

LE MISURE PROTETTIVE E CAUTELARI NEL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

GIUSEPPE BOZZA*

SOMMARIO: 1. Le misure protettive e cautelari nella legge fallimentare. – 2. Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza. Definizioni e contenuto. – 3. Le misure protettive nel nuovo codice. Legittimazione e campi di operatività. – 4. Le misure cautelari nel nuovo codice. Legittimazione e campi di operatività. – 5. Le misure cautelari e protettive nel nuovo codice. Durata. – 6. Il procedimento. Principi comuni alle misure protettive e a quelle cautelari. – 7. Il procedimento. Le misure cautelari. – 8. Il procedimento. Le misure protettive. – 9. La revoca di cui al comma 4 dell'art. 55. – 10. Le misure protettive nella procedura di composizione assistita della crisi.

1. Le misure protettive e cautelari nella legge fallimentare

L'attuale legge fallimentare non fornisce una definizione delle misure protettive e di quelle cautelari utilizzabili nelle varie procedure, ma delle stesse può essere tracciato un profilo. Le prime sono quelle tese a proteggere il complesso dei beni del debitore dall'aggressione esterna dei creditori, in modo da evitare la disgregazione del patrimonio nell'ottica della destinazione dello stesso alla soluzione concordata della crisi o alla liquidazione del patrimonio. Le seconde sono meno definibili in quanto comprendono tutta quella tutela atipica – riconducibile al disposto dell'art. 700 c.p.c., senza escludere il ricorso a misure più tradizionali, conservative del patrimonio – non catalogabile, strumentale alla decisione di merito, rappresentata dalla sentenza dichiarativa di fallimento, e agli effetti che conseguono a tale sentenza, e, quindi, per quanto qui interessa, comprendono quelle finalizzate a limitare i poteri dispositivi del debitore in previsione di una declaratoria di insolvenza che sottrae a costui la disponibilità del suo patrimonio.

Di conseguenza, il campo di elezione delle misure protettive è costituito dal concordato e dagli accordi di ristrutturazione, frutto dell'esigenza di

* Il presente contributo è destinato al volume collettaneo "Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa", a cura di STEFANO AMBROSINI, in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli.

attuare, fin dall'inizio, una protezione del patrimonio del debitore e dell'impresa dalle aggressioni dei creditori, in modo da consentire il buon esito delle stesse e la realizzazione della "causa concreta" di ciascuna, oltre che naturalmente dal fallimento aperto, al fine di consentire l'esecuzione collettiva.

Le disposizioni che permettono tale risultato nel concordato sono varie e si identificano prevalentemente in quelle dell'art. 168, l. fall., che prevedono il divieto delle azioni esecutive e cautelari, la sospensione della prescrizione e non rilevanza delle decadenze per quei crediti che avrebbero potuto essere azionati con procedimenti esecutivi e cautelari al momento del deposito della domanda, sino all'omologa del concordato, nonché la neutralizzazione delle ipoteche iscritte nei 90 giorni anteriori e divieto d'acquisto delle prelazioni¹; ma è chiaro che l'effetto protettivo principale è quello che nasce dal divieto delle azioni esecutive e cautelari, cui si farà principalmente riferimento.

Tale divieto riguarda "i creditori per titolo anteriore", giusta la previsione dell'art. 168, che non contempla, a differenza dell'art. 51, i crediti maturati successivamente, che siano, ovviamente, opponibili alla massa in quanto legalmente acquisiti, sicché autorevole dottrina² condivisibilmente ritiene che, alla luce del dato testuale, per questa tipologia di crediti non operi il divieto in questione.

L'effetto del divieto è l'improcedibilità delle azioni esecutive e la nullità degli atti posti in essere in violazione dello stesso, nel mentre gli atti esecutivi svolti anteriormente al deposito del ricorso non sono pregiudicati, sicché, come in una sorta di sospensione, alla cessazione del divieto per qualsiasi causa (dalla non ammissibilità alla revoca della procedura, dalla non approvazione alla non omologa, ecc.), i creditori recuperano la loro libertà di procedere dal punto in cui erano arrivati al momento della sospensione.

Questa sospensione opera automaticamente fin dalla pubblicazione del ricorso con cui il debitore chiede il termine di cui al comma 6 dell'art. 161, giacché, a tacere d'altro, l'effetto protettivo – tipico della concorsualità che non consente, a tutela dell'interesse comune da perseguire, che ciascun creditore possa conservare l'iniziativa di agire sui beni del debitore – costituisce la ragion d'essere della previsione legislativa dell'anticipazione della domanda di concordato, la cui finalità è proprio quella di impedire, attraverso l'*automatic stay*, la disgregazione del patrimonio del debitore in

¹ Misure protettive possono essere considerate anche quelle contenute nelle norme richiamate dall'art. 169, nonché quelle previste dall'art. 182-sexies, l. fall.

² Cfr. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso-Panzani, III, Milano, 2016, p. 3396; MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 641. Contra, FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, II, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, p. 705 ss., che privilegia una interpretazione funzionalistica della norma, secondo la quale l'esercizio di azioni esecutive da parte dei titolari di crediti prededucibili contrasta con la tutela del patrimonio del debitore destinato alla soddisfazione dei creditori nell'ambito della procedura concordataria.

attesa che questi predisponga la proposta, il piano e raccolga la documentazione necessaria³.

Tra le misure protettive va annoverata anche quella di cui al comma 3 dell'art. 168, il quale stabilisce che "I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente"; divieto che, ovviamente, per il collegamento con il comma 1, parte dalla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso contenente la domanda di concordato, anche con riserva, e dura fino alla omologa del concordato; disposizione che – ha precisato la S. Corte⁴ – opera esclusivamente nei rapporti fra i creditori al fine di garantirne la *par condicio* per l'eventualità di successivo fallimento.

Con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134, è stato aggiunto al comma 3 dell'art. 168, l. fall. un ulteriore periodo per sancire la inefficacia rispetto ai creditori anteriori delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, estendendo così retroattivamente la tutela del debitore ad un atto posto in essere anteriormente alla presentazione e pubblicazione del ricorso; ed anche questa previsione di inefficacia opera dalla data di pubblicazione del ricorso per concordato con riserva in quanto, se così non fosse, anche in questo caso il termine che viene concesso potrebbe assorbire quello del consolidamento dell'ipoteca giudiziale e si metterebbe il debitore in condizione di dover fare necessariamente ricorso al concordato pieno per avvantaggiarsi della inefficacia della garanzia.

Si tratta di una ipotesi di inefficacia di diritto, non riconducibile alla famiglia delle revocatorie, neanche a quelle di diritto, che riguarda le sole ipoteche giudiziali, per cui non opera per gli altri tipi di ipoteca; si tratta di una misura tesa a favorire la procedura concordataria evitando al debitore la necessità di dover fare ricorso alla soluzione fallimentare per disinnescare gli effetti negativi dell'iniziativa di un creditore sull'intero ceto creditorio, per cui, qualora non venga presentata la domanda di concordato o questo non venga ammesso o in qualche modo venga meno (per revoca, rinuncia, mancata approvazione o mancata omologazione), l'inefficacia dell'iscrizione cessa e nell'eventuale successivo fallimento il curatore dovrà comunque agire ai sensi dell'art. 67 per ottenere la revoca dell'ipoteca, secondo le regole fallimentari, tra cui la disposizione di cui al

³ Il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore non comprende l'istanza di fallimento, come apparentemente potrebbe ritenersi in ragione dell'effetto di pignoramento generale prodotto dalla sentenza che l'accoglie. In tal senso, Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935, in *Giur. comm.*, 2017, 1, II, p. 21 e Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9936, in *GiustiziaCivile.com*, 2015, 11 dicembre.

⁴ Cass., 26 giugno 2001, n. 8739, in *Fallimento*, 2002, p. 817; Cass., 6 settembre 1996, n. 8130, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 491; *Fallimento*, 1997, p. 492; Cass., 15 maggio 1993, n. 5569, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1772; *Fallimento*, 1993, p. 1133; Cass., 3 agosto 1990, n. 7807, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 299; *Fallimento*, 1991, p. 153; *Dir. fall.*, 1991, II, pp. 325, 545.

comma 2 dell'art. 69-*bis*, che recupera il principio della consecuzione nell'ambito revocatorio.

Per la verità, la S. Corte si è mostrata di diverso avviso, statuendo che “l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione della domanda di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 168, comma 3, l. fall. – come novellato dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. in legge n. 134 del 2012 –, in applicazione del principio della cd. ‘consecuzione delle procedure’ trova applicazione anche nel caso in cui all'apertura della procedura di concordato preventivo faccia seguito la dichiarazione di fallimento”⁵, ma questa affermazione appare poco convincente, giacché, a tacere d'altro che non è il caso di affrontare in questa sede, la consecuzione è assicurata dal comma 2 dell'art. 69-*bis*, l. fall., che, per il caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, fa decorrere i periodi di cui agli artt. 64, 65, 67, commi 1 e 2, e 69 dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

Né, presentata una successiva domanda di concordato, può farsi più riferimento alla data della prima per segnare il decorso a ritroso del termine dei novanta giorni perché il riferimento contenuto nel comma 3 dell'art. 168, secondo cui sono inefficaci le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono “la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese”, “rivela che l'inefficacia opera avendo riguardo a tale ristretto ambito temporale e in relazione a quella sola domanda di concordato che sia stata resa pubblica nei novanta giorni successivi alla costituzione della garanzia reale”⁶. Analogo sistema vige nella ristrutturazione dei debiti, ove, a norma del comma 3 dell'art. 182-*bis* gli effetti protettivi conseguono, in via automatica, per una durata di sessanta giorni, dalla data di pubblicazione dell'accordo intervenuto fra il debitore ed i propri creditori.

Anche qui tali divieti possono essere anticipati nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo qualora l'imprenditore ne faccia richiesta seguendo la procedura, abbastanza farraginoso, di cui al comma 6 dell'art. 182-*bis*, per il quale la pubblicazione della relativa istanza determina il prodursi di tali effetti, ma è poi il tribunale che, a norma del comma 7 dell'art. 182-*bis*, effettuate le necessarie verifiche, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e acquisire prelazione nei successivi sessanta giorni, entro i quali va depositato l'accordo definitivo corredato della relazione redatta dal professionista⁷.

Completamente estranei alla problematica del divieto delle azioni esecutive e cautelari sono i piani attestati essendo questi carenti di qualsiasi

⁵ Cass., 5 marzo 2019, n. 6381, in *unijuris.it*.

⁶ In tal senso, Cass., 6 giugno 2018, n. 14671, in *unijuris.it*, 2018.

⁷ Disposizioni queste in gran parte vanificate dalla introduzione del concordato con riserva che, con modalità molto più semplificate, permette di accedere immediatamente all'*automatic stay* e poi, alla scadenza del termine, di chiedere l'accesso alla ristrutturazione dei debiti.

copertura giurisdizionale, tant'è che essi non si articolano attraverso un procedimento, né danno luogo ad una procedura concorsuale in quanto non coinvolgono, nei propri effetti, l'intero ceto creditorio in funzione del principio della *par condicio*, e, quindi, non pongono alcun limite alla libera disponibilità del patrimonio del debitore e non attuano alcuna protezione dalle aggressioni di detto patrimonio da parte dei creditori. Ed, infatti, come è noto, il primo e unico momento in cui l'autorità giudiziaria civile può entrare in contatto con detti piani è quando, non riuscito il tentativo di risanamento e di riequilibrio e dichiarato il fallimento, il curatore agisca chiedendo la revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione del tentativo privo di successo e, in questo giudizio, il convenuto eccepisca, e fornisca la prova, che il beneficio ricevuto costituiva attuazione di un piano di risanamento fornito dei requisiti richiesti dalla legge (art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.).

Questa chiara marcatura di confini è stata, in parte messa in discussione dal comma 5-*bis* dell'art. 9, d.l. n. 23/2020, convertito nella legge n. 40/2020, in forza del quale, come immediatamente rilevato in dottrina⁸, il debitore può presentare un ricorso per concordato con riserva (o chiedere un preaccordo di ristrutturazione), ottenendo così la protezione dalle azioni esecutive e cautelari, ed utilizzare questo tempo per negoziare con i creditori la ristrutturazione della posizione debitoria nell'ottica non già di presentare al tribunale, al termine della moratoria, un piano di concordato (o un accordo di ristrutturazione), bensì di “depositare un atto di rinuncia alla procedura, dichiarando di avere predisposto un piano di risanamento”, con la differenza, rispetto alle precedenti possibilità di sbocco del preconcordato, della mancanza di qualsiasi controllo giudiziario sul piano attestato; ossia non si innesta l'*automatic stay* su un istituto di matrice interamente stragiudiziale qual è il piano attestato di risanamento, ma indirettamente si ammette che “l'*automatic stay* rappresenta, specie in frangenti di grave crisi generale, un bene in sé per il sistema economico, cui il debitore può attingere, in modo schiettamente utilitaristico, per comprare tempo in vista dell'obiettivo del superamento della crisi, a prescindere dalle modalità (giudiziali o meno)”.

Il divieto delle azioni esecutive e cautelari esiste anche nel fallimento (art. 51) ove, però, inizia a decorrere dal giorno della dichiarazione di fallimento, per cui è sorta la necessità, in quest'ultima procedura, di attuare una forma di protezione anche nella fase prefallimentare; questa è stata realizzata con la riforma del 2006, dando la possibilità al tribunale di disporre, unicamente su istanza di parte, misure cautelari o conservative contro eventuali atti dispositivi del debitore, con efficacia limitata alla durata del procedimento prefallimentare in quanto destinate ad essere “assorbite” nella sentenza di fallimento, ovvero ad essere revocate nel caso di rigetto della relativa istanza, come previsto dal comma 8 dell'art. 15, l.

⁸ AMBROSINI, *La rinuncia al concordato preventivo dopo la legge (n. 40/2020) di conversione del “Decreto liquidità”*: nascita di un “ircocervo”?, in *ilcaso.it*, 10 giugno 2020.

fall., per cui il campo di operatività delle misure cautelari è la fase istruttoria prefallimentare.

Posto che lo scopo delle misure cautelari è quello di prevenire il pericolo che vengano poste in essere attività distruttive o depauperative del patrimonio dell'impresa per il tempo necessario alla pronuncia di fallimento con efficacia limitata alla durata dell'istruttoria prefallimentare, vanno escluse da tale novero le domande volte a conseguire utilità non direttamente connesse agli effetti della dichiarazione di fallimento, come la proposizione di un rimedio cautelare per anticipare gli effetti di un'eventuale azione revocatoria fallimentare per pagamenti con mezzi anormali⁹, che comporterebbe l'anticipazione degli effetti di una sentenza costitutiva esercitabile solo dopo la dichiarazione di fallimento.

Tuttavia, questo pur apprezzabile intento è stato interpretato dalla giurisprudenza in modo abbastanza elastico, in primo luogo, attribuendo alla congiunzione “o” un valore non disgiuntivo, ma esplicativo, come a dire che la parte istante può ottenere provvedimenti cautelari, ma anche misure finalizzate alla “conservazione” del patrimonio dell'imprenditore o dell'impresa in senso lato, costituendo i provvedimenti conservativi una *species* della più ampia tutela cautelare. Inoltre, sulla base della considerazione che le misure cautelari o conservative, non essendo tipizzate dalla legge, possono assumere il contenuto più vario, da modulare in base alle esigenze del caso concreto, ha ritenuto che esse possono consistere sia in misure di carattere tradizionalmente conservativo, come il sequestro conservativo dei beni o dell'azienda del debitore – al fine di rendere inopponibili (mediante conferma della misura nella sentenza di fallimento) alla massa dei creditori gli eventuali atti di disposizione successivamente compiuti dallo stesso prima della dichiarazione di fallimento – o il sequestro giudiziario, al fine di evitarne (fino alla probabile apprensione del curatore) la dispersione materiale; ma anche in misure di stampo inibitorio, come l'impedimento di atti dispositivi diretti ad alterare la *par condicio creditorum* o l'ordine di sospensione dei pagamenti impartito al debitore ed al terzo pignorato, o di carattere anticipatorio, come la sospensione di azioni esecutive in corso o del compimento di specifici atti esecutivi, il sequestro giudiziario di ramo di azienda affittato a terzi nei sei mesi antecedenti il deposito dell'istanza di fallimento, o infine, consistere in misure di tipo innovativo, come la revoca o sospensione degli amministratori e la sostituzione con un amministratore di tipo giudiziale o l'affiancamento dell'imprenditore con un custode, cui sottoporre ogni decisione di straordinaria amministrazione, ma anche la inibizione a compiere atti di straordinaria amministrazione con la necessità per l'imprenditore di munirsi di autorizzazione del tribunale per compiere determinate attività¹⁰.

