*, in www.ilcaso.it (8-04-2020); IRRERA – FREGONARA, op.cit., § 2.3.

[41] Cass. SS.UU., 23 novembre 2018, n. 30416

8.1. ***Proroga dei termini d'esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti omologati se scadenti tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021 (art. 9, comma 1, d.l. cit.).***

Si tratta di una norma di puro buonsenso, perché la proroga *ex lege* non credo sia dettata esclusivamente dal *favor debitoris*, ma è immaginabile anche per la maggior difficoltà, finché sono in vigore le misure restrittive anti-pandemiche, ad attuare la sorveglianza da parte del commissario giudiziale (ex art. 185 l.fall.); plausibilmente diretta anche alla riduzione dei rischi di inadempimento e risoluzione del concordato o dell'accordo[42]. Sicché per una volta sarei indulgente verso il legislatore avendo disposto la proroga *ope legis* anziché subordinare la dilazione ad un provvedimento autorizzativo giudiziale che sindacasse le ragioni della difficoltà all'esecuzione in relazione alla situazione emergenziale. La legge supera, seppure con una misura transitoria e legata alla contingenza pandemica, il dibattuto problema della modifica delle condizioni del concordato e dell'accordo di ristrutturazione in tempo successivo all'omologazione[43]. Ci è chiesti se la norma consenta esclusivamente lo slittamento degli adempimenti ricadenti nel periodo ovvero un differimento generalizzato. Credo che la lettura per lo slittamento generalizzato si lasci preferire, perché in effetti coglie nel segno il rilievo che la contraria interpretazione possa (anche se ciò non è inevitabile, in astratto) condurre ad alterazioni della *par condicio creditorum* (potrebbero, nel parziale riscadenzamento, ricevere miglior sorte i chirografari dei prelazionari)[44].

8.2. ***Facoltà di modifica della proposta e del piano di concordato o di accordo di ristrutturazione ancora non omologati.***

8.2.1. ***Modifica dei contenuti (art. 9, comma 2, d.l. cit.).***

Qui si torna alla cattiva qualità redazionale della disposizione. A monte vi è un concordato non ancora omologato, oppure un accordo di ristrutturazione non ancora omologato, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 – di qui ancora una volta il carattere transitorio (e, si suppone, emergenziale) della norma.

---

[42] Così *Relazione illustrativa* al d.l. n. 23/2020, sub art. 9; v. anche AMBROSINI, op. cit., § 3.

[43] Si veda il recente studio, in tema, di D. DE FILIPPIS, *L'esecuzione del concordato preventivo ai tempi del coronavirus*, in *www.ilcaso.it* (17-04-2020).

[44] IRRERA – FREGONARA, op.cit., § 2.2.

Il primo, come è noto, deve attraversare un'approvazione del ceto creditorio sorretto, guardando a ritroso, dalla complessa ed articolata relazione particolareggiata del commissario giudiziale ex art. 172 l.fall., che presuppone a sua volta l'inventario, la disamina della proposta (o delle proposte se ve ne siano di concorrenti ex art. 163 l.fall.) e delle garanzie offerte ai creditori, delle cause del dissesto, della condotta del debitore, delle utilità che in caso di fallimento potrebbero derivare dal vittorioso esercizio di azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie. Come sia consentito processualmente richiedere al tribunale, sino al giorno dell'udienza per l'omologazione del concordato, la fissazione di un termine per esercitare quello che sembra essere un vero e proprio diritto sostanziale del debitore, di depositare «un nuovo piano e una nuova proposta», quando oramai la procedura di concordato si avvia alla chiusura (ex art. 181 l.fall.), non è dato comprendere. A questo proposito, consta già un'interpretazione restrittiva, nel senso che non di piano e di proposta *altri* rispetto agli originari, magari già approvati dai creditori, possa trattarsi, ma soltanto di più circoscritta variazione rispetto a quelli[45]. Personalmente riterrei non soltanto che l'esercizio di questo diritto renda necessaria una nuova convocazione dell'adunanza dei creditori, affinché si esprima sulla variazione (quando non sui *nova*)[46]; ma che a questo proposito occorra, se non una nuova relazione del commissario giudiziale, quanto meno una *relazione integrativa* altrettanto particolareggiata, in analogia a quella che l'art. 172, comma 2, l.fall. richiede per l'ipotesi di deposito di proposte concorrenti pervenute nel termine dell'art. 163, comma 4, l.fall.

