

PROTEZIONE DEL PATRIMONIO NEGLI ACCORDI E NEI CONCORDATI

di GIUSEPPE BOZZA

Sommario: 1-Le misure protettive e cautelari nell'attuale sistema; 2-Le misure protettive e cautelari nel CCI. Principi generali; 3-Le misure cautelari. Il primo comma dell'art. 54; 4-Le misure protettive; 4.1-Il secondo comma dell'art. 54; 4.2-Il quinto comma dell'art. 54; 4.3-Il sesto comma dell'art. 54; 4.4.L'ultimo comma dell'art. 54; 5-Il procedimento; 5.1-Principi generali. Il primo e l'ultimo comma dell'art. 55; 5.2-La concessione delle misure cautelari. Art. 55 comma 2; 5.3-Le misure protettive. Il terzo comma dell'art. 55; 6-La revoca di cui al quarto comma dell'art. 55; 7-Le ipoteche giudiziarie iscritte di recente

1-Le misure protettive e cautelari nell'attuale sistema

Gli effetti protettivi del patrimonio del debitore che accede al concordato, sia esso con riserva che pieno, ed anche alla ristrutturazione dei debiti derivano da varie disposizioni, tra le quali vanno comprese la normativa richiamata dall'art. 169 e la disciplina collegata all'introduzione del concordato con riserva e di continuità, ma l'effetto protettivo principale è quello che discende dall'art. 168.

Tale norma dispone al primo comma che “Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore”.

Questo effetto protettivo per il patrimonio del debitore scatta sia che il debitore chieda il termine di cui al sesto comma dell'art. 161 che un concordato pieno perchè, per un verso, la

norma di cui all'art. 168, nel parlare di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese non distingue tra ricorso col quale si chiede la concessione di un termine per presentare la proposta, il piano e la documentazione e quello con cui si propone un concordato ai creditori, e, per altro verso, il concordato con riserva è, ad ogni effetto, parte integrante della procedura di concordato preventivo, che inizia, come emerge dal tenore letterale dell'art. 161, comma 6, l.f., con la presentazione del "ricorso contenente la domanda di concordato", ma non anche la proposta, il piano e altra documentazione. E non potrebbe che essere così perché questo effetto- finora ritenuto 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 attesa che questi predisponga la proposta, il piano e raccolga la documentazione necessaria.

Sia nel preconcordato che nel concordato pieno, quindi, vige il divieto delle azioni esecutive; in entrambi i concordati il divieto incomincia a decorrere dalla pubblicazione del ricorso che contiene la domanda nel registro delle imprese (e non più dalla data di presentazione) senza necessità di una specifica richiesta di parte; in entrambi il divieto ora colpisce, oltre alle azioni esecutive, anche le azioni cautelari, in conformità a quanto era già previsto nel il fallimento dall'art. 51 e nella ristrutturazione dei debiti dall'art. 182-*bis*, con la conseguenza di impedire non solo l'esecuzione ma anche la proposizione della misura cautelare; in entrambi il divieto coinvolge anche l'acquisto di diritti di prelazione, in modo da attuare un *automatic stay* completo, allo scopo di cristallizzare la garanzia patrimoniale del debitore e assicurare la realizzazione del piano futuro o già presentato.

Stando al dato letterale della norma di cui all'art. 168, il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive nel concordato dovrebbe cessare nel momento in cui diventa definitivo il decreto di omologazione, ma, pur nel contrasto di opinioni vigenti, si può considerare prevalente l'opinione che l'esercizio delle azioni esecutive da parte dei creditori anteriori alla procedura non è realizzabile fino all'esecuzione del concordato, giacché, in ipotesi di concordato liquidatorio, il patrimonio del debitore non

può essere aggredito essendo destinato alla vendita e nel concordato con continuità i creditori sono tenuti, per effetto dell'omologazione, ad accertare i tempi e le modalità di soddisfacimento previste dal piano¹.

Analogo sistema vige nella ristrutturazione dei debiti, ove il terzo comma dell'art. 182-*bis* pone il divieto automatico, a far data dalla pubblicazione dell'accordo, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari e di acquisire titoli di prelazione se non concordati, ma li limita a sessanta giorni e non indica la sanzione per il caso dell'inosservanza. Anche qui tale divieto può essere anticipato nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo qualora l'imprenditore ne faccia richiesta seguendo la procedura, abbastanza farraginoso, di cui al sesto comma dell'art. 182-*bis*, posto che la pubblicazione della relativa istanza determina il prodursi di tali effetti; il tribunale, a norma del settimo comma 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 professionista².

Dopo il perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione e la pubblicazione nel registro delle imprese, la protezione del patrimonio del debitore è assicurata per sessanta giorni, per cui, alla scadenza di tale termine, i creditori anteriori non aderenti all'accordo, atteso il loro diritto al regolare pagamento, potrebbero

¹ S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, IV Torino, 2014, 307; M. Fabiani, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali* diretto da A. Jorio – B. Sassani, IV, Milano, 2016, 625; M. Arato, *La domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, III, Milano, 2016, 3397; M. Montanari, *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 457; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 2015, 328, nt. 2; M. Sandulli - G. D'Attorre, *Manuale delle procedure concorsuali*, Torino, 2016, 236; nt. 29. In giurisprudenza, Trib. Prato 25 luglio 2018, in *Materiali corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare"*, Firenze 27/2-14/3/2019, vol. II, 267; Trib. Milano, 17 dicembre 2012, in www.ilfallimentarista.it; contra: Trib. Reggio Emilia, 24 giugno 2015, in *Fallimento*, 2015, 1329; Trib. Sulmona, 11 novembre 2012, in *Fallimento*, 2012, 477; Trib. Prato 19 settembre 2017, n.757 in www.ilcaso.it; Trib. Prato 20 luglio 2016 in *Fallimento* 2017, 65.

² 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.

prendere o riprendere iniziative per il soddisfacimento dei propri crediti, ma il pericolo è stato scongiurato con il riscadenziamento ex lege di 120 giorni dall'omologa o dalla scadenza originaria se successiva di tali crediti, sicchè sino a tale nuova scadenza i creditori non aderenti all'accordo non possono procedere con tali iniziative.

Il divieto delle azioni esecutive e cautelari esiste anche nel fallimento (art. 51) ove, però iniziano 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 (comma ottavo, art. 15)³.

Il nostro sistema attuale quindi, pur se non ne dà una definizione, conosce le misure protettive e quelle cautelari. 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 includono tutta quella tutela atipica, 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.

Ne segue che il campo di elezione delle prime è costituito dal concordato e dagli accordi di ristrutturazione, dettate dalla esigenza di attuare, fin dall'inizio, una protezione del patrimonio del debitore e dell'impresa dalle aggressioni dei creditori, in

³ Sul possibile contenuto delle misure cautelari, cfr. I. Pagni, *La tutela cautelare del 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 F. Fimmanò, Milano, 2012, 79 e segg.; G. Finocchiaro, *I provvedimenti cautelari nel giudizio pre fallimentare*, in *Fallimento*, 2018, 934 e segg.

modo da consentire il buon esito delle stesse e la realizzazione della “causa concreta” di ciascuna, oltre che naturalmente dal fallimento dichiarato al fine di consentire l’esecuzione collettiva. Quello delle seconde è il fallimento, o meglio la fase istruttoria prefallimentare in quanto la loro efficacia è limitata alla durata di tale procedimento dato che la sentenza che dichiara il fallimento deve confermarle o revocarle in modo esplicito ed il decreto di rigetto, ovviamente, revocarle.