⁹ Trib. Nocera Inferiore, 5 luglio 2012, in *Ilfallimentarista.it*, 4 giugno 2013.

¹⁰ Per una analitica individuazione del possibile contenuto delle misure cautelari e dei precedenti specifici di merito, cfr. FINOCCHIARO, *I provvedimenti cautelari nel giudizio pre fallimentare*, in *Fallimento*, 2018, p. 915 ss.; PAGNI, *La tutela cautelare del*

2. Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza. Definizioni e contenuto

Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, in particolare con gli artt. 54 e 55 – che sono stati ampiamente rivisitati dal decreto correttivo di cui al d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 – ha, in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (molto dettagliata in proposito), fortemente innovato la materia delle misure protettive e cautelari rispetto al sistema in precedenza tratteggiato, anche se le definizioni delle stesse, che il CCI fornisce corrispondono, in linea di massima, alla ricostruzione di cui si è dato conto.

Invero, a norma della lett. p) dell'art. 2 CCI, quelle protettive sono “le misure temporanee richieste dal debitore per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza”¹¹.

Il comma 5 dell'art. 46 del CCI riprende testualmente il comma terzo dell'art. 168, l. fall., per cui, anche in futuro, i creditori non potranno acquisire diritti di prelazione opponibili alla massa in difetto di autorizzazione; norma anche questa, come nell'attuale legge fallimentare, sicuramente applicabile fin dalla presentazione della domanda di concordato in bianco dal momento che tale disposizione è collocata nello stesso articolo che, al comma 1, tratta degli effetti del deposito della domanda di accesso “fino al decreto di apertura di cui all'articolo 47”, ossia regola proprio gli effetti prodotti dalla domanda di concordato con riserva per il periodo della pendenza del termine fino all'apertura della procedura di concordato pieno.

Nel comma 5 dell'art. 46 è riprodotta anche la seconda parte del comma 3 dell'art. 168, l. fall. introdotta nel 2012, allo scopo di sancire la inefficacia rispetto ai creditori anteriori delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, estendendo così retroattivamente la tutela del debitore ad un atto posto in essere anteriormente alla presentazione e pubblicazione del ricorso. E, come per l'art. 168, l. fall., anche per la nuova norma, questa protezione del patrimonio del debitore opera automaticamente a seguito del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo, senza necessità di una richiesta del debitore (necessaria per ottenere l'effetto della sospensione delle azioni esecutive a cautelari) e non è disposta dal giudice¹². Nulla vi è, pertanto, da aggiungere a quanto detto nel precedente paragrafo con riferimento alla situazione attuale, anche perché con il decreto correttivo n.

patrimonio e dell'impresa nell'art. 15 l. fall. alla luce delle novità della l. 7 agosto 2012, n. 134, in Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare, a cura di Fimmandò, Milano, 2012, p. 79 ss.

¹¹ Questo è il testo della norma CCI, come emendata dal d.lgs. n. 147/2020; nella versione originaria si parlava impropriamente (in seguito si vedrà perché) di “misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare ...”.

¹² Opportuna sottolineatura fatta da DEL MAJNO, *Le misure protettive del patrimonio del debitore in concordato preventivo: verso il CCII*, in *Fallimento*, 2020, p. 1059.

147/2020 è stato aggiunto un comma 2 all'art. 170, che riproduce (con i riferimenti normativi aggiornati) il comma 2 dell'art. 69-*bis*, 1. fall., rimediando, come spiega la Relazione, all'omissione del legislatore del CCI.

In conclusione, alla luce del nuovo codice, le misure protettive individuano tutti i provvedimenti funzionali a preservare il patrimonio del debitore da eventuali aggressioni di creditori in modo da salvaguardare gli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Pertanto, le misure tese ad evitare lo scioglimento della società a causa della perdita o riduzione del capitale sociale di cui tratta l'art. 89 CCI¹³, sebbene abbiano natura protettiva del patrimonio del debitore in quanto consentono l'attività anche in situazioni che normalmente richiedono la ricapitalizzazione o lo scioglimento della società compromessa, non possono essere incluse tra le misure protettive di cui trattano gli artt. 54 e 55, che si rifanno alla definizione dell'art. 2, lett. p), che fa espresso riferimento alle misure tese ad evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza¹⁴.

La lett. q) dello stesso art. 2 CCI individua quali cautelari “i provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza”¹⁵.

Questa nuova dizione ha il merito di eliminare molti dei tanti dubbi esistenti attraverso un ampliamento dell'attuale definizione di cui al comma 8 dell'art. 15, 1. fall., adattata anche ai nuovi istituti introdotti; ampliamento che si riscontra in entrambe le definizioni date dal nuovo codice, quella di cui alla lett. q) dell'art. 2, sopra riportata e quella ripetuta

¹³ Come è noto, sugli effetti della perdita e riduzione del capitale sociale è intervenuta pesantemente la legislazione di emergenza, disponendo, in un primo momento, con l'art. 6 del d.l. n. 23/2020, convertito nella legge n. 40/2020 la sospensione, per il periodo 9 aprile-31 dicembre 2020, l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter*, c.c., in tema di riduzione obbligatoria del capitale sociale nonché di quelle di cui agli artt. 2484 e 2545-*duodecies* dello stesso codice relative alle cause di scioglimento per perdite del capitale sociale verificatesi nel medesimo periodo. Successivamente, con la legge bilancio 2021 è stata prevista la sterilizzazione delle perdite conseguite nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2020, prevedendo che, a partire dall'esercizio in chiusura al 31 dicembre 2020, sono di fatto sospesi gli effetti di tutti gli articoli del codice civile che impongono a società con perdite rilevanti, l'alternativa tra la ricapitalizzazione o lo scioglimento, consentendo la ricapitalizzazione entro cinque anni.

¹⁴ Egualmente, la durata annuale massima di cui all'art. 8 (di cui si dirà), non comprende i provvedimenti di carattere societario, facendo anche tale norma riferimento alla durata delle misure protettive, che sono quelle come tali definite dall'art. 2, lett. p). Ed, infatti, la tutela societaria opera automaticamente (diversa è la regolamentazione dell'art. 20, come si vedrà, dettata per la composizione assistita della crisi) “dalla data del deposito della domanda e sino all'omologazione”.

¹⁵ Ovviamente si parla delle misure cautelari civili e non di quelle penali che sono regolate nel Titolo VIII.

nel comma 1 dell'art. 54, secondo cui il tribunale può emettere su istanza di parte “i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti”.

Entrambe riecheggiano il testo dell'art. 700 c.p.c., lì dove questo consente l'emissione dei provvedimenti d'urgenza “che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”, in tal modo accentuando il carattere di atipicità delle misure cautelari in questione¹⁶, già pacificamente riconosciuto, come visto, dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 15, comma 8, l. fall., ma che nel nuovo codice trova una esplicita affermazione, ulteriormente enfatizzata dalla espressa previsione della possibilità della nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio; senza, ovviamente, escludere il ricorso alle tradizionali misure conservative del patrimonio, come peraltro riconosciuto nella Relazione al codice, sebbene non più menzionate dalla norma.

Nonostante, quindi, l'eliminazione dell'alternativa conservativa (contenuta nell'attuale art. 15, comma 8, l. fall.), la protezione cautelare comprende anche misure conservative, posto che queste costituiscono una *species* rispetto al *genus* cautelare. Comprende, cioè tutte quelle misure cautelari caratterizzate dalla strumentalità rispetto alla sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti essendo finalizzate ad “assicurare provvisoriamente gli effetti di tali sentenze”. La norma, in sostanza, è espressione di un potere generale di cautela, connotato da atipicità quanto ai contenuti, conservativi o anticipatori o inibitori, che la misura può assumere allo scopo di impedire l'infruttuosità o la tardività della futura sentenza, il che giustifica l'estrema genericità, che legittima il giudice (nel rispetto della domanda formulata) ad adottare i provvedimenti “che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza...”.

Potranno, pertanto, essere richieste misure “tipiche”, come il sequestro conservativo ma anche tutte quelle misure atipiche già anticipate dalla giurisprudenza formatasi nella interpretazione dell'art. 15, comma 8, l. fall., fermo restando che all'ampiezza del potere del giudice di congegnare la misura più adatta alle esigenze del caso deve essere posto il limite che la cautela innominata non può travalicare lo scopo dettato dalla norma di “assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, in modo da impedire

¹⁶ E per la verità è anche opportuno che la tipologia dei provvedimenti cautelari, in quanto tesi ad evitare pregiudizio per i creditori non siano del tutto predeterminati ed abbiano invece caratteristiche di atipicità in modo che il giudice possa, nella sua prudente valutazione, modularli sulle specifiche esigenze che la procedura richiede.

una potenziale disgregazione aziendale o patrimoniale dell'imprenditore, salvo espressa disposizione di legge.

Una di queste è contenuta nel comma 1 dell'art. 54, lì dove include tra le misure cautelari anche quella di nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio del debitore, sulla falsariga – spiega la Relazione illustrativa – del sequestro giudiziario di cui all'art. 670 c.p.c. Previsione quest'ultima quanto mai opportuna sotto un duplice profilo: da un alto, infatti, elimina i ricorrenti dubbi del ricorso all'istituto del sequestro giudiziario – pur utilizzato con frequenza¹⁷ – che si esponeva alla critica della mancanza di una controversia sulla proprietà o sul possesso, presupposta dall'art. 670 c.p.c., ma non ricorrente neanche quando il sequestro veniva disposto in vista dell'esercizio dell'azione revocatoria da parte del curatore¹⁸; dall'altro dovrebbe escludere la possibilità della nomina di un amministratore giudiziario, sulla falsariga dell'art. 2409 c.c., cui pure la giurisprudenza ha fatto finora ricorso¹⁹, sempre come misura cautelare rientrante nella atipicità dei provvedimenti consentiti dall'art. 15, comma 8, l. fall., sia perché l'indicazione in positivo della nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio mostra l'intento del legislatore di escludere la possibilità della nomina di altre figure, come l'amministratore giudiziario, ancor più invasive in quanto comportano la sostituzione dell'organo amministrativo nella gestione dell'impresa e non solo un affiancamento (ove obblighi e diritti restano in capo al debitore), sia perché la nomina di un amministratore giudiziario *ex art. 2409 c.c.* è riservata alla denuncia di gravi irregolarità sociali e non è ripresa nel contesto della legge fallimentare né del nuovo codice²⁰.

¹⁷ Trib. Novara, 29 aprile 2011, in *ilcaso.it*; Trib. Vibo Valentia, 19 marzo 2010, in *ivi*; Novara, 24 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010, p. 1180, con nota di Marzocchi; Trib. Monza, 11 febbraio 2009, in *Fallimento*, 2009, p. 854; Trib. Verona, 21 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, p. 2026, con osservazione di Fabiani; Trib. Udine, 11 luglio 2008, in *unijuris.it*, che hanno disposto, a norma dell'art. 15, comma 8, l. fall., il sequestro giudiziario dell'azienda con nomina di un custode, con la possibilità di conferire, ove necessario, a questi il potere di compiere atti di competenza dell'organo amministrativo.

¹⁸ Ed infatti, il più delle volte il ricorso al sequestro giudiziario viene giustificato con l'atipicità dei provvedimenti consentiti dall'art. 15, comma 8, l. fall., che comprende anche il sequestro giudiziario dettato, per lo più a tutela delle esigenze dei lavoratori.

¹⁹ Trib. Vicenza, 15 gennaio 2018, in *Le Società*, 2018, p. 513 ss.; Trib. Prato, 24 giugno 2011, in *ilcaso.it*; Trib. Prato, 4 febbraio 2011, in *Dir. fall.*, 2011, p. 1 ss., con nota di PACCHI, *Provvedimento cautelare e conservativo su richiesta del debitore in attesa di un accordo di ristrutturazione*; Trib. Novara, 24 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010, p. 1180; Trib. Napoli, 23 giugno 2009, in *ilcaso.it*; Trib. Monza, 11 febbraio 2009, cit.; Trib. Vibo Valentia, 19 marzo 2010, cit.

²⁰ Né un provvedimento di revoca e sostituzione dell'organo amministrativo può più giustificarsi con l'atipicità dell'art. 700 c.p.c. perché, come è stato ben detto (PAGNI, *op e loc. cit.*), il trapianto, nella fattispecie dell'art. 54 CCI, della previsione dell'art. 2409 c.c. incontra non solo il limite della necessità della previsione espressa, imposto dall'art. 2908 c.c. (e tale non può essere lo stesso art. 700 c.p.c., proprio per la sua ampiezza, né l'art. 54, per la medesima ragione), ma anche quello dell'esigenza che le regole di condotta dettate col provvedimento interinale non vadano al di là di quelle della pronuncia finale, che non prevede revoca dell'organo amministrativo. Senza contare che, nel procedimento

Confermerei, invece, come già oggi è riconosciuta²¹, l'ammissione di provvedimenti tesi a sterilizzare gli effetti di azioni esecutive in corso, limitatamente però alla procedura diretta all'apertura della liquidazione giudiziale su istanza di un creditore o del P.M. o di altri legittimati perché, come si dirà, nel concordato, nella ristrutturazione dei debiti e nella liquidazione su iniziativa del debitore queste misure protettive sono previste e regolamentate dal comma 2 dello stesso art. 54 in modo parzialmente diverso da quelle cautelari. Allorquando, invece, la liquidazione è chiesta da un creditore, dal P.M. o da altro legittimato – i quali non possono chiedere le misure protettive essendo queste riservate alla esclusiva iniziativa del debitore – è da ritenere che le misure cautelari di cui al comma 1 dell'art. 54 possano includere anche l'inibizione al proseguimento delle azioni esecutive e cautelari, ricorrendo, anche in questo caso, così come quando l'istruttoria per la procedura di liquidazione giudiziale segue all'iniziativa del debitore, l'esigenza di evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, nella fase dell'accertamento dell'insolvenza, il buon esito dell'apertura della procedura.

Pertanto, alla luce del nuovo codice, le misure cautelari individuano tutti i provvedimenti emessi dal giudice che appaiano, secondo le circostanze, i più idonei ad assicurare provvisoriamente la integrità del patrimonio personale o dell'impresa del debitore rispetto ad atti dispositivi posti in essere dallo stesso debitore in pendenza del procedimento di accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, ma anche solo quelli compatibili con questo scopo e con le norme eventualmente applicabili.

3. Le misure protettive nel nuovo codice. Legittimazione e campi di operatività

Il primo dato che emerge dalle accennate definizioni dell'art. 2, che poi trovano la loro regolamentazione nelle apposite sedi, è che è venuta meno quella distinzione cui si è fatto cenno parlando della situazione odierna, tra il campo di operatività delle misure protettive, tipiche del concordato e degli accordi di ristrutturazione, e quello delle misure cautelari, riservate alla fase prefallimentare, giacché entrambe le misure sono applicabili in tutte le procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza; e la conferma viene dall'art. 54 che contiene una unica disciplina delle misure cautelari e protettive applicabile alle procedure di concordato preventivo, di omologazione degli accordi di ristrutturazione e di liquidazione giudiziale, in perfetta coerenza con l'adozione di un procedimento uniforme di accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, comprensive sia della liquidazione giudiziale che del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

volto alla dichiarazione di liquidazione giudiziale, il tribunale avrebbe, come contraddittore, lo stesso soggetto da esso nominato.

²¹ Cfr. Trib. Terni, 3 marzo 2011, in *Fallimento*, 2011, p. 852.