L'art. 9, comma 2, d.l. cit. fa salva l'ipotesi di mancata approvazione secondo le maggioranze dell'art. 177 l.fall. perché si applica (per quanto non richiamato) l'art. 179, comma 1, l.fall., così da giungere, ricorrendone i presupposti, alla dichiarazione di fallimento – e qui torna il dubbio, sul quale ci siamo già soffermati, se la dichiarazione di fallimento «dipendente» sia colpita o meno da improcedibilità tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020 (*supra*, § 6). La legge indubbiamente disattende, pur se limitatamente al periodo definito, cui è legata la legislazione emergenziale in commento, la tesi della Cassazione, secondo cui è consentito al debitore «salvare» la procedura concordataria depositando un nuovo piano e una nuova proposta qualora nell'adunanza dei creditori

[45] GALLETTI, op. cit., § 5.
[46] GALLETTI, op. cit., § 5.

non si siano raggiunte le maggioranze dell'art. 177 l.fall., salvo abuso del processo da parte del debitore (da accertarsi dal giudice di merito), che si verifica quando detta prerogativa sia esercitata dal debitore unicamente per ritardare la dichiarazione del fallimento già richiesta da un creditore o dal PM[47].

Ma che impatto ha questa nuova regola sul sistema del concordato preventivo?

Se la procedura concordataria è sorretta sull'approvazione maggioritaria dei creditori e se i diritti dei creditori non sono suscettibili di compressione, la norma del comma 2, dell'art. 9 d.l. cit. pare allora avere natura più che altro *processuale*, valendo (*i*) ad abbreviare i termini dell'attività necessariamente da svolgersi per tornare ad una nuova adunanza dei creditori chiamata ad esprimersi sul *novum* o sulle variazioni e doverosamente informata; ma soprattutto (*ii*) a disapplicare il diritto ordinario, per il quale unica opzione possibile per il debitore – una volta dichiarata ammissibile la proposta del debitore e scaduti i termini ex art. 163 l. fall. per il deposito di proposte concorrenti - sarebbe l'abbandono della procedura concordataria pendente e l'avvio di una nuova, fermo restando il rischio che nel frattempo non pervengano domande di creditori e PM di dichiarazione del fallimento, tenute se soprattutto già pendenti e non desistite. Di conseguenza, la continuità della medesima procedura di concordato preventivo consente che non venga meno la continenza fra le domande giudiziali di concordato e di fallimento, cosicché il giudice di merito necessario debba esprimersi dapprima sulla prima domanda ed eventualmente e solo dopo sulla seconda, in applicazione della regola giurisprudenziale elaborata dalle Sezioni Unite della Cassazione[48]. Questa norma, benché a carattere transitorio, in realtà è destinata dispiegare effetti ben oltre la data del 30 giugno 2020, momento dal quale torneranno procedibili i giudizi per la dichiarazione di fallimento successivamente istaurati.

Ancora più nebulosa mi pare l'incidenza della nuova disposizione sulla procedura di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti, nella quale, notoriamente, manca la fase dell'approvazione perché basata sul negoziato individuale con i creditori aderenti. L'art. 9, comma 2, d.l. cit. in proposito parla testualmente di un «nuovo accordo». Se ciò dovesse intendersi come il diritto di presentare un *novum*, alla norma

[47] Cfr. Cass., 10 ottobre 2019, n. 25479. Secondo IRRERA – FREGONARA, op.cit., § 2.2. la facoltà del debitore di presentazione del nuovo piano e della nuova proposta risulterebbe tuttavia esercitabile.

[48] Cass. SS.UU. 15 maggio 2015, nn. 9935 – 9936.

dovrebbe riconoscersi esclusivo valore *processuale*, nel senso che è garantita una procedura accelerata di omologazione; sul piano sostanziale, il deposito di un piano e di una proposta *altri* dovrebbero transitare infatti per un nuovo negoziato e la nuova acquisizione dei consensi alla ristrutturazione. Diversamente, un valore *sostanziale* alla norma dell'art. 9, comma 2, d.l. cit., potrebbe riconoscersi in caso di una limitata variazione incidente esclusivamente su un profilo non richiedente consensi, cioè sul riscadenzamento dei debiti verso i c.d. creditori estranei purché si rimanga nei limiti dei termini già previsti dalla legge (art. 182 bis, comma 1, l.fall.). Certamente, se questa fosse la soluzione corretta, dall'intervento del legislatore emergenziale uscirebbe confermata la tesi di recente fatta propria dalla Cassazione, della *natura concorsuale* della procedura di accordo di ristrutturazione[49].