Non vi è, mio avviso, possibilità di commistione tra le due misure, nel senso che quelle cautelari di cui al comma ottavo dell’art. 15, non possono essere trasposte nel concordato o negli accordi di ristrutturazione, sebbene istanze di accesso a queste procedure possano essere presentate anche nella fase prefallimentare, dal momento che i provvedimenti previsti dall’art. 15, comma 8, avendo la funzione di assicurare la temporanea conservazione del patrimonio dell’impresa in vista del fallimento o del rigetto della relativa istanza, non possono essere utilizzati per anticipare gli effetti connessi alla instaurazione di procedure concorsuali diverse come quella di concordato preventivo⁴. Peraltro, se si considera che la decisione sulla richiesta di fallimento, secondo l’attuale indirizzo delle Sezioni unite⁵, va posta alla domanda di concordato, è da escludere che il giudice possa adottare nella istruttoria preconcordataria i provvedimenti conservativi a tutela dell’impresa di cui all’ottavo comma dell’art. 15, posto che le misure protettive discendono, già, dai riflessi di cui agli artt. 168 e 169.

Della inefficacia delle ipoteche di cui al terzo comma dell’art. 168, se ne parlerà in seguito.

2-Le misure protettive e cautelari nel CCI. Principi generali

La legge 19 ottobre 2017 n. 155 dedica ampio spazio alle misure protettive. Invero nell’art. 6, co.1 lett. b), riguardante il concordato preventivo, delega il legislatore a “procedere alla revisione della disciplina delle misure protettive, specialmente

⁴Trib. Monza, 20 novembre 2009, in www.ilcaso.it

⁵ Cass. sez. un. 15 maggio 2015, n.9935, in www.ilfallimentarista.it

quanto alla durata e agli effetti, prevedendone la revocabilità, su ricorso degli interessati, ove non arrechino beneficio al buon esito della procedura”, secondo un modello da estendere anche alla ristrutturazione dei debiti (art. 5, co. 1 lett. c), che chiede di “assimilare la disciplina delle misure protettive degli accordi di ristrutturazione dei debiti a quella prevista per la procedura di concordato preventivo, in quanto compatibile”).

Inoltre, di misure protettive la legge delega parla nell’art. 4, co. 1 lett. g) con riferimento alla procedura di allerta (“consentire al debitore che abbia presentato l’istanza di cui alla lettera b) o che sia stato convocato ai sensi della lettera e) di chiedere alla sezione specializzata in materia di impresa l’adozione, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, delle misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso, disciplinandone durata, effetti, regime di pubblicità, competenza a emetterle e revocabilità, anche d’ufficio in caso di atti in frode ai creditori o quando il collegio di esperti di cui alla lettera b) riferisce che non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell’attuazione delle misure idonee a superare la crisi medesima) e nell’art. 9, co. 1 lett. g) in tema di sovraindebitamento (“introdurre misure protettive simili a quelle previste nel concordato preventivo, revocabili su istanza dei creditori, o anche d’ufficio in caso di atti in frode ai creditori).

Delle misure cautelari (civilistiche) se ne parla solo nell’art. 2, co. 1 lett. d) che nel prevedere l’adozione di un unico modello processuale per l’accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, tra le caratteristiche di questo indica di specificare “la disciplina delle misure cautelari, con attribuzione della relativa competenza anche alla Corte di appello”.

Il legislatore delegato ha dato diligente attuazione a queste indicazioni.

In primo luogo il CCI fornisce le definizioni delle misure protettive e di quelle cautelari, che corrispondono, in linea di massima, alla ricostruzione di cui si è dato conto.

Invero, a norma della lett. p) dell’art. 2 CCI, le misure protettive sono “le misure temporanee disposte dal giudice competente 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"⁶. La lett. q) dello stesso art. 2 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".

Il primo dato che emerge da queste definizioni- 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 ristrutturazione, e quello delle misure cautelari, riservate alla fase prefallimentare, giacchè 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 liquidazione giudiziale e di omologazione degli accordi di ristrutturazione, 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.

Questo teoricamente, perché, come si vedrà meglio in prosieguo, le misure protettive necessitano della richiesta del debitore 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. Di contro, le misure cautelari trovano poco spazio nella procedura concordataria perché queste possono essere concesse solo su istanza di parte; parti che in tale procedura non sono ravvisabili e non è recuperabile allo scopo la posizione

⁶ Nella prima versione del CCI si precisava che queste misure "consistono, in particolare: a) nella inammissibilità di azioni esecutive o cautelari individuali sul patrimonio o l'impresa del debitore; b) nella sospensione dei processi esecutivi o cautelari pendenti; c) nel divieto per i creditori di acquisire titoli di prelazione se non concordati; in tali casi, le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le scadenze non si verificano". Il fatto che questa elencazione non sia stata riproposta non è significativa di un cambiamento di rotta, ma soltanto della superfluità della esposizione rientrando le singole previsioni enumerate nel concetto generale espresso nella parte che è rimasta.

del creditore che abbia presentato domanda di apertura della liquidazione giudiziale nella contemporanea pendenza del procedimento avviato dal debitore per l'accesso al concordato o all'omologa degli accordi, per la priorità della trattazione delle seconde. Inoltre, le misure cautelari si rendono necessarie quando il debitore, come nella fase prefallimentare, ha la piena disponibilità del proprio patrimonio; allorquando, invece, come nel concordato, fin dall'inizio viene nominato un commissario 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., il ricorso a misure cautelari per impedire eventuali iniziative del debitore appare del tutto superfluo.

Su questi aspetti si tornerà in seguito, ma già da questi accenni emerge come, al di là dei proclami della realizzazione di un procedimento unitario ed uniforme, quanto ai campi di operatività delle misure cautelari e protettive, si continua nel solco della tradizione, con qualche concessione.

L'articolo 8 CCI pone un'altra regola di carattere generale- questa davvero di portata dirimpente- disponendo che "La durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe", in conformità dell'art. 6, par. 7, della Direttiva europea⁷ del 17 dicembre 2018 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. 4, 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. 7, precisando che "la durata totale della sospensione delle azioni esecutive individuali, incluse le

⁷ Per la verità, al momento in cui questa scritto viene redatto, non esiste ancora una Direttiva approvata dai due organi competenti: il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea (composto dai rappresentanti dei ministeri della giustizia dei paesi membri), per cui tecnicamente si dovrebbe parlare ancora di Proposta di direttiva, e, per la precisione, di quella resa pubblica il 22 novembre 2016. Quest'ultima, come è noto, è stata sottoposta a discussione all'interno di ciascun organo, i quali solo nel dicembre 2018 hanno raggiunto un accordo che si è tradotto in un testo concordato, che molto verosimilmente sarà definitivamente approvato a breve. Pertanto, anticipando i tempi, parlo di Direttiva dato che a questo testo- che si può consultare, nella versione in inglese, all'indirizzo: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15556-2018-INIT/en/pdf>- io faccio riferimento..

proroghe e i rinnovi, non supera i dodici mesi”, onde evitare che la sospensione leda eccessivamente i diritti dei creditori.

Durata annuale che è dimezzata nel corso della procedura di composizione concordata della crisi, ove l’art. 20, co. 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, fino al termine massimo di cui all’articolo 19, comma 1, 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” e il termine massimo di cui all’art. 19, co. 1 è di tre mesi prorogabile fino ad un massimo di ulteriori tre mesi, ossia sei mesi complessivi.