Questo teoricamente, perché le misure protettive necessitano della richiesta del debitore (non in qualunque momento, ma) nella domanda iniziale, per cui è evidente che queste possono agire solo nelle procedure che muovono dall'iniziativa del debitore, e, quindi, nel concordato, nella ristrutturazione dei debiti e nella liquidazione giudiziale quando l'apertura di questa sia chiesta dal debitore. Dispone, infatti, il comma 2 dell'art. 54 che "Se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40, dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio ...".

Come si vede, il blocco delle azioni esecutive e cautelari discende ancora dalla pubblicazione della domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza (a queste si riferisce il richiamato art. 40), ma, a differenza di quanto accade nell'attuale legge fallimentare, non è sufficiente per la produzione di tale effetto la pubblicazione della domanda essendo necessaria l'apposita richiesta del debitore in tal senso "nella domanda di cui all'art. 40", che è quella di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza²²; è stato, cioè introdotto un meccanismo non più automatico, bensì semi o quasi automatico in quanto la pubblicazione della domanda che contiene la richiesta del blocco delle azioni esecutive e cautelari produce questo effetto, senza la necessità di un provvedimento del giudice, che interviene solo successivamente. Ed, infatti, il comma 3 dell'art. 40, nel trattare della iscrizione della domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza nel registro delle imprese, specifica che "quando la domanda contiene la richiesta di misure protettive il conservatore, nell'eseguire l'iscrizione, ne fa espressa menzione", proprio perché dalla data di tale pubblicazione esse producono i loro effetti, purché, appunto, ne sia stata fatta richiesta.

Di contro, il nuovo legislatore, quando ha ritenuto necessario una preventiva valutazione del giudice, lo ha detto espressamente, come nel comma 1 dell'art. 54, per il quale "... su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari", oppure nell'art. 20 che, nella procedura di composizione assistita della crisi, attribuisce al tribunale delle imprese il compito di emettere le misure protettive. Al di fuori di questi casi, l'intervento del giudice è sì richiesto ma perché l'effetto protettivo venga mantenuto, giacché, come previsto dall'art. 55, le misure protettive dovranno essere espressamente confermate dal tribunale con proprio

²² La diversa opinione (FARINA, *Le misure cautelari e protettive del patrimonio del debitore nel codice della crisi di impresa*, in *ilprocessocivile.it*, 16 dicembre 2019) secondo cui "se le misure protettive non sono state richieste dal debitore con la domanda di accesso alla procedura, nulla impedisce che le stesse possano essere, anche successivamente, domandate al giudice", è poco condivisibile perché contrasta con l'espressa previsione dell'art. 54, comma 2, per il quale i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive "se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40".

decreto, nel termine di trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese"; da cui è anche agevole dedurre che, qualora fosse necessario un provvedimento giudiziale iniziale, un autonomo procedimento di conferma o revoca delle stesse misure sarebbe giustificato solo ove la prima decisione fosse emessa in via di urgenza, come appunto è stabilito dall'art. 55 per le misure cautelari, e non avrebbe una valenza generalizzata, come invece è congegnato dall'art. 54.

Infine, con il decreto correttivo n. 147/2020 è stata eliminata anche la discrasia derivante dalla previsione di cui alla lett. p) dell'art. 2 che, nel dare la definizione delle misure protettive, le individuava in quelle "misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare ...", in quanto le misure protettive sono diventate quelle "temporanee richieste dal debitore per evitare ...", con eliminazione dell'inciso "disposte dal giudice competente"; modifica spiegata nella relazione accompagnatoria al decreto correttivo proprio col fatto che "elemento comune alle misure protettive, infatti, è che il debitore ne faccia istanza e non che il giudice le disponga".

Può darsi, quindi, per pacifico che il nuovo codice esclude soltanto l'automatismo prolungato, essendo richiesto un procedimento di conferma o revoca delle misure protettive che, a differenza di quelle cautelari di cui al comma 1 dell'art. 54, "si producono, sempre che il debitore ne abbia fatto richiesta, dalla data della pubblicazione della domanda di accesso nel registro delle imprese".

A questo punto c'è da chiedersi perché il legislatore abbia condizionando l'effetto sospensivo alla "richiesta nella domanda di cui all'articolo 40" da parte del debitore.

Invero, una domanda di parte tesa a produrre un effetto chiaramente a lei favorevole si può spiegare quando questa sia poi sottoposta al vaglio del giudice, come infatti prescriveva l'art. 58 CCI nella sua originaria versione del dicembre 2017; ma, una volta optato per l'esclusione di un provvedimento del giudice che disponga la sospensione delle azioni esecutive e cautelari, una richiesta del debitore indirizzata a questo scopo diventa superflua, dato che, seguendo la sospensione automaticamente dalla pubblicazione della domanda senza, appunto, una valutazione da parte del giudice, non vi è ragione per cui il debitore non debba fare una richiesta del genere²³.

²³ Oltre che inutile, la disposizione che impone la richiesta del debitore per produrre l'effetto sospensivo è pericolosa dato che, come detto, la domanda di sospensione delle azioni esecutive e cautelari, non solo deve provenire dal debitore, ma, come espressamente previsto dal comma 2 dell'art. 54, deve essere contenuta "nella domanda di cui all'art. 40", di modo che il debitore concordatario, qualora ometta di inserire, per scelta o per dimenticanza, la richiesta sospensiva nella domanda di concordato, non può più farlo successivamente e i creditori potranno continuare ad aggredire i beni destinati alla realizzazione dello causa concreta del concordato, con evidente compromissione della riuscita della procedura che, salvo casi eccezionali, costringerà il debitore a rinunciare alla domanda per formularne una nuova, completa della inutile richiesta di sospensione.

Quanto finora detto vale per il ricorso per concordato, con riserva o pieno, perché nell'accordo di ristrutturazione dei debiti la situazione è parzialmente diversa.

Questo istituto ha perso, nel nuovo codice, la unitarietà assicurata dalla concentrazione della regolamentazione in un'unica norma; comunque, anche in futuro, il debitore può chiedere le misure protettive con la domanda di omologazione, ma può anticipare tale momento facendone domanda “nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, allegando la documentazione di cui all'articolo 39, comma 1”, giusta la previsione di cui al comma 3 dell'art. 54, che riproduce, con alcune differenze il comma 6 dell'art. 182-*bis*.

In ragione del richiamo alle “misure protettive di cui al comma 2”, si dovrebbe dedurre che, anche in questo caso, dalla data della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio, tant'è che manca la regolamentazione specifica del seguito della procedura (che, invece, è contenuta nel comma 7 dell'art. 182-*bis*); carenza che potrebbe essere spiegata proprio con il fatto che la richiesta protettiva, anche se anticipata, produce effetti automatici, come le altre pari domande, e come queste sono soggette a conferma o revoca secondo la procedura dettagliata nell'art. 55.

Senonché, con il decreto correttivo già citato, è stato aggiunto nel comma 2 dell'art. 55 – che tratta del procedimento per la concessione delle misure cautelari – la previsione secondo la quale il medesimo procedimento deve essere seguito anche nei casi di cui all'art. 54, comma 3; pertanto, come nell'attuale art. 182-*bis*, si è ritenuto che, quando la domanda di blocco delle azioni esecutive e cautelari viene formulata nel corso delle trattative, sia necessario un preventivo esame del giudice, di modo che si perpetua l'attuale sistema secondo cui, se la misura protettiva è chiesta in una domanda di concessione dei termini per presentare la proposta e il piano concordatario, lo *stay* è (quasi) automatico, salvo conferma o revoca successiva (così come nel caso la domanda di sospensione delle azioni esecutive venga fatta unitamente all'istanza di omologa dell'accordo di ristrutturazione, posto che la domanda di cui all'art. 40, di cui parla il comma 2 dell'art. 54 comprende anche quella di omologa di detti accordi), nel mentre deve provvedere il giudice sulla concessione ove la domanda venga fatta nel corso delle trattative per la ristrutturazione, benché anche la domanda anticipatoria degli accordi di ristrutturazione debba essere corredata dalla documentazione di cui all'art. 39 e accompagnata “da un'attestazione del professionista indipendente che attesti che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e che la stessa, se accettata, è idonea ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare”; il che è molto di più di quanto il debitore debba presentare per ottenere il termine di cui all'art. 44, comma 1, lett. a), alla scadenza del quale può

comunque presentare domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Ad ogni modo, negli accordi, la richiesta del debitore di misure protettive assume, o meglio, può assumere significato per la possibilità di accedere agli accordi agevolati ai sensi dell'art. 60, che, appunto, consente la riduzione della percentuale dell'accordo della metà "quando il debitore: a) non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi; b) non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee". E questo è un caso codificato della compatibilità (di cui si tratterà in prosieguo) di una procedura concorsuale – quale è ormai considerata quella di ristrutturazione dei debiti dalla giurisprudenza della Cassazione²⁴ e dal nuovo codice ove può avere una efficacia estesa a tutti i creditori (art. 61) – con azioni esecutive e cautelari, ove, anzi, la mancata richiesta e la rinuncia a misure protettive viene addirittura premiata con l'abbassamento del quorum di consensi.

Al comma 3 dell'art. 54 si collegava l'originario comma 6, per il quale, "Le misure protettive disposte conservano efficacia anche se il debitore, prima della scadenza fissata dal giudice ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera a) per il deposito degli accordi di ristrutturazione, deposita domanda di apertura del concordato preventivo"; il cui intento, dichiarato nella Relazione, era quello di attribuire effetti conservativi alle misure protettive anche nel caso in cui il debitore, "che aveva originariamente intrapreso la strada dell'omologazione di accordi di ristrutturazione, decida di presentare una proposta di concordato preventivo".

La critica principale mossa a tale disposizione proprio da chi scrive²⁵ era che essa prevedeva il mantenimento delle misure protettive nel solo passaggio dagli accordi di ristrutturazione in bianco al concordato e non nel passaggio inverso non considerando la norma riportata che gli effetti delle misure protettive emesse nel corso del concordato in bianco si conservassero anche nella procedura di ristrutturazione; di modo che, mancando anche una norma simile a quella di cui all'attuale comma 6 dell'art. 161, l. fall. nella parte in cui dispone che il debitore che ha presentato domanda di concordato con riserva, nel termine concesso per presentare la proposta, il piano e la documentazione, possa, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, "depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma", bisognava dedurre che non era ammessa la sequenza preconcordato accordi di ristrutturazione e, quand'anche la si ammettesse, non vi era una norma che conservasse gli effetti protettivi prodotti nella prima procedura anche nella seconda.

²⁴ Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, in *Ilfallimentarista.it*, 9 maggio 2018; Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass., 21 giugno 2018, n. 16347, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; e, più di recente, Cass., 22 maggio 2019, n. 13850, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 23 maggio; Cass., 10 aprile 2019, n. 10106, in *Giust. civ. mass.*, 2019.

²⁵ BOZZA, *Protezione del patrimonio negli accordi e nel concordato*, in *ilcaso.it*.

Con il decreto correttivo del 2020 il comma 6 (divenuto quinto per l'accorpamento del quinto nel quarto) è stato riscritto con il seguente testo, che ovvia alle criticità appena rappresentate: "Le misure protettive disposte conservano efficacia anche se il debitore, prima della scadenza fissata dal giudice ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera a), deposita domanda di apertura del concordato preventivo in luogo della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione ovvero deposita domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione in luogo della proposta di concordato preventivo".

4. Le misure cautelari nel nuovo codice. Legittimazione e campi di operatività

A differenza delle misure protettive (con l'eccezione già vista nella ristrutturazione dei debiti anticipata, ed altre che si vedranno), quelle cautelari vanno disposte dal tribunale, su istanza di parte e trovano il loro campo tipico di operatività nella fase dell'istruttoria per l'apertura della liquidazione giudiziale (come oggi nella fase prefallimentare), sebbene il comma 1 dell'art. 54 le consenta "nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione". Solo nella prima può, infatti, giustificarsi l'ampiezza dei poteri dati al giudice di "emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale" giacché, in questo caso, se l'istanza è stata presentata da un creditore (o da altri soggetti legittimati), il debitore può trovarsi in una posizione di contrapposizione che rende opportuno, nell'attesa che si arrivi ad una decisione, l'intervento del giudice allo scopo di tutelare, con i mezzi più appropriati alla fattispecie e non catalogabili, l'integrità del patrimonio del debitore che potrebbe essere compromessa da iniziative di costui²⁶.

Già quando l'istanza di apertura della liquidazione è presentata dallo stesso debitore tale esigenza è meno percepibile, ma ci può egualmente stare per far fronte a situazioni di pericolo non diversamente eliminabili o per garantire un transito più sicuro verso la dichiarazione di insolvenza.

Nella procedura concordataria e di ristrutturazione dei debiti, invece, tali misure trovano poco spazio perché anche queste possono essere concesse solo su istanza di parte, ed, escluso che sia il debitore a chiedere misure contro se stesso, altre parti in tali procedure non sono ravvisabili, a meno che non si faccia riferimento al P.M. o ai creditori che abbiano presentato domanda di apertura della liquidazione giudiziale nella contemporanea

²⁶ Come nell'attesa dell'inizio della procedura di liquidazione coatta amministrativa il tribunale che dichiara lo stato di insolvenza può emettere le misure conservative "su ricorso di uno o più creditori o dell'autorità che ha la vigilanza sull'impresa", oltre che di questa stessa, a norma dell'art. 297, che, come ribadito anche nella Relazione accompagnatoria, "rappresenta la mera riscrittura dell'art. 195 l. fall."

pendenza del procedimento avviato dal debitore per l'accesso al concordato o all'omologa degli accordi o queste siano intervenute dopo la istanza di apertura della liquidazione giudiziale.

Ma chi ha presentato una istanza del genere può essere considerato parte processuale anche della procedura di concordato richiesta dal debitore, che, come precisa il comma 2 dell'art. 7, va preliminarmente esaminata? Ossia, nello svolgimento dell'attività istruttoria per la decisione sull'ammissione, ma anche dopo fino all'omologa, possono essere emesse misure cautelari su richiesta del creditore istante della liquidazione giudiziale, la cui domanda può essere esaminata solo nel caso di esito negativo del giudizio sulla domanda di concordato?

A queste domande, nel vigore dell'attuale legge fallimentare – che, come detto, prevede le misure cautelari solo nella fase prefallimentare – parte della giurisprudenza di merito ha dato risposta affermativa, sostenendo che “l'impossibilità di dichiarare il fallimento in pendenza del ricorso per concordato preventivo, tanto più se “in bianco”, e in attesa del suo esito, rende ancor più evidente e necessaria la previsione di un eventuale intervento di natura cautelare, considerato che i creditori sono spogliati, con la presentazione della domanda e l'avvio della procedura, della possibilità di tutelarsi *singulatim* con azioni esecutive o conservative”, per cui deve ritenersi compatibile l'intervento cautelare richiesto *ex art.* 15, l. fall. da un creditore istante per la dichiarazione di fallimento “con la circostanza della presentazione di un concordato preventivo, allorquando rilevino, in capo all'imprenditore, condotte dispositive volte alla diminuzione o volatilizzazione dell'attivo”²⁷.

A maggior ragione a dette domande dovrebbe essere data risposta affermativa con riferimento al nuovo codice a causa della creazione di un unico procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza “destinato a costituire una sorta di contenitore processuale uniforme di tutte le iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione – e miranti alla regolazione – della crisi o dell'insolvenza”, nel quale devono confluire “tutte le domande e istanze, anche contrapposte, di creditori, pubblico ministero e debitore, in vista della adozione o dell'omologazione, da parte dell'organo giurisdizionale competente, della soluzione più appropriata alle situazioni di crisi o di insolvenza accertate, nel pieno rispetto del contraddittorio su tutte le istanze avanzate”²⁸.

²⁷ Trib. Catania, 28 febbraio 2019 in *ilfallimentarista.it*, con nota adesiva di SIMONE, *Adozione di misure cautelari in ipotesi di coesistenza tra istruttoria prefallimentare e domanda di concordato*. *Contra*, Trib. Biella, 9 ottobre 2009, in *Dejure*; Trib. Monza, 20 novembre 2009, in *Dejure*, che hanno ritenuto inapplicabile in via analogica il disposto di cui all'art. 15, comma 8, l. fall. al procedimento per concordato preventivo in considerazione, prevalentemente, del tenore letterale della norma e dell'assenza di principi guida espressamente individuati dal legislatore, che ha volutamente limitato la strumentalità dei provvedimenti cautelari e conservativi alla sola procedura prefallimentare.