Nel frattempo, si sono già espresse censure verso il legislatore per non avere introdotto alcun sindacato giudiziale su quello che poco sopra ho definito un diritto di modificare piano e proposta concordatari o l'accordo di ristrutturazione: il diritto risulta esercitabile a prescindere da qualsiasi prova che la situazione pandemica abbia reso eccessivamente onerose ovvero impossibili le condizioni originarie. Né credo che questa mancanza possa essere in alcun modo colmata se non in sede di conversione del decreto in legge.

8.2.2. *Modifica dei termini dell'adempimento del c.p. o dell'a.r.d. prima dell'omologazione (art. 9, comma 3, d.l. cit.).*

Neppure nella disciplina dell'art. 9, comma 3, d.l. cit., troviamo vincoli tra modifica e contingenza legata al COVID-19. In questa fattispecie – a differenza di quella del comma 2, rispetto alla quale si presenta tuttavia come speciale, presupponendo a monte anche in questo caso la pendenza della procedura alla data del 23 febbraio 2020 - la modifica è circoscritta ai termini di adempimento del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione; mentre a differenza della fattispecie del comma 1 (rispetto alla quale è del tutto autonoma) la modifica dei termini per l'adempimento incide su un concordato o su un accordo ancora non omologati.

[49] Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182.

Ora, osserviamo che la legge regola la procedura che il Tribunale deve seguire in questo diverso caso, a differenza che nel caso del comma 2 dell'art. 9 d.l. cit.: in quel caso, è quasi concluso l'iter procedurale del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione, mancando soltanto l'omologazione e, tuttavia, al debitore è garantito un diritto di presentare variazioni (quando non, forse, un *novum*), avvalendosi di un vantaggio processuale del diritto transitorio; in questo caso pure è quasi concluso l'iter procedurale del concordato o dell'accordo, ma pare, dall'intonazione delle disposizioni, che il tribunale abbia il potere di accogliere o di rigettare l'istanza senza rinnovare od integrare le attività processuali già compiute.

Si tratta, fra le altre cose, di un nuovo passo nel percorso degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità, valendo la modifica unilaterale, se omologata dal Tribunale, salvo errori, anche per i creditori aderenti, senza bisogno di rinegoziazione.

8.3. ***Concessione di proroga del termine del deposito della proposta e del piano in caso di domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva (art. 9, comma 4, d.l. cit.). Proroga del divieto delle azioni esecutive e cautelari nel caso di trattativa di accordo di ristrutturazione ai sensi della comma 7 dell'art. 182-bis l.fall. (art. 9, comma 5, d.l. cit.).***

Completano il quadro delle misure emergenziali due proroghe, che formano il contenuto di provvedimenti giudiziali del Tribunale a contenuto autorizzatorio, da fondarsi su «concreti e giustificati motivi» da correlarsi all'emergenza COVID-19 da allegarsi e provarsi in apposita istanza dal debitore, nelle seguenti ipotesi: *a*) quando sia stata depositata domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva ex art. 161, comma 6, l.fall., e il Tribunale che già abbia concesso il primo termine lo abbia anche prorogato come da ordinaria disciplina, può essere autorizzata un'ulteriore e più lunga proroga, quand'anche sia stato «depositato ricorso per la dichiarazione di fallimento» (comma 4); ovvero *b*) quando, depositata l'istanza «protettiva» ex art. 182-bis, comma 6 e 7, l.fall., il debitore abbia già ottenuto il provvedimento di divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari, nonché di acquistare titoli di prelazione se non concordati con il debitore valevole per il termine di non oltre giorni sessanta (come disposto dal comma 7 della stessa disposizione), il debitore può

ottenere proroga non superiore a novanta giorni, omessi gli adempimenti procedurali ordinariamente richiesti dall'art. 182-bis, comma 7, primo periodo, l.fall.

Nell'art. 9, comma 5, d.l. cit. non è richiamato il comma 8, II periodo, dell'art. 182-bis, l.fall., che prevede la conservazione degli effetti dell'«ombrello protettivo» da azioni esecutive e cautelari in ipotesi di presentazione nel termine domanda di ammissione al concordato preventivo. Non dubiterei comunque sull'applicabilità della norma di conservazione quand'anche il debitore abbia beneficiato della proroga causa COVID-19; lo stesso direi, all'inverso, qualora ottenuto e prorogato il termine (una volta secondo la via ordinaria, la seconda causa COVID-19) ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall., il debitore depositi domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti.

dirittifondamentali.it