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- che presumibilmente in futuro diventerà uno dei percorsi più frequenti di accesso a queste procedure- fa nascere il dubbio della decorrenza massima del termine della sospensione delle azioni esecutive e cautelari e della eventuale cumulabilità dei due termini. A mio avviso, i due termini dovrebbero essere cumulabili considerato che la durata massima della sospensione è separatamente individuata nell’ambito della procedura di composizione concordata della crisi (art. 20) rispetto alla previsione generale di cui all’art. 8, 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, ove richiesto, il decorso del nuovo termine dettato per questa procedura⁸.

Il dato della temporaneità delle misure protettive (quelle cautelari non hanno limiti di durata prefissata) non ammette discussioni sotto il profilo interpretativo perché chiaro e inequivoco

⁸ Peraltro, mentre nell’art. 20 è stata fissata una durata breve, prorogabile in presenza di specifiche condizioni, nelle altre procedure è fissato soltanto il termine massimo, entro il quale è il giudice a stabilirne la durata nel caso concreto.

nella durata, che è di dodici mesi e non ammette deroghe, neanche per la sospensione feriale⁹. Altrettanto chiaro è che, 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*.

Proprio questa situazione 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 di un anno, quando quelle procedure sono o possono essere ancora in corso.

Questo problema non si pone tanto per la liquidazione giudiziale perché qui, una volta aperta tale procedura, trova applicazione l'art. 150, che, riprendendo letteralmente l'attuale art. 51 l. fall. dispone che “Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura”. Pertanto, soltanto ove l'istruttoria prefallimentare duri inverosimilmente più di un anno, si può avere un periodo scoperto.

Bisogna dedurre 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. In tal modo, il divieto successivo posto dall'art. 150 non si pone in contrasto con la previsione comunitaria della durata annuale della sospensione delle azioni esecutive perché queste disposizioni sono dirette a “sostenere i negoziati di un piano di ristrutturazione in 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

⁹ Il primo comma 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”.

parte del debitore della proposta. Del resto, come è specificato nel memorandum 19-ter, gli Stati possono prevedere una permanenza indefinita una volta che il debitore diventi insolvente ai sensi della legislazione nazionale.

Neanche negli accordi di ristrutturazione il tema della temporaneità delle misure protettive non pone particolari problematiche in quanto l'art. 57, co. 3, CCI (che riprende il primo comma dell'attuale art. 182-*bis* 1.fall.) sposta a 120 giorni dall'omologa o dalla scadenza del credito se questa è successiva, il pagamento integrale dei creditori estranei all'accordo, impedendone, quindi, nel frattempo l'esecuzione, sicchè 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 a norma dell'art. 44.

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, co. 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 sospensione¹⁰. Tuttavia già oggi è frequente, o comunque sicuramente non raro, che si arrivi alla omologa dopo oltre un anno dall'iniziale presentazione del ricorso per concordato in bianco, sebbene l'art. 181 1.fall. disponga che l'omologazione del concordato deve intervenire nel termine di nove mesi, prorogabile di massimo sessanta giorni, dalla presentazione del

¹⁰ Qualora non si accetti la tesi della cumulabilità dei periodi sospensivi nella procedura di composizione concordata della crisi con quello annuale fissato per le altre procedure (che ho prospettato in precedenza accennando all'art. 20) 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.

ricorso ai sensi dell'articolo 161; lo sfioramento del termine annuale si verificherà, 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. Rimane poi il problema di capire cosa accade dopo l'omologa, dato che nessuna norma se ne occupa.

E la questione va vista con occhi nuovi rispetto al passato perché la previsione di un termine annuale fa venir meno tutti quegli argomenti che si richiamano alla concorsualità della procedura concordataria che vedrebbe come una contraddizione di sistema il contemporaneo esercizio di azioni esecutive o cautelari, in quanto il legislatore, se ha stabilito la temporaneità e non ha contestualmente ritenuto di riproporre, con le opportune modifiche, una norma simile a quella dell'art. 150, ha ritenuto evidentemente compatibile con il concordato che le azioni esecutive e cautelari possano essere iniziate o proseguite alla scadenza del termine fissato, sia che tale scadenza si verifichi prima dell'omologa che dopo.

La ovvia obiezione è che il concordato, una volta omologato, è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese (art. 117 CCI, corrispondente all'attuale art. 184 l.fall.), ma è da chiedersi se questo vincolo può costituire un freno alla libertà dei creditori di tutelarsi.

La risposta più semplice è quella affermativa, tanto più che non vi è più una norma che, come quella dell'attuale art. 168, ponga un limite espresso al divieto "fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo", tuttavia questa risposta dà per scontato che il termine annuale posto dall'art. 8 CCI valga solo per la fase fino all'omologa e non per la fase successiva, di modo che i creditori, dopo l'omologa, non potrebbero agire in *executivis* dovendosi adeguare al piano concordatario.

Alla luce della attuale legislazione può ben affermarsi che l'art. 168 non aveva bisogno di disporre per la fase successiva

all'omologa perché l'accordo concordatario, una volta intervenuta l'omologa, vincola i contraenti, ma nel nuovo diritto questa soluzione non è più tanto scontata perché il presupposto da cui questa muove costituisce il tema da accertare; ossia è necessario stabilire se il vincolo creato dall'art. 117 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.

Quando dicevo che il problema va guardato con occhi nuovi intendevo dire proprio che bisogna fare i conti con la nuova realtà giuridica che, rispetto al passato, pone una norma, non limitata ad una procedura e alla durata della stessa, tanto che è collocata tra i principi di carattere processuale, ma di carattere generale 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; e, non a caso, nella liquidazione giudiziale, come già detto, è stata dettata una norma espressa per sancire il divieto delle azioni esecutive e cautelari dopo l'apertura della procedura, che sarebbe inutile se fosse implicito nel sistema che il blocco di tali azioni vale solo per la fase istruttoria o delle trattative¹¹.

Questa considerazione mi induce a ritenere che la regola della durata annuale sia di carattere generale e insuperabile se non da espressa norma di contrario senso, per cui, decorso questo spazio temporale e in mancanza di una disposizione specifica che disponga nel concordato, come l'art. 150 nella liquidazione giudiziale, il divieto delle azioni esecutive dalla omologa in poi, i creditori dovrebbero riprendere la loro libertà di agire in via esecutiva, sia che la scadenza sia anteriore che successiva all'omologa.

¹¹ Del resto, solo se si interpreta l'art. 150 come dettato allo scopo di contenere il limite annuale si può evitare di dire che la salvezza di diverse disposizioni di legge, in esso contenute, con contempra anche la norma dell'art. 8 della durata annuale delle misure protettive, che porterebbe alla situazione per cui si avrebbe una liquidazione giudiziale in cui, decorso un anno dalla proposizione della domanda iniziale, i creditori sarebbero liberi di aggredire il patrimonio del debitore anche se è stata aperta la procedura.

E' stato anticipato da qualche Autore¹² che, in futuro, per superare al limite della durata annuale del blocco delle azioni esecutive, si dovrà fare 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'omologazione o della esecuzione. Io non credo che tali strumenti siano efficienti. Invero, seppur tra le misure cautelari si possono includere interventi che in qualche modo servono a bloccare iniziative esecutive di creditori, è chiaro che queste non possono essere utilizzati una volta scaduto l'anno, in quanto in violazione del termine improrogabile fissato dalla legge. Sarebbero possibili altri strumenti limitativi del patrimonio del debitore, ma, qualunque intervento si immagini, non credo che questo potrebbe essere opposto ad un pignoramento precedentemente eseguito, eventualmente trascritto, a cui il creditore non ha potuto dare seguito per la durata di un anno a seguito della domanda concordataria, ma che permane e riprende a produrre tutti i suoi effetti quando il divieto viene meno.