²⁸ Così la Relazione di accompagnamento del progetto di legge delega presentata alla fine del 2015 dal Presidente della Commissione incaricata di elaborare tale progetto.

Il fatto è che questa costruzione, basilare nel sistema immaginato dalla legge delega, non ha trovato piena attuazione, in quanto nel codice della crisi vengono mantenute le diversità tra i vari procedimenti, a seconda del fine perseguito e ne viene assicurata la trattazione unitaria dall'art. 7, per il quale “le domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza sono trattate in via di urgenza e in un unico procedimento”, che costituisce l'unica forma ipotizzata per arrivare al risultato grazie al fatto che “ogni domanda sopravvenuta va riunita a quella già pendente”.

In sostanza, procedimenti introdotti da domande distinte, che, come nel vigore della legge fallimentare, vanno riuniti per essere trattati contestualmente davanti allo stesso giudice ricorrendo quella situazione di “continenza per specularità” prospettata dalle Sezioni Unite²⁹, e non un vero e proprio procedimento unico, il che significa ripudio della logica unificatoria in quanto l'uniformità richiesta dalla legge delega si è tradotta nella legge delegata nella previsione del *simultaneus processus*, realizzato mediante riunione dei procedimenti. A questo punto, sebbene per il codice di rito la riunione di cause separatamente promosse lascia intatta l'autonomia delle cause, e la sentenza che le decide contemporaneamente – pur essendo formalmente unica – si risolve in altrettante pronunce quante sono le cause decise, si potrebbe egualmente dire che, quando l'iniziativa per la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale è assunta dal creditore, questi, in quanto tale, rientra anche tra i soggetti che sono parti della procedura di concordato³⁰; ciò perché la disposizione di misure cautelari sul patrimonio del debitore nelle more che venga definito il procedimento di accesso al concordato preventivo ha comunque lo scopo di tutelare l'integrità del patrimonio del debitore da eventuali atti dispositivi di costui nella previsione che questa domanda non vada a buon fine e, quindi, coinvolge anche l'interesse del creditore istante la liquidazione giudiziale.

Orbene, a parte il fatto che, in tal modo, si attribuisce al creditore istante l'apertura della liquidazione giudiziale la legittimazione a chiedere le misure cautelari anticipatorie dello spossessamento conseguente all'eventuale sentenza di apertura della liquidazione giudiziale anche nell'ambito del procedimento promosso dal debitore e finalizzato allo scopo proprio di evitare quella dichiarazione di insolvenza chiesta dal creditore, a mio avviso non è tanto questo aspetto processuale a relegare in

²⁹ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935, cit. e Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9936, cit., che hanno applicato ai rapporti di cui si sta discutendo il concetto di continenza per specularità, già affermato in giurisprudenza (Cass., 14 luglio 2011, n. 15532, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, p. 1069; Cass., Sez. Un., 1 ottobre 2007, n. 20599; in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10; Cass., Sez. Un., 23 luglio 2001, n. 10011 in *Foro it.*, 2001, I, p. 3613; ecc.), che è una ipotesi di continenza più lata che ricorre “non solo quando due cause siano caratterizzate da identità di soggetti e titolo e da una differenza soltanto quantitativa dell'oggetto secondo la previsione classica della continenza, ma anche quando fra le due cause sussista un rapporto di interdipendenza, come nel caso in cui sono prospettate, con riferimento ad un unico rapporto negoziale, domande contrapposte, o in relazione di alternatività”.

³⁰ Cass., Sez. Un., nn. 9935 e 9936, cit.

settori marginali la norma che attribuisce ai creditori e al P.M. la legittimazione a chiedere misure cautelari anche nell'ambito concordatario, quanto alcune considerazioni sostanziali di fatto, che evidenziano come nel concordato non ricorrano quelle esigenze protettive che giustificano l'emissione di misure del genere.

Invero, a norma dell'art. 54, comma 1, le misure cautelari devono essere idonee ad assicurare provvisoriamente gli effetti, non della apertura della procedura di concordato, ma della sentenza che "omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti" o che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale, ossia gli effetti di tutte le decisioni conclusive dei procedimenti iniziati con il ricorso *ex art.* 40. Il che, se si spiega per la procedura di liquidazione, in cui la sentenza di apertura costituisce il primo atto produttivo degli effetti tipici della concorsualità, diventa difficilmente conciliabile con la funzionalità delle misure ad assicurare l'omologa del concordato, che è l'atto finale della procedura concordataria, che interviene quando si è già verificato lo spossessamento, seppur attenuato, che se assicura la perdurante titolarità dei beni e dei rapporti giuridici in capo al debitore, determina, in ogni caso, forti limitazioni sul piano della legittimazione sostanziale, operando il debitore concordatario sotto la vigilanza del commissario e richiedendo gli atti più rilevanti l'autorizzazione del giudice delegato.

Nel concordato, quindi, il ricorso a misure cautelari, al più, potrebbe essere proiettato a limitare la libertà di disposizione del debitore nella fase istruttoria per l'apertura della procedura; tuttavia, nel concordato l'istruttoria per l'ammissibilità è molto più concentrata che nella liquidazione giudiziale e nel concordato con riserva è ridotta all'osso, per cui subito dopo la presentazione della domanda va nominato un commissario (art. 44, lett. b), CCI) che esercita una vigilanza sull'amministrazione dei beni del debitore e sull'esercizio della sua impresa e gli atti di maggiore importanza sono soggetti dell'autorizzazione giudiziaria, ecc.

In questa situazione il ricorso a misure cautelari per impedire eventuali iniziative del debitore appare del tutto superfluo o comunque di utilità molto limitata, perché eventuali atti di disposizione del patrimonio (cessioni di *assets* aziendali, dismissione di beni immobili, pagamenti preferenziali, distrazioni, assunzione di nuovi debiti ingiustificati, ecc.) in pendenza della istruttoria preconcordataria sono difficilmente immaginabili, sia perché il debitore che ha interesse a compiere atti dispositivi del proprio patrimonio in danno dei creditori non aspetta per attuarli di presentare una domanda di concordato, ma predispone e realizza in precedenza le operazioni che ritiene utili per sottrarre beni ai creditori, sia perché egli sa che atti del genere compiuti in questa fase sarebbero di ostacolo all'apertura della procedura che, comunque, quand'anche aperta, sarebbe sicuramente oggetto di revoca a causa di atti tanto evidenti di frode ai creditori.

Se, invece, al di là della tutela della integrità del patrimonio, il *periculum* è costituito dal rischio che nelle more del procedimento preconcordatario, possa essere lesa la capacità produttiva dell'impresa, l'attribuzione al creditore della legittimazione a chiedere misure cautelari diventa carica di pericolose implicazioni quando il debitore presenta una domanda di concordato in continuità, con riserva o pieno, o di omologa di ristrutturazione dei debiti. Qui, infatti, il debitore ha già elaborato, o sta elaborando, un piano da proporre ai creditori di regolamentazione della sua crisi che può essere accolto o non, ma se questo piano prevede la gestione della sua azienda quale strumento per realizzare l'accordo concordatario, non si può consentire ai creditori, per quanto la loro domanda debba essere vagliata dal giudice, di intervenire sulle scelte strategiche dell'imprenditore e di ottenere misure che possono portare anche alla estraneazione del debitore dalla conduzione dell'impresa, tanto più che, come si vedrà, il giudice decide secondo criteri molto vaghi e indeterminati, che gli permettono di adottare qualsiasi misura cautelare senza che sia stabilito quando un comportamento del debitore sia censurabile, quando incida sulla realizzazione del piano, ecc.; sanzioni così gravi richiederebbero una indicazione specifica e circostanziata delle condizioni in presenza delle quali possono essere emessi.

Peraltro, sono indefinite anche le modalità di cessazione delle misure cautelari eventualmente emanate che, come meglio si vedrà in seguito, dovrebbero esaurire la loro funzione con l'emanazione dei provvedimenti cui erano strumentalmente collegati e, quindi, in caso di concordato, con l'omologa; sicché, pur dopo l'ammissione del debitore al concordato, continuerebbero ad operare le limitazioni imposte su istanza di un creditore che ha chiesto l'apertura della liquidazione giudiziale, che diventa inevitabile proprio a causa dei provvedimenti cautelari disposti.

5. Le misure cautelari e protettive nel nuovo codice. Durata

Il comma 1 dell'art. 54, prevedendo che le misure cautelari sono dirette ad "assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti", fa capire che tali misure esauriscono la loro funzione con l'emanazione di detti provvedimenti cui erano strumentalmente collegati, ma, a differenza di quanto disposto dall'attuale comma 8 dell'art. 15, l. fall., manca, nel nuovo codice, una norma di collegamento tra la durata delle misure cautelari e la procedura sottostante.

Ne deriva che le misure cautelari non possono essere richieste dopo l'apertura della liquidazione giudiziale e quelle date precedentemente vengono meno con tale provvedimento perché, da quel momento, il patrimonio del debitore passa nella disponibilità del curatore; né ricorre la necessità di ripetere, come nel comma 8 dell'art. 15, l. fall., che i provvedimenti cautelari "vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza",

dal momento che l'art. 55 CCI detta una apposita procedura per la concessione di tali misure, di cui si dirà.

Nel concordato, invece, i provvedimenti cautelari, emessi eventualmente nella fase istruttoria che precede l'apertura della procedura permangono per l'intera durata della stessa, fino all'omologa, sebbene, come già accennato, le esigenze conservative del patrimonio aziendale in vista dell'attuazione effettiva del programma concordatario siano già assicurate dallo spossessamento attenuato che subisce il debitore fin dall'inizio e cessano dopo l'omologa, per consentire la realizzazione del piano, seppur in questa fase la vigilanza, specie in un concordato in continuità, è sicuramente meno intensa.

Anche negli accordi di ristrutturazione le misure emesse permangono fino all'omologazione.

Ben diversa è la situazione delle misure protettive per le quali l'art. 8 CCI pone una regola di carattere generale, di portata dirompente. Dispone, infatti, tale norma che "La durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe"; tanto in conformità alla normativa europea, che ha trovato sul punto consacrazione nell'art. 6 della Direttiva 20 giugno 2019, n. 1023 che, nel consentire al debitore di beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali in modo da favorire lo svolgimento delle trattative nelle procedure di ristrutturazione, indica, nel par. 6, la durata massima di quattro mesi della sospensione delle azioni esecutive individuali, poi elenca, le condizioni per ottenere una o più proroghe e, conclude, nel par. 8, precisando che "la durata totale della sospensione delle azioni esecutive individuali, incluse le proroghe e i rinnovi, non supera i dodici mesi", onde evitare che la sospensione leda eccessivamente i diritti dei creditori.

Durata massima annuale applicabile anche alle misure protettive emesse nella ristrutturazione dei debiti, anche se richieste in via preventiva nel corso delle trattative in quanto, a norma del nuovo comma 2 dell'art. 55, in tal caso si segue la procedura per la concessione prevista per le misure cautelari, ma l'oggetto della domanda rimane quello protettivo di cui alla lett. p) dell'art. 2, la cui durata massima è prevista dall'art. 8.

Durata annuale che è dimezzata nel corso della procedura di composizione concordata della crisi, ove l'art. 20, comma 3, prevede che "La durata iniziale delle misure protettive non può essere superiore a tre mesi e può essere prorogata anche più volte, su istanza del debitore e in presenza di determinate condizioni, fino al termine massimo di cui all'articolo 19, comma 1, il quale, per la ricerca di una soluzione concordata della crisi, pone un termine di tre mesi prorogabile fino ad un massimo di ulteriori tre mesi, ossia sei mesi complessivi, evidenziando, in tal modo, la stretta strumentalità della durata, come della proroga, delle misure protettive alla formazione di un accordo".

Il dato della temporaneità delle misure protettive non ammette discussioni sotto il profilo interpretativo perché chiaro e inequivoco nella

durata, che è di dodici mesi massimo e non ammette deroghe, neanche per la sospensione feriale³¹. Altrettanto chiaro è che, alla scadenza infrannuale (ove non prorogato) o alla scadenza annuale (quale termine massimo), la cessazione degli effetti delle misure protettive è automatica, nel senso che da quel momento i creditori, senza bisogno di un intervento del giudice, riprendono la loro libertà di promuovere o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, sebbene questi non sia *in bonis*.

Questa novità sulla durata pone il problema di verificare come si innestano nel nostro sistema misure protettive del patrimonio del debitore che abbia chiesto l'accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, i cui effetti cessano alla scadenza, quando quelle procedure sono o possono essere ancora in corso.

Questo problema non si pone per la liquidazione giudiziale perché qui, una volta aperta tale procedura, trova applicazione l'art. 150, che, riprende letteralmente l'attuale art. 51, l. fall. Tale divieto non si pone in contrasto con la previsione comunitaria della durata annuale della sospensione delle azioni esecutive perché la sospensione delle azioni esecutive individuali è diretta ad "agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione nel contesto di un quadro di ristrutturazione preventiva" (art. 6, par. 1 Direttiva), ove la ristrutturazione è comprensiva di quegli strumenti processuali in grado di evitare, quantomeno astrattamente, l'assoggettamento a una procedura di carattere liquidatorio e, perciò tesi alla prosecuzione diretta o parzialmente indiretta dell'attività imprenditoriale da parte del debitore della proposta. Una volta aperta la procedura liquidatoria non avrebbe senso limitare temporalmente le azioni esecutive e cautelari, non potendosi permettere che in pendenza di una procedura concorsuale un creditore si soddisfi individualmente al di fuori del concorso sui beni della procedura; ed infatti, nel considerando 35 è specificato che "gli Stati dovrebbero poter prevedere una sospensione a durata indeterminata una volta che il debitore diventi insolvente a norma del diritto nazionale".

È chiaro, pertanto, che l'estensione delle misure protettive anche alla liquidazione giudiziale serve a proteggere il patrimonio del debitore solo nella fase dell'istruttoria fino alla apertura della procedura stessa, sempre che il debitore stesso ne abbia fatta richiesta nella domanda di cui all'art. 40, che, come già accennato, riduce questa possibilità al solo caso in cui sia il debitore stesso a chiedere la dichiarazione della propria insolvenza. Pertanto, soltanto ove l'istruttoria prefallimentare duri inverosimilmente più di un anno, si può avere un periodo scoperto.

Neanche negli accordi di ristrutturazione il tema della temporaneità delle misure protettive dovrebbe porre particolari problematiche in quanto l'art. 57, comma 3, CCI (che riprende il comma 1 dell'attuale art. 182-*bis*, l. fall.) sposta a 120 giorni dall'omologa o dalla scadenza del credito se questa è successiva, il pagamento integrale dei creditori estranei

³¹ Il comma 1 dell'art. 9 CCI, stabilisce, infatti, che "La sospensione feriale dei termini di cui all'articolo 1 della legge 7 ottobre 1969, n. 742 non si applica ai procedimenti disciplinati dal presente codice, salvo che esso non disponga diversamente".

all'accordo, impedendone, quindi, nel frattempo l'esecuzione, sicché il pagamento di costoro dovrebbe verosimilmente avvenire in tali termini posto che la norma contestualmente richiede una attestazione che specifichi "l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo, nel rispetto dei termini di cui al comma 3". Pertanto, in questa procedura il termine massimo di un anno del divieto delle azioni esecutive e cautelari dovrebbe essere sufficiente a realizzare l'accordo, anche nel caso in cui sia stata anticipata la richiesta delle misure protettive a norma del comma 3 dell'art. 54.