Per evitare il rischio che, una volta scaduti gli effetti delle misure protettive al termine dell'anno, neanche la omologazione possa costituire un freno alla libertà dei creditori di reagire come credono, a mio avviso l'unica via è quella di un intervento legislativo, se non altro per eliminare incertezze in una materia come questa che ha bisogno di chiarezza; il debitore come i creditori devono avere la ragionevole sicurezza che dopo l'omologazione opera ancora o non opera più il divieto delle azioni esecutive. Una norma, quindi, che, ferma restando la limitazione annuale della durata delle misure protettive, disponga che dal momento in cui la sentenza (perché in futuro l'omologazione sarà data con sentenza) di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo 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 giudiziale.

Come in quest'ultimo caso la norma sfugge al limite della durata massima posta dalla Direttiva europea per la necessità di limitare la libertà di azione dei terzi solo nella fase antecedente

¹² M. Fabiani, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in corso di pubblicazione su *Foro it.* 2019; V. Lenoci V., *Le misure cautelari e protettive nella riforma concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, 2018.

alla decisione che apre la procedura, dovendo poi la fase esecutiva essere retta dalle regole del concorso, eguale discorso potrebbe farsi anche per 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, passa, dopo l'omologa, nella fase esecutiva. E' vero che dalla Direttiva emerge l'indicazione che gli Stati membri potrebbero prevedere una permanenza indefinita una volta che il debitore diventi insolvente ai sensi della legislazione nazionale, ma è altrettanto vero che non è necessaria una espressa statuizione di accertamento dell'insolvenza essendo sufficiente che la procedura abbia quale scopo istituzionale anche la regolamentazione dell'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale, come sarà per il futuro concordato

Inoltre, una specifica soluzione normativa del genere servirebbe anche a meglio coordinare gli effetti dell'inadempimento del debitore in corso di esecuzione, indirizzando l'azione dei creditori colpiti verso la risoluzione del concordato o, comunque verso l'apertura della liquidazione giudiziale, piuttosto che verso l'esecuzione individuale.

Come è noto, oggi, all'inadempimento del debitore concordatario consegue il diritto del creditore di agire in via coattiva per il recupero del credito rimasto insoddisfatto o per la risoluzione. La tesi secondo cui i creditori concorsuali, a fronte dell'inadempimento, avrebbero potuto chiedere solo la risoluzione ex art. 186 l.fall., è stata superata dagli interventi della S. Corte che, nel 2017, hanno statuito che non vi sono preclusioni alla dichiarazione di fallimento di imprenditori con concordato preventivo omologato in caso di inadempimento di debiti già sussistenti alla data del ricorso per concordato, senza necessariamente passare per la risoluzione concordataria¹³; l'argomentazione di fondo della Corte è che, in tal caso, l'azione esperita dal creditore costituisce legittimo esercizio della propria autonoma iniziativa ex art. 6 l.fall., non condizionata dal precetto di cui all'art. 184 l.fall. e dunque a prescindere dalla risoluzione del concordato preventivo; la tesi contraria- spiega la Corte- appare priva di ogni supporto normativo in quanto poggia sull'equivoco per cui

¹³ Cass. 11 dicembre 2017, n. 29632, in www.fallimentiesocieta.it; Cass. 17 luglio 2017, n.17703, in www.ilcaso.it

alla scadenza annuale di cui all'art. 186 si associerebbe l'estinzione di ogni debito concordatario, quale effetto implicito del voto ratificato dall'omologazione da equipararsi ad una rinuncia ad ogni tutela giudiziale del credito stesso; “nè miglior sorte-aggiunge- può conseguire la tesi mediana che assegni ai creditori insoddisfatti la facoltà di promuovere azioni esecutive ma senza poter chiedere il fallimento, che delle prime è la naturale evoluzione concorsuale, potendosi osservare al riguardo che in tanto da tali soggetti è mantenuta un'azione esecutiva in quanto non è venuta meno innanzitutto la qualità di creditore”.

Si possono o non condividere queste considerazioni¹⁴, ma il messaggio che viene da queste decisioni è che, se è vero che con l'omologa si determina una modifica irreversibile dell'originario credito, che equivale all'obbligo per i creditori di dover accettare ciò che era stato loro promesso, e alle scadenze promesse, nell'impegno concordatario e come validato nel decreto di omologa, è anche vero che tale rideterminazione del credito non implica che l'inadempimento, che ciononostante si verifichi alla scadenza concordataria, faccia venire meno per tali soggetti la qualità di creditori, ridefinita in siffatto modo; qualità che, scissa dal condizionamento del precetto di cui all'art. 184 attuale, autorizza i creditori al legittimo esercizio delle proprie iniziative per il recupero del credito falcidiato, in via esecutiva individuale o collettiva, chiedendo la dichiarazione di fallimento.

Una norma del tipo di quella proposta consentirebbe di escludere, anche nel caso di inadempimento del debitore, l'azione esecutiva dei singoli creditori che, in futuro potranno rivolgersi al commissario per sollecitare la risoluzione del concordato o, se sopravvive l'indirizzo giurisprudenziale accennato, potranno chiedere direttamente l'apertura della procedura collettiva di liquidazione giudiziale; ossia consentirebbe di mantenere la patologia della procedura nell'ambito collettivo, come lo stesso nuovo legislatore dimostra di voler fare quando, al quarto comma dell'art. 118, dispone che il tribunale, qualora il commissario giudiziale rilevi che il debitore non sta provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta o ne sta ritardando il compimento, “può attribuire al commissa-

¹⁴ Contrari all'indirizzo della Cassazione, Trib. Pistoia 21 dicembre 2017 e Trib. Rovigo 7 dicembre 2017, in *www.ilfallimentarista.it*, 2017; Trib. Padova 30 marzo 2017, *ivi*; Trib. Ancona 25 febbraio 2015, in *Fallimento*, 2015;

rio giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti”, allo scopo appunto di salvare la procedura dalla inerzia del debitore.

Se una norma del genere non interverrà, sono ben conscio che la lettura da me fatta in precedenza è dirompenti perché finisce per eliminare l’istituto concordatario, specialmente quello con continuità su cui punta tanto l’attuale riforma, non essendo possibile immaginare un concordato 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. Questo indurrà evidentemente a trovare qualche altra soluzione interpretativa che arrivi al blocco delle azioni esecutive e cautelari anche dopo l’omologa e, pur nella convinzione della bontà della conclusione raggiunta, mi sembrerebbe allo scopo più percorribile, piuttosto che la strada della difesa ad oltranza della vincolatività della omologa, quella dell’applicazione analogica al concordato dell’art. 150 per la multiforme utilizzabilità che la legge consente dello strumento concordatario, nonostante le difficoltà che proprio tale varietà di situazioni di fondo propone.

L’introduzione da parte del legislatore di una disposizione analoga a quella di cui all’art. 150 a partire dalla omologazione, servirebbe, quanto meno, ad eliminare dubbi interpretativi che si riversano su snodi determinanti della procedura concordataria, senza attendere i tempi del consolidamento di una interpretazione giurisprudenziale, che probabilmente porterà alla stessa conclusione per la necessità mantenere in vita l’istituto concordatario.

3- Le misure cautelari. Il primo comma dell’art. 54.

Il primo comma dell’art. 54 stabilisce che “Nel corso del procedimento per l’apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, su istanza di parte, il tribunale può 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 o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti”.

Le misure cautelari contemplate da questa norma sono analoghe a quelle già previste dal comma ottavo dell'art.15 dell'attuale legge fall., con la rilevante differenza che esse- ora previste solo nella istruttoria prefallimentare- possono, in linea con l'unitarietà del procedimento per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, essere disposte, oltre che nella fase istruttoria per l'apertura della liquidazione giudiziale, anche nel corso della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione.

Tali provvedimenti- dice infatti la norma- sono diretti 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 aperti con il ricorso ex art. 40, per cui possono essere emessi non solo nella fase istruttoria per l'apertura di un concordato, ma per l'intera durata dello stesso, fino all'omologa, sebbene, come già accennato, le esigenze conservative del patrimonio aziendale in vista dell'attuazione effettiva del programma concordatario sono già assicurate dallo spossessamento attenuato che subisce il debitore fin dalla proposizione della domanda.

Questo spiega perché, a differenza di quanto previsto dall'attuale comma ottavo dell'art. 15 l.fall., non vi sia alcuna norma di collegamento tra la durata delle misure cautelari e la procedura sottostante; evidentemente il legislatore ha ritenuto che, essendo le prime 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”, le misure cautelari esauriscano la loro funzione con l'emanazione di detti provvedimenti cui erano strumentalmente collegati.

Questa ansia di armonia sistematica, come l'ha chiamata Ambrosini¹⁵, se da un lato risponde ad utili e apprezzabili esigenze

¹⁵ S. Ambrosini, *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, in www.osservatorio-oci.org, settembre 2018, pag. 11.

di semplificazione normativa, dall'altro frammenta la disciplina processuale degli istituti rendendone complessa la ricostruzione; ed un esempio è dato proprio nella materia in esame, ove l'applicazione di rimedi identici a situazioni diverse non poteva che sfociare in una normativa confusa.

Invero, quanto alla durata, ha un senso che le misure cautelari non possano essere richieste e quelle date vengano meno con l'apertura della liquidazione giudiziale perché da quel momento il patrimonio del debitore passa nella disponibilità del curatore; nel concordato, invece, le stesse misure possono essere chieste nel corso della procedura fino all'omologa, quando comunque vi è un controllo sull'attività del debitore, e cessano dopo tale evento che apre una fase in cui la vigilanza, specie in un concordato in continuità, è sicuramente meno intensa.

Più in generale, nella fase dell'istruttoria per l'apertura della liquidazione giudiziale si può giustificare, come oggi nella fase prefallimentare, 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.

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.

Questa norma diventa, invece carica di pericolose implicazioni quando il debitore presenta una domanda di concordato, con riserva o pieno, in particolare se in continuità, o di omologa di ristrutturazione dei debiti perché, qui, vi è un soggetto che se aveva da fare atti dispositivi del suo patrimonio in danno dei creditori o comunque operazioni pregiudizievoli per costoro, le ha già poste in essere prima di rivolgersi al giudice; in questo momento 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 al giudice, in primo luogo, di intervenire sulle scelte strategiche dell'imprenditore e, tanto meno, di emettere misure che possono portare anche alla estraneazione del debitore dalla conduzione dell'impresa, ma, principalmente, non si può consentire che egli decida secondo criteri così 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.; il tutto su istanza di parte, non meglio definita.

Precisazione, quest'ultima che tradisce l'intento di fondo del legislatore di relegare le misure cautelari nell'ambito della istruttoria per l'apertura della liquidazione giudiziale, dato che in quella concordataria, escluso che sia il debitore che ha presentato domanda di concordato a chiedere una misura cautelare contro se stesso, dovrebbero essere il P.M. o i creditori o lo stesso commissario ad essere legittimati a chiedere tali misure, ma costoro non sono parti.

Di conseguenza- eliminati dal novero dei legittimati il P.M. e il commissario- una domanda di misure cautelari potrebbe provenire dai creditori, ma solo quando essi siano già parti per aver presentato, nel procedimento avviato dal debitore per l'accesso al concordato o all'omologa degli accordi, domanda di apertura della liquidazione giudiziale; tuttavia, la priorità fortemente ribadita nel nuovo testo della trattazione delle procedure di regolamentazione della crisi dovrebbe escludere anche una tale evenienza. Il secondo comma dell'art. 7, infatti, stabilisce che "Nel caso di proposizione di più domande, il tribunale tratta in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata,...", sicchè, va prima esaminata la domanda di concordato e nello svolgimento di tale attività non si possono emettere misure cautelari su richiesta del creditore istante della liquidazione giudiziale, che può essere esaminata solo nel caso di esito negativo del giudizio sulla domanda di concordato.

Non può, inoltre, tacersi del pericolo del meccanismo introdotto, che sta nel fatto che il debitore, a fronte di una prospettiva di una invasione del giudice, tanto pervasiva negli effetti quanto

indefinita nei contenuti, che potrebbe arrivare fino alla sua estromissione dalla gestione dell'azienda, è sicuramente scoraggiato ad accedere agli strumenti concordati di soluzione della crisi, che invece si vogliono privilegiare.

Un intervento così invasivo è concepibile nel corso della esecuzione del concordato proposto dal debitore, cui sembra applicabile il quarto comma dell'art. 118 CCI (ipotesi non contemplata dall'art. 185 attuale) in quanto si tratta di sopperire all'inerzia del debitore attraverso la sostituzione a lui del commissario per il compimento degli atti a questo richiesti, salvaguardando così il concordato ed evitando che l'inadempienza si traduca in una causa di risoluzione; si giustifica, altresì, nel caso delle proposte alternative per fronteggiare l'inerzia o addirittura l'ostruzionismo del debitore alla attuazione della proposta altrui (art. 118, comma quinto, che amplia la portata dell'attuale art. 185 l. fall.), ma non può essere permesso in via interinale in vista dell'apertura della procedura o nel corso della stessa, quando l'attività del debitore si svolge già sotto la vigilanza del commissario ed è sancita la inefficacia degli atti di maggior rilievo non debitamente autorizzati.

Quanto al contenuto, la formulazione della norma, che evoca il disposto dell'art. 700 c.p.c., consente, ovviamente, l'emissione di misure "tipiche", come il sequestro conservativo o giudiziario, tanto più che la stessa norma espressamente cita quella di nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio del debitore, sulla falsariga, appunto, del sequestro giudiziario di cui all'art. 670 c.p.c., ma anche misure atipiche; pertanto, nonostante la eliminazione dell'alternativa conservativa (come nell'attuale art. 15, co. 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 è, quindi, 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 ad adottare i provvedimenti “che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza...”.

Non è questa la sede per entrare nel merito della relazione di strumentalità che deve legare la misura cautelare alla successiva sentenza, ma a me pare che all'ampiezza del potere del giudice di congegnare la misura più adatta alle esigenze del caso debba 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 una potenziale disgregazione aziendale o patrimoniale dell'imprenditore. Non dovrebbero, quindi, essere compresi quei provvedimenti estranei a questo scopo - quali quelli diretti ad ottenere un rimedio cautelare per anticipare gli effetti di un'eventuale azione revocatoria fallimentare per pagamenti con mezzi anormali, o quelli diretti ad anticipare gli effetti connessi alla instaurazione di procedure concorsuali diverse come quella di concordato preventivo - nè quelli che possono determinare una regolamentazione di interessi in via definitiva ed irreversibile, come tali non modificabili né revocabili successivamente dal giudice del processo a cognizione piena. Confermerei, invece, come già oggi è riconosciuto¹⁶, 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 secondo comma dello stesso art. 54 in modo parzialmente diverso da quelle cautelari.