Il problema esiste, invece, nel concordato, perché qui l'anno di sospensione delle azioni esecutive e cautelari inizia a decorrere fin dalla data di pubblicazione del ricorso per ottenere il termine per predisporre la proposta, il piano e la documentazione. Poiché questo termine può essere di 60 giorni, prorogabile fino ad un massimo di altri 60 giorni, (art. 44, comma 1, lett. a), i primi 120 giorni potrebbero essere assorbiti dalla fase del concordato con riserva, per cui l'omologa dovrebbe intervenire negli otto mesi successivi perché l'intero periodo concordatario sia coperto dalla sospensione³². Tuttavia già oggi non è raro che si arrivi alla omologa dopo oltre un anno dall'iniziale presentazione del ricorso per concordato in bianco, sebbene l'art. 181, l. fall. disponga che l'omologazione del concordato deve intervenire nel termine di nove mesi, prorogabile di massimo sessanta giorni, dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'articolo 161; lo sfioramento del termine annuale potrà verificarsi, a maggior ragione, in futuro non essendo il limite dei nove mesi per la omologazione riproposto dal CCI, né dall'art. 113, corrispondente all'attuale art. 181, né da altra norma.

Esiste, quindi il rischio, abbastanza concreto, che un periodo della procedura concordataria (fino alla omologa) non sia protetto dal blocco delle azioni esecutive e cautelari, con un aumento del ricorso agli strumenti cautelari più di quanto si possa immaginare, in modo da bloccare in qualche modo la disgregazione del patrimonio del debitore in attesa dell'omologa³³.

Rimane poi il problema di capire cosa accade dopo l'omologa, dato che nessuna norma se ne occupa.

La risposta ovvia è quella che si dà attualmente nel vigore della legge fallimentare, secondo cui il divieto vale anche dopo l'omologa, sebbene l'art. 168, l. fall. ponga un limite espresso allo stesso "fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa

³² Qualora, poi, non si condivida la tesi della cumulabilità dei periodi sospensivi nella procedura di composizione concordata della crisi di cui all'art. 20 con quello annuale fissato per le altre procedure (di cui, par. 11), ritenendo che quest'ultimo sia comunque il termine massimo di blocco sopportabile, nel passaggio dalla composizione concordata al concordato, i primi sei mesi potrebbero essere consumati nella iniziale procedura.

³³ Previsione di FABIANI, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 162; LENOCI, *Le misure cautelari e protettive nella riforma concorsuale*, in *Ilfallimentarista.it*, 2018.

definitivo”, per cui, a maggior ragione, nel nuovo codice – ove non è ripetuto negli stessi termini il disposto dell’art. 168, l. fall. – la concorsualità della procedura concordataria vedrebbe come una contraddizione di sistema il contemporaneo esercizio di azioni esecutive o cautelari, dato che il concordato, una volta omologato, è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese oggi come domani (art. 184, l. fall. ripreso dall’art. 117 CCI).

Eppure questa ovvia conclusione viene messa in discussione proprio dalla previsione di un termine annuale, che in passato non esisteva, perché il legislatore, nel momento in cui ha stabilito la temporaneità (si ammetta pure fino all’omologa), ha ritenuto evidentemente compatibile con il concordato che le azioni esecutive e cautelari possano essere iniziate o proseguite alla scadenza del termine fissato, qualora tale scadenza si verifichi prima dell’omologa.

Questo significa che la compatibilità tra procedura concordataria e azioni esecutive e cautelari, finora esclusa, è congenita nella temporaneità del divieto, che può scadere prima che si arrivi all’omologa; compatibilità evidenziata anche dal fatto che la richiesta di sospensione delle azioni esecutive e cautelari rientra nei poteri esclusivi del debitore che deve formularla nella domanda introduttiva, sicché il sistema consente che possa esistere una procedura concordataria ove non operi il blocco delle azioni esecutive e cautelari, potendo il debitore non averne fatta richiesta, per scelta o per dimenticanza, di tali azioni³⁴. Inoltre, come si vedrà in prosieguo, le misure protettive, pur prodotte automaticamente a seguito della richiesta del debitore, vanno confermate o revocate dal giudice con decreto entro trenta giorni dall’iscrizione della domanda nel registro delle imprese e se il deposito del decreto non interviene nel termine prescritto cessano gli effetti protettivi prodottisi ai sensi dell’art. 54, comma 2 (art. 55, comma 3), sicché, non solo può aversi un concordato in cui le misure protettive siano state revocate dal giudice e, quindi, i creditori hanno libertà di agire sul patrimonio del debitore, ma comunque perdono effetto ove il provvedimento di conferma non intervenga nel termine previsto. Infine, vi sono i crediti prededucibili, che possono essere azionati anche nel corso della procedura concordataria in quanto il comma 2 dell’art. 54 CCI, come già l’attuale comma 1 dell’art. 168, l. fall., pone il divieto delle azioni esecutive e cautelari solo per i creditori per titolo o causa anteriore, a differenza dell’art. 150 (e dell’art. 51, l. fall.), che coinvolge nel divieto anche i crediti maturati durante la liquidazione giudiziale (come si è detto nel par. 1).

E se è possibile – ed è indubbio che lo sia – che in corso di procedura prima dell’omologa possano proseguire le azioni esecutive e cautelari, non

³⁴ Negli accordi di ristrutturazione dei debiti, come visto, la compatibilità è addirittura codificata lì dove l’art. 60 consente la riduzione della percentuale dell’accordo della metà quando il debitore, tra l’altro, non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee.

si vede perché la stessa situazione non possa ripetersi anche nella fase esecutiva dopo l'omologa.

L'obiezione è ovvia: l'accordo concordatario, una volta intervenuta l'omologa, vincola i contraenti; nella legge fallimentare (art. 184, l. fall.), come nel nuovo codice, vige il principio che, dopo l'omologa, i creditori devono adeguarsi al piano concordatario (art. 117), per cui costoro non potrebbero agire *in executivis*; tuttavia, anche prima dell'omologa gli stessi creditori devono adeguarsi alla previsione che impedisce loro di agire sul patrimonio del debitore in via esecutiva, eppure, come si è visto, possono egualmente procedervi alla scadenza del termine fissato o del termine massimo dell'anno.

E questa temporaneità impone di affrontare il problema con occhi completamente nuovi perché, nel momento in cui è crollato il divieto assoluto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari “fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo”, a causa della fissazione della durata massima delle misure protettive, bisogna stabilire se, per la fase successiva all'omologa, il vincolo creato dall'art. 117 CCI (art. 184, l. fall.) prevale sulla scadenza annuale del divieto delle azioni esecutive (che nell'attuale diritto non esiste) o sia quest'ultimo termine a prevalere sulla obbligatorietà del concordato omologato per tutti i creditori.

È chiaro che l'adesione a questa seconda alternativa sarebbe dirompente perché finirebbe per eliminare l'istituto concordatario, non essendo possibile immaginare un concordato, liquidatorio o in continuità, in cui i creditori siano liberi di aggredire il patrimonio del debitore concordatario, sia prima dell'omologa (ove questa non arrivi entro l'anno dalla pubblicazione del ricorso introduttivo) sia nella fase esecutiva. Tuttavia, il nuovo sistema normativo lascia spazi per sostenere proprio questa soluzione. per cui sarebbe opportuno un rimedio normativo chiarificatore.

La nuova realtà giuridica, infatti, rispetto al passato, presenta la norma dell'art. 8, collocata tra i principi di carattere processuale ed inserita tra le disposizioni generali, non limitata ad una procedura e alla durata della stessa, e formulata in termini assolutistici, secondo cui “la durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe”, che sembra prescindere dall'omologa come dall'apertura della liquidazione giudiziale, per affermare che, nell'interesse della certezza del diritto, la protezione del patrimonio del debitore dalle aggressioni dei creditori può durare al massimo un anno; termine che, secondo anche la Direttiva europea n. 1023/2019, può essere protratto “a durata indeterminata” solo qualora “il debitore diventi insolvente a norma del diritto nazionale”, ossia qualora, nel nostro diritto, venga aperta a suo carico una procedura di liquidazione giudiziale.

Pertanto, in mancanza di una dichiarazione di insolvenza, il legislatore nazionale non può disporre una durata del divieto delle azioni esecutive e cautelari superiore a quello massimo annuale. Tuttavia, passando ad una

interpretazione non strettamente letterale ma teleologica della direttiva europea, si può anche dedurre che il limite della durata massima delle misure protettive, posto per la necessità di limitare la libertà di azione dei terzi, vale solo nella fase in cui il debitore sta trattando con i creditori per una sistemazione della propria posizione debitoria, dovendo poi la fase esecutiva, anche se non presuppone una esplicita dichiarazione di insolvenza (essendo sufficiente che la procedura abbia quale scopo istituzionale anche la regolamentazione dell'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale), essere retta dalle regole del concorso, ove vige l'esigenza della intangibilità del patrimonio del debitore da parte del singolo, sicché anche il concordato, che fino all'omologa ha consumato il tempo per assumere il parere dei creditori e per appurare la ricorrenza delle condizioni di legge da parte del giudice, deve, nella fase esecutiva, essere retto dalle stesse regole del concorso.

Ecco allora che, il legislatore nazionale, in questa visione europea, se ha ritenuto di dover dettare una norma quale quella dell'art. 150 per la liquidazione giudiziale che presuppone necessariamente l'insolvenza³⁵ – norma che sarebbe inutile se fosse implicito nel sistema della concorsualità il blocco di tali azioni per la fase esecutiva – dovrebbe dettare una norma simile anche per il concordato, altrimenti la previsione espressa del limite in un procedura per la fase esecutiva (quale è quella che segue all'apertura della liquidazione giudiziale) può far nascere il dubbio che lo stesso limite non valga nelle altre procedure, anch'esse di carattere concorsuale, nella stessa fase.

In sostanza, se non altro per eliminare incertezze del genere in una materia come questa, che ha bisogno di chiarezza in quanto il debitore come i creditori devono avere la ragionevole sicurezza che, dopo l'omologa, opera ancora o non opera più il divieto delle azioni esecutive, sarebbe preferibile un intervento legislativo che, ferma restando la limitazione annuale della durata delle misure protettive, disponesse che dal momento in cui la sentenza (perché in futuro l'omologa sarà data con sentenza) di omologazione del concordato preventivo diventa definitiva nessuna azione individuale esecutiva o cautelare può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura, a somiglianza di quanto disposto dall'art. 150 CCI per la liquidazione giudiziale³⁶. In tal modo sarebbe definitivamente

³⁵ Concetto, peraltro, espressamente ripetuto per il caso di chiusura anticipata in pendenza di giudizi, con il divieto per i creditori – disposto nell'ultimo comma dell'art. 236 – di agire su quanto è oggetto dei giudizi medesimi. Sebbene, infatti, la procedura di liquidazione sia chiusa, ciò che proviene dai giudizi che hanno impedito la chiusura definitiva, non va restituito al debitore tornato *in bonis*, ma va distribuito tra i creditori, come consacrati nello stato passivo esecutivo e definitivo, per cui va anche sottratto al potere di aggressione dei singoli creditori.

³⁶ A differenza di questo non sarebbero compresi nel divieto i crediti maturati durante la procedura, per il fatto che la liquidazione giudiziale è una procedura concorsuale collettiva alla quale necessariamente partecipano anche i creditori prededucibili non esistendo uno spazio esterno alla procedura ove soddisfarsi, dato il regime di spossessamento totale, nel mentre nei confronti dell'imprenditore concordatario lo spossessamento è attenuato e questi può anche proseguire l'attività di impresa; in

evitato il rischio che, una volta scaduti gli effetti delle misure protettive per il decorso del termine di legge, neanche la omologazione possa costituire un freno alla libertà dei creditori di reagire come credono, eliminando tutti i dubbi interpretativi che si riversano su snodi determinanti della procedura concordataria, senza dover attendere i tempi del consolidamento di una interpretazione giurisprudenziale, che probabilmente porterà alla stessa conclusione per la necessità di mantenere in vita l'istituto concordatario.

6. Il procedimento. Principi comuni alle misure protettive e a quelle cautelari

La disciplina procedurale delle misure cautelari e protettive è contenuta nell'art. 55 ed essa è necessariamente diversa per ciascuna tipologia perché:

a) le misure cautelari sono disposte dal giudice e quelle protettive operano automaticamente su richiesta del debitore (tranne quelle richieste con domanda anticipatoria nella ristrutturazione dei debiti);

b) le prime, possono essere chieste nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, nel mentre le seconde soltanto con la domanda di accesso;

c) le prime non hanno limiti di durata – anche se, normalmente, esauriscono la loro funzione con l'apertura della procedura di liquidazione nella cui fase istruttoria sono prevalentemente richiamabili – nel mentre le seconde hanno una durata massima prefissata.

In comune esse hanno la fase introduttiva, che è quella prevista dal comma 1 dell'art. 55, per il quale “Nei casi previsti dall'articolo 54, il presidente del tribunale o della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza designa il magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento, cui procede direttamente il giudice relatore, se già delegato dal tribunale per l'audizione delle parti”; previsione quest'ultima che riguarda l'ipotesi in cui, a seguito di una istanza di apertura del procedimento di liquidazione giudiziale, sia stato già nominato, a norma del comma 6 dell'art. 41, un giudice istruttore, delegato, tra l'altro, a sentire le parti.

Già da tale prima disposizione, ma se ne ha conferma nei commi successivi, si capisce che a “trattare” le misure cautelari e protettive è un giudice monocratico, posto che il giudice unico designato è l'organo che poi svolge le attività previste dalla legge e decide, giacché non vi è una norma che disponga che questi riferisca poi al collegio (ed, infatti, non è il collegio ad effettuare la designazione), né una norma che riservi al tribunale

considerazione di tanto l'art. 117 CCI, riprendendo l'art. 184, l. fall., dispone che “Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso”, per cui è pacifico che tale norma non vincola i crediti sorti successivamente a tale data. E, quindi, il creditore prededucibile, se non è vincolato all'omologa, può, con le debite autorizzazioni, essere pagato e può anche agire esecutivamente qualora il pagamento non avvenga spontaneamente.

in composizione collegiale la decisione sulla conferma o revoca delle misure protettive e cautelari.

La presentazione della domanda, sia di misure cautelari che protettive, richiede l'assistenza di un difensore, per il disposto di cui al comma 2 dell'art. 9, che pone come obbligatorio il patrocinio del difensore nelle procedure disciplinate dal codice, salvo che non sia diversamente previsto; di conseguenza anche la richiesta del debitore di misure protettive, che deve essere contenuta nella domanda introduttiva, deve essere presentata tramite un legale.

A questo comma 1 si collega l'ultimo, la cui scrittura è stata molto tormentata.

Il testo originario dell'ult. comma dell'art. 55 era il seguente: "I provvedimenti di cui all'articolo 54, commi 1 e 2 possono essere emessi anche dalla corte di appello nel giudizio di reclamo previsto dall'articolo 50", ove il richiamo all'art. 50 faceva capire che la possibilità per la corte di appello di emettere misure cautelari o protettive sussisteva soltanto in caso di reclamo contro il provvedimento che rigettava la domanda di apertura della liquidazione giudiziale³⁷ e non nel caso di dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato, che non fosse accompagnata da apertura della liquidazione giudiziale. Inoltre, limitato il campo dell'impugnazione al solo decreto di rigetto della domanda di apertura della liquidazione giudiziale, anche la previsione che la corte potesse emettere i provvedimenti di cui al comma 2 dell'art. 54 (che, si ricorda, tratta delle misure protettive) diventava impropria giacché, nella fase istruttoria che oggi chiameremmo prefallimentare, le uniche misure che sono "emesse" dal giudice sono quelle cautelari, e, quindi, in sede di reclamo avanti alla corte del decreto di rigetto della istanza di apertura di liquidazione giudiziale, soltanto le stesse misure potevano essere emesse da tale organo.

Dopo una prima versione del correttivo approvata dal Cdm il 13 febbraio 2020, nella stesura definitiva del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 è stato recepito l'invito del Consiglio di Stato di lasciare al giudice la valutazione dell'opportunità di concedere nell'impugnazione del decreto di rigetto della domanda di liquidazione giudiziale come in quella del provvedimento di non ammissione del concordato, sia le misure protettive che quelle cautelari; si è così ritornati alla formula originaria del codice, con una lieve modifica, per cui il comma 5 dell'art. 55 ha il seguente testo definitivo: "I provvedimenti di cui all'articolo 54, comma 1 e 2 possono essere emessi anche dalla corte d'appello nel giudizio di reclamo previsto dall'articolo 47, comma 4 e 50".