L'espressa previsione della nomina di un custode dell'azienda e del patrimonio del debitore, porta ad escludere, anche perché non strumentale alla procedura, la nomina di un amministratore giudiziario vero e proprio, il quale sostituisca in tutto e per tutto l'organo amministrativo, diversamente da

¹⁶ Cfr. Trib. Terni 3 marzo 2011 in *Fallimento* 2011, 852.

quanto prevede l'articolo 2409 c.c., come spiegato dalla nostra coordinatrice nelle note introduttive.

Da questo primo approccio al tema si possono così riassumere le caratteristiche delle misure cautelari di cui al primo comma dell'art. 54:

a-sono improntate alla più ampia atipicità e comprendono anche l'inibizione al proseguimento delle azioni esecutive e cautelari;

b-possono essere emesse in qualunque procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, con l'unico limite che non può essere disposta l'inibizione al proseguimento delle azioni esecutive e cautelari allorquando la liquidazione è chiesta dallo stesso debitore, dovendo, in tal caso, questi chiedere direttamente il blocco di tali azioni;

c-vanno disposte dal giudice su istanza di parte;

d-possono essere disposte nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale (fino, quindi, alla sentenza dichiarativa) o nell'intero corso della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, fino all'omologa;

e-non hanno limitazione di durata, ma comunque dovrebbero cessare con l'apertura della liquidazione giudiziale e con l'omologa del concordato o degli accordi di ristrutturazione.

4- Le misure protettive

4.1-Il secondo comma dell'art. 54.

Il secondo comma dell'art. 54 prevede 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. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano”.

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 oggi, non è sufficiente per la produzione di tale effetto la pubblicazione della domanda essendo necessaria l'apposita richiesta del debitore in tal senso; 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.

Questa affermazione si pone in immediato contrasto con la già ricordata previsione di cui alla lett. p) dell'art. 2 che, nel dare la definizione delle misure protettive le individua in quelle "misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare ..."; in realtà le misure protettive, o almeno quelle di maggiore importanza consistenti nel divieto delle azioni esecutive e cautelari, non sono disposte dal giudice, ma, come precisa l'art. 54, derivano dalla data della pubblicazione della domanda per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui all'art. 40, sempre che in tale domanda il debitore ne abbia fatta richiesta. Ed infatti, il terzo comma 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.

Di contro, il nuovo legislatore, quando ha ritenuto necessario una preventiva valutazione del giudice, lo ha detto espressamente, come nel primo comma dell'art. 54, per il quale "... su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari", nel mentre, quanto alle misure protettive manca qualsiasi riferimento al giudice o al procedimento che questi dovrebbe seguire per decidere su tali misure; peraltro, 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. 55¹⁷.

¹⁷ Egualmente nella procedura di composizione assistita della crisi, l'art. 20, co. 1, dispone che "il debitore che ha presentato istanza per la soluzione concordata della crisi

Differenza tra funzionamento delle misure cautelari e quelle protettive ben evidenziato nella Relazione accompagnatoria lì dove si afferma che “Gli effetti protettivi, diversamente da quanto avviene per le misure cautelari, si producono, sempre che il debitore ne abbia fatto richiesta, dalla data della pubblicazione della domanda di accesso nel registro delle imprese. Tuttavia, è escluso ogni automatismo prolungato, giacché, come previsto dall’art. 55, le misure protettive dovranno essere espressamente confermate dal tribunale con proprio decreto, nel termine di trenta giorni dall’iscrizione della domanda nel registro delle imprese”. Ossia la stessa relazione 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 primo comma dell’art. 54, si sottolinea, “si producono, sempre che il debitore ne abbia fatto richiesta, dalla data della pubblicazione della domanda di accesso nel registro delle imprese”.

E’ chiaro che vi è un contrasto tra la norma definitoria di cui alla lett. p) dell’art. 2, che richiede un provvedimento del giudice e quella di cui al secondo comma dell’art. 54, che fa scattare il divieto dalla pubblicazione della domanda, probabilmente dovuto, questa come altre disarmonie che vedremo, al fatto che nell’originario testo del CCI, risalente al dicembre 2017, era effettivamente previsto dall’art. 58 (corrispondente al successivo art. 54 di cui si sta discutendo) che nei procedimenti di liquidazione giudiziale, di concordato e di ristrutturazione dei debiti fosse il tribunale a disporre il divieto di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e dell’impresa e ad indicare contestualmente la durata. Quando è stato modificato questo sistema, evidentemente non sono state apportate tutte le modifiche necessarie alle varie norme che a quel sistema si richiamavano.

Rimane comunque il fatto che anche la Direttiva europea richiede che le misure protettive passino attraverso il vaglio del

può chiedere alla sezione specializzata in materia di imprese le misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso” e il tribunale, a norma del comma 2, prima di decidere “può sentire i soggetti che abbiano effettuato la segnalazione o il presidente del collegio di cui all’articolo 17”; indicazioni molto chiare nell’attribuire al tribunale delle imprese il compito di emettere le misure protettive per la soluzione concordata della crisi, ma che mancano nelle altre procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza di cui all’art. 40, in cui, anzi, vi sono disposizioni di segno diverso.

giudice, ma di questo aspetto si parlerà in seguito trattando della procedura; per ora, continuando l'esegesi del secondo comma dell'art. 54, dalla lettura della norma emerge:

a-che la richiesta di sospensione della azioni esecutive non può essere presentata in qualsiasi momento, ma deve essere contenuta nella domanda di cui all'art. 40, che è quella di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza; ed, infatti, è il ricorso che contiene questa domanda che - sia essa di accesso ad una delle procedure di concordato, con riserva o pieno, di omologa di accordi di ristrutturazione o di apertura della liquidazione giudiziale - va pubblicata nel registro delle imprese entro il giorno seguente alla comunicazione del cancelliere, con la menzione della richiesta di misure protettive;

b-che la richiesta del blocco delle azioni esecutive e cautelari deve provenire dal debitore e tanto dimostra, come già accennato, che queste misure - sebbene istituzionalmente ammesse in tutte le procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza - possono trovare applicazione nel concordato, con riserva o pieno, e nella ristrutturazione dei debiti in quanto procedure proponibili solo su domanda del debitore, ma non in tutte le liquidazioni giudiziali, bensì soltanto in quelle nate dall'iniziativa del debitore medesimo, essendo del tutto evidente che la domanda di apertura della liquidazione giudiziale proposta da un creditore, dal P.M. o da altri legittimati non può contenere una dichiarazione del debitore¹⁸.

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.

¹⁸ E questa ovvia considerazione costituisce una (ulteriore) conferma che le misure cautelari di cui al primo comma dell'art. 54, allorquando la liquidazione è chiesta da un creditore, dal PM o da altro legittimato possono 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. In sostanza, avendo il legislatore inteso condizionare il blocco delle azioni esecutive, sia nel concordato che nella ristrutturazione dei debiti che nella liquidazione giudiziale, alla richiesta del debitore, poiché questa può essere contenuta solo nei ricorsi presentati dallo stesso debitore, nei casi in cui il ricorso può provenire da altri, il legislatore doveva necessariamente dare ampio spazio alla cautela atipica per realizzare lo stesso effetto non essendo concepibile che domande di apertura della liquidazione giudiziale producano effetti diversi a seconda di chi la propone.

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, per il quale, appunto era il tribunale che disponeva il divieto di azioni esecutive e cautelari “su richiesta del debitore o di coloro che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa o dei creditori...”; 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 genere.

E' chiaro, pertanto, che la richiesta di sospensione delle azioni esecutive e cautelari finirà per diventare una clausola di stile nel concordato. E tanto evidenzia, almeno nel concordato, non solo la inutilità di una disposizione che imponga la richiesta del debitore per produrre l'effetto sospensivo, ma la dannosità della stessa perché, nell'ipotesi che il debitore concordatario si dimentichi di inserire la richiesta sospensiva nella domanda di concordato, è evidente che, non potendo questi ripetere una tale richiesta successivamente perché per il secondo comma dell'art. 54 questa deve essere contenuta “nella domanda di cui all'articolo 40” che è quella che va pubblicata, il concordato non potrà avere un futuro se vi sono dei creditori che possono continuare ad aggredire i beni destinati alla realizzazione dello causa concreta del concordato e si costringe il debitore a rinunciare alla domanda per formularne una nuova, completa della inutile richiesta di sospensione.

Negli accordi di ristrutturazione la richiesta del debitore 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”. Ma è evidente che questa ipotesi poteva essere risolta con una disposizione specifica alla fattispecie; posta, invece, la richiesta del debitore nella domanda iniziale come requisito indispensabile per la produzione del divieto

delle azioni esecutive, si produce l'effetto di escludere dall'automatico blocco le procedure di liquidazioni giudiziali che muovono dalla iniziativa dei creditori o del P.M. (costringendo in questi casi a far rientrare sotto forma di misure cautelari l'inibizione degli effetti delle iniziative esecutive in corso) e di rendere superflua la richiesta nel concordato.

4.2-Il quinto comma dell'art. 54

Presentata la domanda contenente la richiesta di sospensione delle azioni esecutive e cautelari, a norma del comma quinto dell'art. 54, "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".

Questa disposizione genera più di qualche interrogativo, alimentati dall'approssimazione con cui la norma è scritta, e cioè:

a-Perché mentre l'udienza entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della domanda è fissata dal presidente del tribunale o dal presidente della sezione cui è assegnata - secondo l'ordine interno a ciascun ufficio - la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, la facoltà di fissare la stessa udienza oltre il termine indicato e comunque entro il termine massimo di quarantacinque giorni è attribuita al solo presidente del tribunale?

Io non trovo alcuna ragione di questa differenziazione, se non una distrazione.

b- Qual è l'organo che decide? Nell'ultimo periodo del comma citato si dice solo che "All'esito dell'udienza, provvede, senza indugio, con decreto motivato, fissando la durata delle misure", ma manca il soggetto che regge il verbo "provvede". Il soggetto dovrebbe ricavarsi dai periodi precedenti e, quindi, dovrebbe essere il presidente del tribunale o il presidente della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, che, sentite le parti, provvede, ma, poiché, a norma del primo comma dell'art. 40 (richiamato

dall'art. 54) “il procedimento per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale”, potrebbe anche legittimamente opinarsi che il presidente (del tribunale o di sezione) debba fissare l'udienza avanti al collegio oppure avanti a sé per poi riferire al collegio che decide.

Certo questo passaggio non è esplicitato, ma non è detto neanche che il capo dell'ufficio giudiziario o della sezione possa delegare tale compito ad un giudice che se ne occupi, come invece si prevede nell'art. 55, per cui si dovrebbe presumere, ad esempio, che il presidente del tribunale, anche di grandi dimensioni, sia l'unico soggetto che possa fissare l'udienza entro 45 giorni e provvedere nella materia de qua.

Il fatto è che l'approssimazione del testo normativo lascia aperta ogni ipotesi interpretativa.

c-Qual è lo scopo di detta udienza? La norma dispone semplicemente che il presidente del tribunale o il presidente di sezione fissa l'udienza, ma non è detto per fare cosa. Presumibilmente per sentire chi ha fatto la richiesta di misure protettive che, potendo essere, per quanto detto, solo il debitore che chiede di accedere ad una procedura di regolamentazione della crisi o dell'insolvenza, non si vede cosa abbia da dire; ad ogni modo, nulla è previsto a proposito di detta udienza, né sono indicate eventuali comunicazioni al debitore istante o ad eventuali altri interessati (tra i quali si potrebbe catalogare il P.M.), né il termine per effettuarle, per cui non si sa come costoro possano venire a conoscenza dell'udienza fissata.

Tanto fa dubitare che lo scopo di detta udienza sia quello di sentire le “parti”, ma se non è così resta da capire perché la norma preveda la fissazione di una udienza.

d-Qual è il contenuto della decisione? Anche sul punto l'incertezza regna sovrana perché l'unico dato esplicitato è la fissazione della durata delle misure protettive. Per la verità, il fatto che la norma si esprima affermando che l'organo che decide provvede con decreto motivato, fissando la durata delle misure, potrebbe indurre a pensare che quello della determinazione della durata sia solo uno dei provvedimenti che può emettere il giudice, ma, se si esclude questo aspetto, non si vedono altri provvedimenti che, in questa fase, il giudice potrebbe emettere. Non

può trattarsi, infatti, di un provvedimento che disponga la sospensione delle azioni esecutive o cautelari perché tale effetto, come visto, discende automaticamente dalla pubblicazione della domanda introduttiva, in forza della previsione del comma secondo dell'art. 54; nè può trattarsi di una conferma o revoca di tali misure perché allo scopo è predisposto un apposito procedimento di cui tratta l'art. 55; né, infine, può trattarsi di un intervento sulla valutazione nel merito delle misure protettive per la mancanza di qualsiasi sostegno normativo in tal senso e per la già accennata previsione di un apposito procedimento di conferma o revoca di dette misure, affidato ad altro giudice e regolamentato dal successivo art. 55, sul quale l'intervento di cui si discute verrebbe a sovrapporsi.

E' chiaro, quindi, che lo scopo di detto intervento è stabilire la durata degli effetti delle misure protettive, che si spiega con la temporaneità delle stesse, di cui si è fatto cenno. Ma se è così, come tutto lascia intendere, sorge spontanea un'altra domanda.

e-Perché è richiesto questo intervento, finalizzato alla sola indicazione della durata delle misure protettive? Esaminando, infatti il successivo art. 55 sul procedimento, su cui si tornerà, si vede che il giudice incaricato dal presidente del tribunale o di sezione deve poi confermare o revocare con decreto "le misure protettive, stabilendone la durata, entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese".

Pertanto, a norma del quinto comma dell'art. 54, il presidente del tribunale o di sezione "fissa con decreto l'udienza entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della domanda", all'esito della quale, provvede, senza indugio, con decreto motivato, a fissare la durata delle misure, in attesa, presumibilmente che le stesse vengano confermate o revocate; tuttavia, a norma del terzo comma dell'art. 55, la conferma o la revoca deve intervenire sempre "entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese" (che dovrebbe avvenire il giorno successivo al deposito). Anzi, poiché l'udienza di cui al quinto comma dell'art. 54 potrebbe essere fissata anche nel termine di 45 giorni dal deposito della domanda, il provvedimento di conferma o revoca potrebbe, o meglio, dovrebbe intervenire prima di tale termine.

In sostanza, una volta disposto che la conferma o la revoca delle misure protettive deve intervenire nel breve tempo di 30

giorni dalla pubblicazione della domanda e che con questo provvedimento, ovviamente in caso di conferma, il giudice fissa la durata delle misure stesse, diventa del tutto superflua la previsione che attribuisce al presidente del tribunale o di sezione di fissare, entro lo stesso periodo, una udienza per stabilire la durata delle misure protettive.

f-Quali sono le conseguenze se il giudice all'esito dell'udienza, non provvede "senza indugio"? Questa precisazione sul tempo della decisione è intervenuta nell'ultima stesura della norma in quanto nelle prime due versioni non era previsto alcun termine e in quella del novembre del 2018 era detto che il decreto doveva essere depositato entro i dieci giorni successivi all'udienza, cui seguiva la sanzione secondo cui "Se l'udienza e il deposito del decreto non intervengono nei termini prescritti cessano gli effetti protettivi prodottisi a norma del comma 2."