In tal modo la norma ha una sua coerenza, fermo restando che, poiché il blocco delle azioni esecutive e cautelari può scattare nella fase preliquidatoria solo se l'istanza di apertura risale alla iniziativa del debitore

³⁷ Nell'ipotesi in cui la domanda di apertura della liquidazione giudiziale sia accolta, il problema non si pone perché trova applicazione l'art. 150 che pone il divieto delle azioni esecutive e cautelari dal giorno della sentenza, che non perde la sua provvisoria esecutorietà a causa del reclamo (art. 51, comma 4).

(dato che tale blocco, seppur automatico richiede l'istanza del debitore contenuta nella domanda iniziale), l'ipotesi in cui venga rigettata la domanda di apertura della liquidazione giudiziale presentata dallo stesso debitore è abbastanza marginale ("del tutto improbabile", si dice nella relazione al decreto correttivo originario), ed ancor più lo è l'ipotesi che il debitore istante impugni il relativo decreto (ammesso che abbia la legittimazione a farlo), insistendo per l'operatività delle misure protettive, quando è più semplice presentare una nuova istanza di apertura della liquidazione giudiziale.

Al di fuori di questi casi in cui l'impugnazione del provvedimento di inammissibilità della domanda concordataria o di rigetto della domanda di apertura della liquidazione giudiziale assorbe quella sulle misure protettive e cautelari, i provvedimenti che a queste si riferiscono – sia essa l'ordinanza che concede le misure cautelari sia esso il decreto che conferma o revoca le misure protettive – sono impugnabili ai sensi dell'art. 124, che regola (come l'attuale art. 26, l. fall.) il reclamo avverso i decreti del giudice delegato e del tribunale nella liquidazione giudiziale; i dubbi in proposito esistenti con riferimento ai provvedimenti cautelari per il silenzio sul punto del comma 2 dell'art. 55, sono stati fugati dal decreto correttivo che ha, anche in questo caso, previsto espressamente l'impugnabilità ai sensi dell'art. 124.

L'ultimo comma dell'art. 54, raccordando la disciplina interna con quella dell'Unione Europea, riconosce la legittimazione dell'amministratore delle procedure di insolvenza nominato dal giudice competente ai sensi dell'art. 3, par. 1, del Regolamento (UE) 2015/848 a richiedere le misure cautelari di cui al comma 1 e quelle protettive di cui al comma 2 quando nel territorio dello Stato sia stata presentata la domanda di accesso e o anche nel caso in cui essa manchi, e dunque non venga aperta alcuna procedura concorsuale. Per questa seconda eventualità l'amministratore richiedente dovrà indicare nella richiesta le condizioni di effettivo e imminente soddisfacimento non discriminatorio di tutti i creditori secondo la procedura concorsuale aperta presso lo Stato.

7. Il procedimento. Le misure cautelari

Del procedimento per la concessione delle misure cautelari tratta, come già si è avuto modo di dire, il comma 2 dell'art. 55, per il quale "Il giudice, nei casi di cui all'articolo 54, comma 1, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione alla misura richiesta e, quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé, ove già non disposta ai sensi dell'articolo 41, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti.

All'udienza il giudice con ordinanza conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto”.

La prima parte della norma riprende testualmente il comma 1 dell'art. 669-*sexies*, c.p.c., solo che quest'ultimo, dopo aver affermato il principio di libertà delle forme – che si estrinseca sia nelle non vincolate modalità di convocazione delle parti (sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio), sia nell'assenza di preclusioni in ordine alla allegazione dei fatti ed alle deduzioni probatorie (procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ...) – conclude il concetto disponendo che il giudice “provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda”; la norma del CCI, invece, dopo l'affermazione degli stessi principi, non pone una conclusione perché non dice cosa debba fare il giudice, né con quale strumento debba provvedere nel caso in cui abbia sentito le parti, passando alla diversa fattispecie in cui “la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento”. In questo caso, riprendendo testualmente il comma 2 dell'art. 669-*sexies* c.p.c., il comma 2 dell'art. 55 CCI dispone che il giudice “provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni” e poi fissa l'udienza per la comparizione delle parti, alla quale “con ordinanza modifica o revoca i provvedimenti emessi con decreto”.

La norma del codice di rito, quindi, correttamente tiene distinte le due ipotesi: quella della avvenuta audizione delle parti, in cui il giudice decide con ordinanza e non deve più ritornare sul provvedimento preso (comma 1 art. 669-*sexies*) e quella della impossibilità di sentire le parti, in cui il giudice decide in via di urgenza con decreto, assunte ove occorra sommarie informazioni, ma poi deve attivare l'attuazione del contraddittorio (comma secondo). La nuova norma del CCI si preoccupa, invece, soltanto di questa seconda ipotesi in cui il giudice provvede con decreto per non aver potuto convocare le parti dal momento che solo “in tal caso – precisa la norma – il giudice fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé, ...”, alla quale “con ordinanza conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto”, in una logica in cui la misura cautelare, emessa in via di urgenza senza sentire le parti, viene sottoposta ad un ulteriore vaglio alla luce delle prospettazioni difensive del resistente, all'esito del quale può essere confermata, revocata o sostituita da un nuovo provvedimento.

Rimane il fatto che quando la convocazione delle parti non pregiudica l'attuazione del provvedimento, la norma prevede che il giudice senta le parti, svolga attività istruttoria, ma omette di dire cosa possa fare e con quale strumento debba provvedere. È presumibile che, in tal caso, il giudice, sia che accolga sia che rigetti la domanda cautelare, debba decidere con ordinanza, così come nel procedimento cautelare regolato dal codice di rito, ma è evidente che il legislatore, nel momento in cui non fa un rinvio generalizzato a tale codice ma detta una autonoma disciplina del procedimento cautelare, dovrebbe dire anche quale possa o debba essere il comportamento del giudice.

Ad ogni modo, un dato è pacifico e, cioè, che il nuovo codice salvaguarda il principio del contraddittorio tra le parti, che può avvenire o prima dell'emanazione del provvedimento o, in via differita e che può trovare concreta attuazione anche nell'udienza già fissata per la comparizione del debitore nei cui confronti sia stata richiesta l'apertura della liquidazione giudiziale.

Il decreto correttivo n. 147 del 2020, ovviando ad una omissione, ha precisato che l'ordinanza che conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto, è "reclamabile ai sensi dell'art. 124", per cui, presumibilmente alla stessa forma di reclamo deve ritenersi soggetta anche l'ordinanza con cui il giudice provvede direttamente sulle richieste misure, sentite le parti, trattandosi di atto del giudice delegato.

Altra carenza della nuova norma è, in ipotesi di concessione del provvedimento d'urgenza con decreto, la mancata indicazione di un termine entro cui fissare l'udienza per il riesame. L'art. 669-*sexies*, comma 2, c.p.c. dispone che il giudice, con il decreto che concede il provvedimento, fissa "l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto"; l'art. 55, comma 2, CCI, invece, prevede che il giudice fissi "l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé, ove già non disposta ai sensi dell'articolo 41, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti". Neanche questa carenza è spiegabile perché, in un procedimento segnato dall'urgenza, è logico che sia stabilito anche il termine massimo entro cui fissare l'udienza per il riesame dei provvedimenti di urgenza emessi, piuttosto che lasciare tale scelta alla discrezionalità del giudice.

Per il resto la norma in esame pone le stesse problematiche che si presentano e si dibattono nell'interpretazione della norma del codice di rito, in ordine, ad esempio, al *dies a quo* della decorrenza del termine per la notifica del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione, agli effetti della mancata notifica nel termine indicato, alle conseguenze in tal caso sul provvedimento cautelare emesso, ecc.

8. Il procedimento. Le misure protettive

Alla automaticità della produzione dell'effetto del blocco delle azioni esecutive e cautelari in conseguenza della pubblicazione della domanda (che contenga una richiesta del genere) nel registro delle imprese, di cui si è detto, non segue l'automatica protrazione dello *stay*, occorrendo un'espressa conferma di esso da parte del giudice, a pena di decadenza, entro 30 giorni dalla suddetta pubblicazione. Dispone, infatti il comma 3 dell'art. 55 nella versione risultante dal decreto correttivo n. 147/2020, che "Nel caso previsto all'articolo 54, comma 2, il giudice, assunte, ove necessario, sommarie informazioni, conferma o revoca con decreto le misure protettive, stabilendone la durata, non superiore a quattro mesi,

entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese. Il decreto è trasmesso al registro delle imprese per l'iscrizione, è comunicato al debitore ed è reclamabile ai sensi dell'articolo 124. Se il deposito del decreto non interviene nel termine prescritto cessano gli effetti protettivi prodottisi ai sensi dell'articolo 54, comma 2"³⁸.

Come si vede, il nuovo legislatore ha rifiutato sia l'automatismo assoluto essendo necessaria l'istanza di parte, sia il controllo preventivo ed ha introdotto un procedimento ibrido di conferma o revoca delle misure protettive che operano automaticamente, sempre che il debitore ne abbia fatta richiesta nel ricorso introduttivo, distanziandosi, sotto questo profilo, dal sistema contemplato nella Direttiva europea n. 1023/2019, che subordina la produzione degli effetti protettivi ad una valutazione preventiva dell'autorità giudiziaria o amministrativa (art. 6)³⁹.

Per la verità, la posticipazione della valutazione del giudice, a mio avviso, non crea una difformità rilevante dalla disposizione comunitaria, ma il fatto è che questo meccanismo è inserito in uno scenario che, per quanto riguarda le misure protettive, è lontano dallo schema della Direttiva in quanto poggia su principi e criteri che finiscono per rendere l'intervento del giudice italiano solo formale.

Invero, la preventiva valutazione da parte dell'organo giudiziario (o amministrativo) ipotizzata dalla Direttiva è destinata ad operare in un quadro in cui la compressione, seppur temporanea, degli strumenti di autotutela a disposizione del creditore che discende dalla sospensione delle azioni esecutive viene compensata da un controllo di meritevolezza demandato all'organo giudiziario (o amministrativo) chiamato in causa che, appunto, deve valutare se la sospensione sia necessaria e se rispetti l'obiettivo di sostenere i negoziati, perché lo scopo della sospensione è quello di consentire al debitore durante i negoziati per la ristrutturazione di continuare a operare o preservare il valore del patrimonio. Tanto richiede che gli Stati membri indichino in positivo le condizioni in presenza delle quali le misure protettive possano essere concesse e in negativo gli impedimenti alla concessione dello *stay*, “qualora – si legge nel considerando 33 – ad esempio, il debitore dimostri la condotta tipica di un debitore che non è in grado di pagare i debiti in scadenza, come un inadempimento sostanziale nei confronti dei lavoratori o delle agenzie fiscali e di sicurezza sociale, o qualora l'imprenditore o l'attuale dirigenza

³⁸ Rispetto al testo originario, è stato aggiunto che la durata delle misure disposte dal giudice non può essere superiore a quattro mesi, e che il decreto del giudice è comunicato al debitore.

³⁹ Consentendo, la seconda parte del primo par. dell'art. 6 che “Gli Stati membri possono prevedere che le autorità giudiziarie o amministrative abbiano la facoltà di rifiutare la concessione di una sospensione delle azioni esecutive individuali qualora tale sospensione non sia necessaria o non consegua l'obiettivo di cui al primo comma”, si capisce chiaramente che dette misure debbono essere preventivamente autorizzate da una autorità giudiziaria o amministrativa, che appunto può concederle o rifiutarle nel caso indicato.

dell'impresa abbia commesso un reato finanziario che induca a ritenere che la maggioranza dei creditori non sosterrà l'avvio delle trattative”.

In un sistema così articolato, parametrato sul caso concreto e finalizzato a favorire le trattative in corso, si spiega un intervento del giudice preventivo allo scopo di valutare se ricorrono le condizioni richieste dalla legge per la concessione della sospensione, in quanto si chiede al giudice di esaminare, in relazione alla fattispecie concreta in esame, la necessità della sospensione in funzione della utilità a favorire le trattative per la soluzione della crisi, dando all'organo decidente anche la possibilità (di enorme impatto) di selezionare i singoli creditori o le categorie di creditori ai quali applicare la sospensione, che, peraltro non può colpire alcune categorie, quale quella dei lavoratori dipendenti. E si spiega anche perché, dopo questa valutazione iniziale sia sempre possibile la revoca della sospensione delle azioni esecutive individuali, in tutto o in parte, sempre in presenza di specifiche condizione (par. 9, art. 6), di cui si parlerà in seguito. Eguale indagine viene demandata al giudice al fine di prorogare la durata della sospensione oltre il termine iniziale di quattro mesi, perché questa è soggetta ad una severa verifica dell'interesse dei creditori in quanto dovrebbe essere possibile, in sintesi, (cfr. par. 7, art. 6) ove risulti chiaramente che le trattative sul piano di ristrutturazione avanzano e che i creditori non sono ingiustamente pregiudicati.

Il nostro legislatore, eliminato il controllo preventivo del giudice o di altra autorità – giustificata dall'esigenza di dare protezione immediata al patrimonio del debitore – ha, come detto, introdotto una verifica successiva attraverso la previsione di un procedimento di conferma o revoca delle misure protettive che operano automaticamente, tuttavia in tale procedimento non si attua una verifica ancorata al caso concreto che i creditori non subiscano pregiudizi dalla sospensione o che la procedura concordataria possa essere egualmente proseguita anche in assenza della sospensione, ma si lascia al giudice di confermare o revocare la sospensione in base a parametri non definiti e neanche accennati; e tanto attraverso un procedimento semplificato al massimo in cui domina il principio di libertà delle forme a scapito anche di quello del contraddittorio, dato che non è prevista l'audizione delle parti, né in via immediata né posticipata (come nel caso delle misure cautelari) e il giudice decide nella piena libertà istruttoria.

Il comma 3 dell'art. 55 del CCI si limita, infatti, a dire, come emerge dal testo in precedenza riportato, che nel caso previsto all'art. 54, comma 2, il giudice monocratico decide con decreto, neanche motivato⁴⁰, senza sentire i creditori, assumendo informazioni solo se lui lo reputa necessario, e nella piena discrezionalità decisionale non essendo prefissato alcun criterio di valutazione e, quindi, la decisione sulla conferma o revoca della sospensione delle azioni esecutive è sì affidata al giudice, ma è disancorata da criteri certi che consentano, attraverso un giudizio ponderato, di

⁴⁰ A norma del comma 4 dell'art. 135 “Il decreto non è motivato, salvo che la motivazione sia prescritta espressamente dalla legge”, e nel caso in esame non è richiesta.

mantenere quel delicato equilibrio degli interessi coinvolti nella fase delle trattative tra il debitore in crisi e i creditori anteriori c.d. interessati, con possibilità anche di difesa di costoro; e, i tentativi ricostruttivi fatti dalla dottrina di dare un contenuto al controllo del giudice⁴¹, si scontrano con il dato che al giudice italiano non è concessa la possibilità di selezionare le azioni esecutive che vanno sospese e quelle che possono continuare, che consentirebbe di limitare la revoca a quelle il cui esercizio non pregiudichi il raggiungimento degli scopi della procedura intrapresa.

In questo contesto, il procedimento confermativo o revocatorio diventa un esercizio inutile, in quanto la decisione finale è a senso unico obbligato (e assume il solo scopo di fissare la durata delle misure in caso di conferma, per quanto si dirà), non potendosi concepire una procedura concorsuale in cui tutti i creditori che ne hanno titolo possano aggredire il patrimonio del debitore. Se, infatti si muove da questo consolidato principio, diventa contraddittorio ammettere che il giudice possa revocare le misure protettive; anche perché, pensando al concordato, se il provvedimento di conferma incontra il limite dell'anno (che continui o meno la protezione dopo l'omologa), quello di revoca è destinato a valere per l'intera procedura, sicuramente fino all'omologa, ma anche oltre, perché la misura protettiva non può più essere richiesta dal debitore, unico legittimato a farlo ma solo "con la domanda di cui all'art. 40" (art. 54, comma 2) e, quindi il giudice non potrebbe revocare la revoca d'ufficio, né ricorre alcun elemento per dire che l'espresso provvedimento giudiziario di revoca del blocco delle azioni esecutive perda effetto a seguito dell'omologa, in mancanza di una norma che regoli l'effetto dell'omologa su dette azioni o disponga la temporaneità della revoca⁴².

In questa situazione, viene meno la necessità stessa del controllo giudiziale perché questo deve necessariamente concretizzarsi nella conferma delle misure protettive, essendo impensabile un provvedimento di revoca della sospensione generalizzata delle azioni esecutive, che lasciando i creditori liberi di aggredire il patrimonio del debitore concordatario per tutta la durata della procedura – ed a maggior ragione se

⁴¹ DEL MAJNO, *Le misure protettive ...*, cit., p. 1061, per il quale il giudice "è chiamato a valutare se la misura protettiva sia congrua rispetto alla procedura avviata e, se già depositata la domanda concordataria, in relazione alla proposta stessa e al piano concordatario, con sindacato diverso a seconda che il concordato sia in continuità o con liquidazione dei beni"; CRIVELLI, *Le "misure cautelari e protettive" nel procedimento unitario del codice della crisi e dell'insolvenza*, in *giustiziacivile.com*, 24 settembre 2019, che ha ipotizzato differenti trattamenti a seconda non solo del tipo di concordato, ma della stessa destinazione dei beni alla continuità o alla liquidazione in quanto non funzionali all'esercizio dell'impresa.

⁴² E se, per continuare ad ammettere l'esistenza dell'istituto concordatario, bisogna comunque riconoscere che il divieto delle azioni esecutive operi, come si è visto trattando della durata, anche dopo l'omologa, oltre l'anno fissato dall'art. 8 e – è da aggiungere – oltre i quattro mesi fissati dall'art. 55, comma 3, come modificato dal decreto correttivo n. 147/2020, nel caso della revoca interviene un provvedimento del giudice che elimina il divieto delle azioni esecutive, che dovrebbe valere, nel silenzio della legge, fin quando non viene a sua volta revocato.

anche dopo l'omologa – renderebbe la procedura concordataria improseguibile⁴³.

A tanto è da aggiungere che il decreto correttivo n. 147/2020 apporta due modifiche al testo del comma 3 dell'art. 55.

Una, molto opportuna, diretta a sanare il grave *vulnus* alla tutela processuale del debitore proponente il concordato; questi, nella versione del d.lgs. n. 14/2019, veniva a conoscenza del provvedimento del giudice dalla pubblicazione nel registro delle imprese, non essendo previsto alcun obbligo di comunicazione, che, appunto, è stato introdotto dal decreto correttivo, per cui per lui il termine di dieci giorni per la impugnazione ai sensi dell'art. 124 inizia a decorrere dalla data della comunicazione, cui deve provvedere la cancelleria.

L'altra modifica, meno apprezzabile, prevede che la durata delle misure in caso di conferma non potrà essere superiore a quattro mesi, in conformità a quanto previsto dal par. 6 dell'art. 6 della Direttiva n. 1023/2019, per il quale, appunto, “La durata iniziale di una sospensione delle azioni esecutive individuali è limitata a un massimo di quattro”. È sfuggito, però, al nostro legislatore che la normativa europea prevede poi la possibilità per gli Stati membri di autorizzare l'autorità giudiziaria (o amministrativa) “a prorogare la durata di una sospensione delle azioni esecutive individuali o a concedere una nuova sospensione delle medesime” in presenza di determinate condizioni, nel mentre il nuovo codice non prevede eguale possibilità; o meglio, la proroga è prevista dall'art. 20 nel procedimento di composizione della crisi perché lì è stata fissata una durata iniziale di tre mesi, prorogabile in presenza di specifiche condizioni, nel mentre nelle altre procedure è fissato soltanto il termine massimo, entro il quale è il

⁴³ Il discorso vale anche nel caso di misure protettive richieste dal debitore che ha presentato domanda di accesso alla liquidazione giudiziale ove pure, a seguito della apertura della procedura, scatta automaticamente il blocco delle azioni esecutive e cautelari posto dall'art. 150. Se, invero, in quel momento, il divieto iniziale non è stato ancora confermato o revocato (essendo possibile che la sentenza di accertamento dell'insolvenza arrivi prima della decisione sulla conferma o revoca delle misure protettive) un provvedimento in proposito diventa superfluo. Lì dove, invece, l'istruttoria preliquidazione dura tanto da consentire che si arrivi alla decisione sulla conferma o revoca delle misure protettive, la decisione del giudice è sostanzialmente determinata dal possibile esito dell'istruttoria in corso affidata allo stesso giudice e, quindi, obbligata nel senso della conferma, ove si ponga mente che, per i motivi già più volte detti, nella liquidazione giudiziale le misure protettive di cui al comma 2 dell'art. 54 (alle quali si applica la procedura di cui al comma 3 dell'art. 55 di cui si sta parlando) possono essere richieste solo dal debitore che presenti istanza di liquidazione giudiziale in proprio, che, è logico presumere, tranne casi eccezionali, sicuramente sarà accolta, con conseguente successiva applicazione dell'art. 150. Diventa, pertanto, difficile, per non dire impossibile, ipotizzare che il giudice del riesame delle misure protettive le revochi giacché la revoca ha senso solo ove si pensi che l'apertura della liquidazione, nella quale opera automaticamente e definitivamente il divieto delle azioni esecutive, non si verifichi, altrimenti si crea una frattura tra la valutazione del giudice, che oggi dispone la revoca delle misure protettive, e la legge che dispone che il giorno dopo dette misure operino egualmente.

giudice a stabilirne la durata nel caso concreto, senza ipotizzare una proroga dell'originario termine.

Per la verità, nonostante l'afonia del legislatore, non si può mettere in dubbio che la proroga sia ammissibile posto che l'art. 8, nel prevedere che "la durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe", implicitamente ammette anche la possibilità di fissare un termine più breve dell'anno e poi prorogarlo, ma il fatto è che il legislatore non detta alcuna condizione cui la proroga è subordinata.

E qui la differenza con la disposizione dell'art. 20 diventa notevole perché questa, dopo aver fissato una durata iniziale delle misure protettive, ammette anche più proroghe fino al termine massimo di sei mesi, "a condizione che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo, su conforme attestazione resa dal collegio di cui all'articolo 17". La distanza è ancor più marcata rispetto alle corrispondenti previsioni della Direttiva europea, il cui art. 6, par. 7 prevede che "La proroga o il rinnovo della sospensione delle azioni esecutive individuali sono concessi solo in circostanze ben definite da cui risulti che la proroga o il rinnovo sono debitamente giustificati, ad esempio: a) sono stati compiuti progressi significativi nelle trattative sul piano di ristrutturazione, b) la continuazione della sospensione delle azioni esecutive individuali non pregiudica ingiustamente i diritti o gli interessi delle parti interessate, oppure c) nei confronti del debitore non siano ancora state aperte procedure di insolvenza che possano concludersi con la liquidazione delle attività del debitore a norma del diritto nazionale".

In sostanza, non solo la decisione sulla conferma o revoca della sospensione delle azioni esecutive è disancorata da criteri certi predeterminati, ma la stessa proroga della durata iniziale di quattro mesi delle misure protettive è lasciata alla libera discrezionalità del giudice, facendo saltare, come si diceva, quel delicato equilibrio degli interessi coinvolti nella fase delle trattative tra il debitore in crisi e i creditori anteriori c.d. interessati.

Orbene, se proprio si vuole introdurre un meccanismo come quello ideato dal CCI, in primo luogo, dovrebbero essere indicati i criteri cui il giudice deve attenersi per la conferma o la revoca e per la proroga; dovrebbe essere data al giudice la possibilità, in uno schema processuale più strutturato sul contraddittorio delle parti, di limitare la conferma o la revoca – che inizialmente opera in via generalizzata – ad uno o più singoli creditori o categorie di creditori; infine dovrebbero essere chiariti due concetti fondamentali: (i) che in tutte le procedure le misure protettive hanno lo scopo di tutelare il patrimonio del debitore nella fase concessa per predisporre la proposta, il piano e la documentazione e nella fase dello svolgimento della procedura per raccogliere i consensi e arrivare all'omologa o nella fase istruttoria per l'apertura della liquidazione; (ii) che nella fase successiva a questi eventi, per le ragioni di certezza già sottolineate parlando della durata annuale massima delle misure protettive

e per venire incontro all'esigenza di definire la portata della revoca disposta dal giudice a fronte della temporaneità ora dettata per le misure protettive, dovrebbe essere introdotta una norma simile a quella di cui all'attuale art. 168, l. fall., con riferimento appunto dall'omologa, o simile a quella di cui all'art. 150 (con la differenza in precedenza evidenziata), che non sarebbe contraria alla Direttiva europea in quanto non riguarderebbe più la fase delle trattative ma quella della esecuzione degli accordi raggiunti e ratificati.

Il comma 3 dell'art. 55 chiude con la frase: "Se il deposito del decreto non interviene nel termine prescritto (trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese) cessano gli effetti protettivi prodotti ai sensi dell'articolo 54, comma 2".

Nella Relazione accompagnatoria si spiega che si è preferita questa soluzione, suggerita dalla Commissione Giustizia della Camera e con parere contrario del Consiglio di Stato, perché essa anticipa la soluzione accolta dall'art. 6 della Proposta di direttiva che subordina la produzione degli effetti protettivi ad una valutazione, caso per caso, dell'autorità giudiziaria, sicché, non essendo possibile prescindere da una tale valutazione, si è ritenuto, per tener conto della comprensibile preoccupazione del Consiglio di Stato, di portare a trenta giorni il termine – di originari quindici – entro il quale il decreto deve essere depositato.

È davvero paradossale che la Relazione ricordi che la nuova Direttiva "subordina la produzione degli effetti protettivi ad una valutazione, caso per caso, dell'autorità giudiziaria" e poi se ne dimentichi completamente nella redazione della norma; in ogni caso, questa ulteriore disposizione, da un lato conferma che gli effetti protettivi discendono dalla pubblicazione della domanda di accesso alla procedura nel registro delle imprese altrimenti il mancato provvedimento di conferma nel termine fissato non potrebbe determinare la cessazione degli "effetti protettivi prodotti ai sensi dell'articolo 54, comma 2"; dall'altro, non fa che esasperare le incongruenze già evidenziate per l'ipotesi che il giudice revochi la sospensione delle misure protettive.

9. La revoca di cui al comma 4 dell'art. 55

Il comma 4 dell'art. 55 dispone che "In caso di atti di frode, su istanza del commissario giudiziale, delle parti del procedimento o del pubblico ministero, il tribunale, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, revoca o modifica le misure protettive. La disposizione si applica anche quando il tribunale accerta che l'attività intrapresa dal debitore non è idonea a pervenire alla composizione assistita della crisi o alla regolazione della crisi e dell'insolvenza".

Norma, anche questa redatta in modo approssimativo, con la quale vengono prese in considerazione, quali cause autonome di revoca delle misure protettive operanti al di fuori del procedimento di conferma o revoca di cui si è parlato, fattispecie, quali la frode e l'inidoneità della dell'attività del debitore a pervenire alla regolazione della crisi o

dell'insolvenza, che giustificano la revoca della procedura concordataria a norma dell'art. 106, (corrispondente all'art. 173, l. fall.), che è provvedimento evidentemente assorbente di quello che può riguardare le misure protettive; con la differenza che la revoca delle misure protettive può essere richiesta dal commissario giudiziale, dalle parti del procedimento (presumibilmente i creditori) o dal pubblico ministero, nel mentre l'iniziativa per la revoca della procedura è attribuita dall'art. 106 al solo commissario e poi ne viene data comunicazione ai creditori e al P.M.

Rimane, tuttavia, il fatto che, mentre il procedimento per la conferma o revoca delle misure protettive è affidato, come detto, al giudice monocratico, la revoca in esame è di competenza del tribunale (presumibilmente in composizione collegiale), che è anche l'organo che provvede alla revoca della procedura concordataria, che dovrebbe essere lo sbocco naturale, non avendo senso, in caso di frode del debitore o di constatazione che la continuità non è idonea alla regolazione della crisi e dell'insolvenza, lasciare aperto il concordato e attribuire ai creditori la libertà di aggredire il patrimonio del debitore.

Anche sul punto di ben altro tenore è la Direttiva, per la quale le autorità giudiziarie (o amministrative) possono revocare la sospensione delle azioni di esecuzione individuali nei casi in cui “la sospensione non soddisfa più l'obiettivo di sostenere i negoziati sul piano di ristrutturazione, ad esempio se risulta che una parte dei creditori che, a norma del diritto nazionale, potrebbero bloccare l'adozione del piano di ristrutturazione, non sostiene il proseguimento dei negoziati”, oppure nei casi in cui “uno o più creditori o una o più categorie di creditori sono, o sarebbero, pregiudicati ingiustamente da una sospensione di singole azioni di esecuzione; o, se la sospensione dà luogo all'insolvenza di un creditore”.

Si tratta, come si vede, sempre di fattispecie attinenti alla operatività delle misure protettive che, qualora non rispondano più all'obiettivo di sostenere i negoziati (ad esempio perché risulta che la maggioranza dei creditori non supporti la continuazione dei negoziati o perché i creditori colpiti dalla sospensione dell'esecuzione siano ingiustamente pregiudicati) vanno revocate. Ma anche questa valutazione presuppone che gli Stati membri concedano la possibilità di limitare la revoca della sospensione a singole azioni di esecuzione perché, specie al fine di stabilire se vi siano pregiudizi ingiustificati per i creditori, l'autorità giudiziaria dovrebbe prendere in considerazione se la permanenza della sospensione preserva il valore complessivo della proprietà, se il debitore agisce in malafede o con l'intenzione di arrecare pregiudizio o in generale agisce contro le legittime aspettative della massa dei creditori.

E tutto ciò nel quadro comunitario di un sistema che prevede l'intervento preventivo del giudice, che dispone, all'inizio della procedura, il divieto delle azioni esecutive, per cui diventa logico e indispensabile prevederne la revoca quando, nel corso della procedura, ne vengano meno i requisiti; meno logico è chiedere l'intervento del giudice nel corso delle varie procedure per confermare o revocare la sospensione sulla base delle

indagini che il giudice può svolgere in massima libertà e poi prevedere ulteriori ipotesi di revoca, al di fuori di questo procedimento, per cause che, peraltro, coinvolgono non tanto le misure protettive quanto la stessa sopravvivenza della procedura concordataria.

Margini di incertezza si presentano circa il campo di operatività della norma. Il riferimento alla istanza del commissario giudiziale e non anche del curatore, indurrebbe a pensare che la revoca in questione sia limitata al concordato, ma l'omissione del riferimento al curatore ben si spiega con il fatto che le misure protettive di cui tratta il comma 2 dell'art. 54 possono intervenire solo nella fase istruttoria per la apertura della liquidazione giudiziale, seppur solo nel caso che la domanda provenga dal debitore; ed in questa fase il curatore non è stato ancora nominato e, dopo l'apertura della liquidazione opera il divieto di cui all'art. 150.

Altra incertezza discende dalla previsione che il giudice possa, nella fattispecie in esame, oltre che revocare, anche modificare le misure protettive, essendo difficile capire il significato di questo termine. Posto che il giudice non può selezionare le esecuzioni esperibili dal punto di vista soggettivo, per cui non può modificare il blocco automatico (eventualmente già confermato dal giudice) con riferimento ad alcuni creditori, né può scegliere le esecuzioni che possono continuare o essere revocate sotto il profilo oggettivo, per cui non può modificare il blocco delle azioni esecutive limitandole ad alcune tipologie (ad esempio solo quelle immobiliari o solo quelle mobiliari), non si vede quale possa essere lo spazio di una modifica che non sia la revoca del blocco.

10. Le misure protettive nella procedura di composizione assistita della crisi

Novità qualificante del codice della crisi e dell'insolvenza sono le nuove procedure di allerta e di composizione della crisi, oggetto di una dettagliata regolamentazione, anche per quanto riguarda la materia in esame, che trova collocazione nell'art. 20. Questo, al comma 1, dispone che “dopo l'audizione di cui all'articolo 18, il debitore che ha presentato istanza per la soluzione concordata della crisi può chiedere alla sezione specializzata in materia di imprese di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, individuata a norma dell'articolo 4 del medesimo decreto legislativo, avuto riguardo al luogo in cui si trova la sede dell'impresa, le misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso”, introducendo un intervento giurisdizionale negli istituti preventivi di soluzione della crisi; intervento inevitabile dato che si tratta di disporre dei diritti, anche se potenziali, dei creditori.

Premesso che né il Collegio, né l'OCRI nel suo complesso, possono dar corso autonomamente alla procedura di composizione assistita della crisi, la cui iniziativa compete esclusivamente al debitore, novità rilevante rispetto al regime ordinario di cui agli artt. 54 e 55 è che nella procedura di composizione della crisi le misure protettive non operano automaticamente per il fatto che sono state richieste e pubblicate, salvo conferma o revoca,

ma vanno disposte dal giudice competente, “avuto riguardo al luogo in cui si trova la sede dell’impresa”, su richiesta del debitore; ed è da presumere che questa domanda, di carattere giudiziale, debba essere presentata dal debitore con l’assistenza di un legale, stante il disposto di cui al comma 2 dell’art. 9 che pone come obbligatorio il patrocinio del difensore nelle procedure disciplinate dal codice, salvo che non sia diversamente previsto.

L’istanza di composizione della crisi, e con essa quella di concessione delle misure protettive, va presentata al tribunale, individuato in conformità alla delega, nella sezione specializzata in materia di crisi di impresa competente per territorio in ragione della sede dell’impresa⁴⁴.

Quanto alla procedura da seguire per la concessione delle misure protettive, il comma 2 dell’art. 20 rinvia agli artt. 54 e 55 in quanto compatibili, con la precisazione che “il giudice designato per la trattazione dell’istanza⁴⁵ può sentire i soggetti che abbiano effettuato la segnalazione o il presidente del collegio di cui all’articolo 17”.

L’art. 54, nella versione antecedente il decreto correttivo, conteneva un comma 5 secondo il quale “Il presidente del tribunale o il presidente della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza fissa con decreto l’udienza entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della domanda. Con provvedimento motivato il presidente del tribunale può fissare l’udienza di cui al primo periodo entro un termine non superiore a quarantacinque giorni dal deposito della domanda. All’esito dell’udienza, provvede, senza indugio, con decreto motivato, fissando la durata delle misure”.

Su questa norma, priva di significato nel contesto della restante disciplina⁴⁶, è intervenuto il decreto correttivo più volte richiamato inglobando il comma quinto nel quarto (con conseguente modifica della numerazione dei commi successivi) e attribuendo il potere di fissare l’udienza e di emettere gli altri provvedimenti, invece che al “presidente del tribunale o al presidente della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza”, al presidente della sezione specializzata competente ai sensi dell’art. 20 o al giudice da lui designato per la trattazione dell’istanza; in tal modo, il legislatore,

⁴⁴ Non si capisce perché il legislatore abbia fatto riferimento per la competenza alla anodina dizione di sede, anziché utilizzare quella più corretta di “luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali”, posto che il COMI è indicato come criterio generale di competenza territoriale dall’art. 27 e che, non a caso, viene richiamato, nelle procedure in esame, dall’art. 22 per la segnalazione, nei casi ivi previsti, al “pubblico ministero presso il tribunale competente ai sensi dell’art. 27”. Deve ritenersi, pertanto, che il legame che segna la competenza del tribunale delle imprese non è dato dalla collocazione di una qualsiasi sede dell’impresa nel distretto, bensì dalla posizione della sede principale identificata con il centro degli interessi principali, con le relative presunzioni di coincidenza fissate dall’art. 27.

⁴⁵ Il riferimento al giudice designato per la trattazione dell’istanza è introdotto dal decreto correttivo, al posto del “tribunale”, che compare nella versione di cui al d.lgs. n. 14/2019.

⁴⁶ Cfr. BOZZA, *Protezione del patrimonio negli accordi e nel concordato*, cit.

sposando la tesi della applicazione della procedura di cui al comma 5 dell'art. 54 esclusivamente alla procedura di composizione assistita della crisi, ha dettato una autonoma regolamentazione del procedimento relativo alla emanazione dei provvedimenti protettivi nell'ambito delle procedure di composizione assistita della crisi, che mancava.

Con lo stesso decreto sono state apportate altre modifiche (di minor conto rispetto a quelle accennate) che danno una certa coerenza al procedimento, che dal combinato disposto degli artt. 20, comma 2 e 54, comma 4, può così sintetizzarsi.

Il debitore che ha presentato istanza per la soluzione concordata della crisi, che continua a svolgersi nell'ambito extragiudiziario avanti all'OCRI, può chiedere al tribunale delle imprese, nel cui territorio è collocato il suo centro degli interessi principali, le misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso e tale domanda "su istanza del debitore, può essere pubblicata nel registro delle imprese".

Di questa ultima precisazione non è ben chiaro lo scopo. In primo luogo non si vede perché sia necessaria una istanza del debitore per la pubblicazione, dal momento che la riservatezza che caratterizzava la fase dell'allerta viene necessariamente meno nella fase della composizione della crisi essendo coinvolti, almeno in parte, i creditori⁴⁷. Inoltre, ciò che interessa far conoscere non è la domanda di misure protettive, ma il decreto di concessione; nelle altre procedure di cui si è parlato viene pubblicata nel registro delle imprese la domanda perché questa fa scattare automaticamente, appunto dalla pubblicazione, le misure protettive, poi oggetto di conferma o revoca, nel mentre, nel caso in esame, la domanda del debitore ha la sola funzione di azionare l'intervento del giudice, che non può provvedere d'ufficio, e l'effetto voluto si produce solo con il decreto emesso all'esito dell'udienza di cui si dirà e del quale non è prevista la pubblicazione nel registro delle imprese.

La nuova regolamentazione, oltre a non prevedere la trasmissione del decreto al registro delle imprese per l'iscrizione, non stabilisce neanche che lo stesso sia comunicato al debitore e che sia reclamabile ai sensi dell'art. 124, come prevede il comma 3 dell'art. 55, nel testo revisionato dal decreto correttivo. Qui, tuttavia, può ritenersi che gli stessi principi siano applicabili anche alla composizione assistita della crisi pur permanendo le diversità tra le procedure, perché discende dalla previsione dell'art. 124 il principio che contro i decreti del giudice o del tribunale emessi nel corso

⁴⁷ È vero che questi sono tenuti a collaborare lealmente nelle procedure di allerta e composizione assistita della crisi ed a rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite (art. 4, comma 3), ma, a parte la tenuta di tali obblighi, i creditori più importanti sono a conoscenza della situazione del debitore, senza doverla apprendere da altri, perché inevitabilmente con essi intercorrono le trattative di composizione. In realtà, la vera preoccupazione che desta il ricorso ad una procedura concorsuale giudiziaria è quella che le banche e i fornitori blocchino i rapporti, ma questi sono anche i creditori con i quali il debitore dovrà inevitabilmente interloquire anche nella procedura di composizione della crisi.

delle procedure il debitore e ogni altro interessato, possano proporre reclamo, salvo che sia diversamente stabilito⁴⁸.

Una volta presentata dal debitore la domanda di misure protettive, il presidente del tribunale delle imprese o il giudice da lui designato per la trattazione dell'istanza fissa con decreto l'udienza per l'esame della domanda entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della stessa. Questa, come già ricordato, è la versione introdotta dal decreto correttivo nella revisione dell'art. 54, e, di conseguenza, è stato modificato anche il disposto del comma 2 dell'art. 20, nella parte in cui prevede che Il tribunale può sentire i soggetti che abbiano effettuato la segnalazione o il presidente del collegio di cui all'art. 17, sostituendo al "tribunale" il "giudice designato per la trattazione dell'istanza". In tal modo è stato armonizzato il meccanismo processuale e reso indiscutibile che l'organo che istruisce il procedimento e, all'esito, decide è il presidente del tribunale delle imprese o il giudice da lui designato, ossia un organo monocratico; pertanto, eventuali impugnazioni *ex art. 124* andranno effettuate avanti al tribunale collegiale delle imprese.

Non si capisce bene come si inserisca in questo meccanismo la facoltà per il giudice di sentire i soggetti che abbiano effettuato la segnalazione che ha dato inizio al procedimento di allerta (ove il debitore non abbia chiesto di accedere direttamente alla composizione della crisi) o il presidente del collegio di cui all'art. 17 (il collegio costituito in seno all'OCRI che ha trattato la fase dell'allerta), dal momento che questa previsione è contenuta nel comma 2 dell'art. 20 e non è inserita nel procedimento delineato dal nuovo comma 4 dell'art. 54; presumibilmente ciò accadrà all'udienza fissata per l'esame della domanda, in quanto lo scopo di tale audizione è quello di trarne utili informazioni ai fini della decisione sulla concessione o meno delle misure protettive richieste⁴⁹.

⁴⁸Ad ogni modo, rimane il reclamo *ex art. 739 c.p.c.*, seppur sarebbe stato opportuno inserire, alla fine del nuovo comma 4 dell'art. 54, una disposizione simile a quella del comma 3 dell'art. 55, secondo cui "Il decreto, che produce effetti dalla data della pubblicazione di cui al primo periodo, è trasmesso al registro delle imprese per l'iscrizione, è comunicato al debitore ed è reclamabile ai sensi dell'articolo 124", colmando così le carenze evidenziate e facendo assumere alla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese una valenza prenotativa degli effetti del decreto, che giustificerebbe anche la facoltatività della richiesta.

⁴⁹Anche se, a dire il vero, non si vede cosa possano dire i segnalatori, che non risulti già dagli atti, nel mentre di maggiore utilità potrebbe risultare l'audizione del presidente del collegio che, avendo seguito la fase dell'allerta, è in grado di fornire un contributo sulla reale situazione in cui versa il debitore, sulle prospettive di soluzione della crisi e, principalmente, sulla composizione del ceto creditorio che potrebbe aggredire il patrimonio del debitore. Tenuto conto, tuttavia, che tale soggetto – non potendo, a norma del comma quarto dell'art. 5 CCI, essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità – può rifiutarsi di rispondere su questi aspetti anche al giudice incaricato del tribunale delle imprese che decide sulle misure protettive, invocando il segreto professionale garantito dall'art. 200 c.p.p. e le garanzie previste per il difensore dall'art. 103 c.p.p., gli spazi di indagine dell'organo giudiziario si riduce di molto.

Nella ricostruzione della norma di cui all'art. 54, il legislatore del decreto correttivo ha aggiunto al precedente comma 5 – che disponeva soltanto la fissazione di una udienza – che questa è destinata “all’esame della domanda”, ma trattasi di una precisazione apparente che nulla aggiunge essendo del tutto ovvio e naturale che lo scopo dell’udienza debba essere quello di procedere all’esame della domanda presentata; il legislatore avrebbe dovuto dire quali sono le incombenze che deve assolvere il giudice in quella udienza e come procedere. Ad esempio, avrebbe dovuto dire se il giudice può o deve sentire il debitore, e altri interessati, oltre a coloro che hanno fatto la segnalazione iniziale e al presidente del collegio dell’allerta; se e come effettuare eventuali comunicazioni al debitore istante o ad eventuali altri interessati (tra i quali si potrebbe catalogare il P.M.), il termine per effettuarle; e così via. Incombenze tutti necessari per assicurare, quanto meno al debitore, il diritto di difesa a fronte di una norma che non prevede una udienza prefissata o in qualche modo predeterminabile, ma lascia al giudice di fissarla entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della domanda, che può diventare anche di quarantacinque giorni⁵⁰, senza che ne siano predeterminate le condizioni, in quanto la norma richiede semplicemente che il giudice provveda con decreto motivato.

L'accorpamento del quarto e quinto comma dell'art. 54 con conseguente riferibilità del procedimento delineato (per sommi capi) alla composizione assistita della crisi, ha eliminato il dubbio circa il contenuto del provvedimento del giudice, essendo ora chiaro che il giudice, con decreto motivato⁵¹, concede o nega le misure protettive richieste fissandone la durata, “nei limiti di cui all’articolo 20, comma 3”.

Quanto alla durata si è già accennato che, rispetto all'art. 8, che pone la regola generale della durata massima annuale⁵², nella procedura in esame, a norma dell'art. 20, il giudice, nel concedere la misura protettiva, fissa la durata delle misure, che non può superare i tre mesi, prorogabili, anche in più soluzioni, fino al massimo di altri tre mesi, coincidenti con i termini che, a norma del comma 1 dell'art. 19, possono essere dati dal collegio “per la ricerca di una soluzione concordata della crisi dell’impresa”. La proroga è condizionata al riscontro di “progressi significativi nelle trattative tali da

⁵⁰ Il decreto correttivo ha eliminato la distorsione dell’originario comma 5 dell’art. 54, ove, mentre l’udienza entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della domanda era fissata dal presidente del tribunale o dal presidente della sezione cui è assegnata – secondo l’ordine interno a ciascun ufficio – la trattazione delle procedure, la facoltà di fissare la stessa udienza oltre il termine indicato e comunque entro il termine massimo di quarantacinque giorni era attribuita al solo presidente del tribunale.

⁵¹ Come si è visto per la conferma o revoca delle misure già automaticamente efficaci, il giudice provvede con decreto, senza che sia specificato “motivato” (art. 55, comma 3), e questa differenza credo non possa giustificarsi col fatto che in questo caso non si tratta di concessione ma di conferma o revoca, perché l’incidenza sulle misure protettive è identica in quanto la revoca equivale alla mancata concessione, così come la conferma è equiparabile alla concessione. Credo più probabile che la causa della differenza sia un errore di leggerezza.

⁵² Vedi par. 6.

rendere probabile il raggiungimento dell'accordo" su conforme attestazione ad opera del collegio di esperti.

Poiché il debitore, nella fase della composizione concordata della crisi, può dichiarare che intende presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo (nel qual caso il collegio procede, su richiesta del debitore, ad attestare la veridicità dei dati aziendali), questa possibilità – peraltro di difficile attuazione⁵³ – fa nascere il dubbio della decorrenza massima del termine della sospensione delle azioni esecutive qualora vi sia una successione tra procedure.

A mio avviso, i due termini – quello di cui all'art. 20 e quello di cui all'art. 8 – dovrebbero essere cumulabili, per cui utilizzato, in tutto o in parte, il termine di sospensione nella fase della composizione concordata della crisi, il passaggio al concordato fa scattare, a causa della diversa natura delle procedure, il decorso del nuovo termine dettato per questa procedura.

Come si è detto, le misure protettive nella procedura di composizione assistita della crisi sono finalizzate al fattivo svolgimento delle trattative, di modo che dette misure, concesse dal tribunale, possono essere revocate, anche d'ufficio, in qualunque momento, qualora il collegio nominato per la composizione della crisi segnala che non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata, o che non vi sono significativi progressi nella realizzazione di misure idonee a superare la crisi, oppure, ancora, se risultano commessi atti di frode nei confronti dei creditori. Così dispone, infatti, il comma 5 dell'art. 20, che, seppur con una locuzione più articolata, riprende la fattispecie di cui al comma 4 dell'art. 55, ponendo la revoca delle misure protettive quale sanzione per la frode e per la constatazione dell'inidoneità dell'iniziativa intrapresa dal debitore a pervenire al risultato prefigurato con la procedura adita, per cui diventa superfluo compromettere ulteriormente la libertà dei creditori e continuare ad alterare le regole del libero mercato e della concorrenza lasciando operare una società, priva del capitale sociale, senza alcuna prospettiva che questo sacrificio sia compensato dall'utilità di risolvere la crisi in via stragiudiziale.

⁵³ Il passaggio, infatti, ad una procedura di composizione della crisi giudiziale presuppone il fallimento della composizione stragiudiziale, e, se questa non è riuscita, nonostante la protezione patrimoniale assicurata, l'intervento dell'OCRI e l'informalità del procedimento, è difficile pensare che l'accordo con i creditori possa poi essere trovato in un successivo procedimento giurisdizionale, certamente più rigido, seppur non è da escludere del tutto, dato che in queste procedure non è necessario avere il consenso di tutti i creditori.