Nella versione definitiva attuale, il termine fisso per il deposito del decreto è stato sostituito con un termine che, seppur fa capire che il provvedimento debba essere emesso in tempi brevi, dà al giudice un margine di flessibilità, che indubbiamente introduce un elemento ulteriore di incertezza. Inoltre è sparita la parte sanzionatoria, per cui non è più precisato cosa accade se il presidente del tribunale o di sezione non fissa l'udienza o non emette il decreto senza indugio. Probabilmente nulla per quanto si è detto in precedenza circa la sostanziale inutilità della disposizione in esame, ma rimane il fatto che la norma esiste e la soppressione delle parte di essa che sanciva la cessazione degli effetti protettivi qualora l'udienza e il deposito del decreto non fossero intervenuti nei termini prescritti induce a ritenere che le misure protettive, in quanto operanti automaticamente se il debitore ne ha fatta richiesta, continuano a produrre i loro effetti fino alla revoca, di cui parla l'art. 55, o fino alla scadenza annuale; opinione espressa anche dalla Commissione Senato che aveva suggerito la eliminazione di detta disposizione perché "senza tale soppressione si reputa che il creditore rimanga senza protezione e il magistrato non può essere passibile di alcuna procedura di responsabilità per non aver fissato nei termini l'udienza".

Al di là di queste incongruenze, rimane da chiedersi per quale ragione il legislatore abbia lasciato questa norma di cui al quinto comma dell'art. 54, del tutto superflua.

Io non riesco a trovarla, né è di aiuto la Relazione accompagnatoria al Codice che implicitamente condivide la irrilevanza di questo intervento interlocutorio del presidente del tribunale o di sezione, tanto che sul punto si limita a riportare il testo normativo, nel mentre dà il dovuto rilievo al procedimento di conferma o revoca, lì dove si chiarisce che il protrarsi degli effetti delle misure protettive “è condizionato alla loro conferma entro trenta giorni di tempo dall’iscrizione della domanda nel registro delle imprese”.

Peraltro, ad ulteriore riscontro della importanza data al procedimento di conferma o revoca delle misure protettive a scapito di questo intervento interlocutorio del presidente del tribunale o di sezione, sta anche il fatto che nell’ultima versione del CCI la frase, che nella precedente versione del novembre 2018, a chiusura del quinto comma dell’art. 54 stabiliva che “Se l’udienza e il deposito del decreto non intervengono nei termini prescritti cessano gli effetti protettivi prodottisi a norma del comma 2”, è stata spostata, con qualche adattamento, alla fine del terzo comma dell’art. 55 e riferita, quindi, alla mancato deposito in termini del decreto di conferma o revoca delle misure protettive all’esito dell’apposito procedimento (e di questo si parlerà trattando del procedimento).

Volendo azzardare una ipotesi sulla presenza di questo inutile quinto comma dell’art. 54, credo che il legislatore sia incorso in un infortunio, nato dall’originario testo del CCI. Qui, come già detto, il secondo comma dell’art. 58 prevedeva che nei procedimenti di liquidazione giudiziale, di concordato e di ristrutturazione dei debiti fosse il tribunale a disporre il divieto di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e dell’impresa e ad indicarne contestualmente la durata. Probabilmente, anche qui, eliminato il potere iniziale del tribunale di intervenire sulla concessione del divieto delle azioni esecutive nelle procedure di composizione della crisi e dell’insolvenza, il legislatore ha ritenuto opportuno mantenere l’intervento del presidente del tribunale, di sezione o dello stesso tribunale per fissarne la durata, senza rendersi conto delle implicazioni che una formula del genere, trasposta in un comma autonomo e inserita nel modificato sistema di semi automatismo che contempla un procedimento di conferma o revoca, avrebbe comportato.

Altra spiegazione della presenza della norma di cui al quinto comma dell'art. 54 potrebbe essere quella attribuire al legislatore l'intenzione di generalizzare il sistema attualmente vigente per gli accordi di ristrutturazione anticipati, ove, seppur l'effetto della sospensione si verifica immediatamente dal momento della pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, è poi richiesto un provvedimento del tribunale che, sentito i creditori e verificata l'esistenza dei presupposti per pervenire all'accordo di ristrutturazione, "dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive", assegnando un termine non superiore a sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione del professionista.

Potrebbe essere, ma se così fosse vorrebbe dire che il legislatore ha dimenticato, da un lato, che la moratoria di cui al sesto comma dell'art. 182-*bis* richiede un accordo già in fase di definizione¹⁹, nel mentre la disposizione di cui al quinto comma dell'art. 54 riguarda tutte le procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, compreso il concordato con riserva che, per definizione, non contiene ancora la proposta e il piano, e dall'altro, che ha contestualmente predisposto un procedimento per la conferma e revoca delle misure protettive inconciliabile con questo sub procedimento.

Infine ultima ipotesi che mi viene in mente è che il legislatore abbia inteso confinare la fattispecie di cui al quinto comma dell'art. 54 nell'ambito della procedura di composizione assistita della crisi, posto che il comma in esame segue il quarto, ove si dice che quando le misure protettive sono richieste ai sensi dell'articolo 20 dal debitore che ha presentato l'istanza di composizione assistita della crisi o sia stato convocato dall'OCRI, la domanda, su istanza del debitore, può essere pubblicata nel registro delle imprese. Tuttavia, proprio la collocazione della

¹⁹ B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Riv. dottori comm.* 2011, 815, ove l'Autore, dopo ampia disamina, conclude che "l'utilità del ricorso ad una siffatta procedura di moratoria preventiva non può essere riferita alla fase di trattative, in cui il debitore sta elaborando o sta costruendo oppure sta discutendo un testo di proposta sul quale ottenere l'adesione dei creditori.... Il ricorso alla moratoria preventiva appare praticabile nel momento in cui: a) il debitore si trova in una fase di trattative con i creditori che rappresentano il sessanta per cento dei crediti, nella quale il testo della proposta deve essere considerato definitivo; b) il debitore abbia fondate ragioni per ritenere che tali trattative si concludano positivamente con la conclusione dell'accordo, attraverso l'adesione alla proposta di creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti ed il professionista rilasci nello stesso termine, la relazione di cui al primo comma dell'articolo in parola".

norma in esame in apposito comma, senza alcun collegamento lessicale con il precedente, induce a ritenere che questa fase interinale non può che essere riferita alle procedure di cui all'art. 40, espressamente richiamato dal secondo comma dell'art. 54, che sono appunto quelle della liquidazione giudiziale o di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione.

Ma, al di là della collocazione della norma in esame, è significativo il fatto che essa attribuisca il potere di fissare l'udienza e di emettere il decreto al presidente del tribunale o al presidente della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza; indicazione questa che fa intendere che sia stato preso in considerazione il tribunale ordinario, eventualmente diviso in sezioni, nel mentre, a norma dell'art. 20, il debitore, che chiede l'assistenza dell'OCRI per le trattative con i creditori, può richiedere misure protettive al tribunale individuato nella sezione specializzata in materia di crisi di impresa competente per territorio in ragione della sede dell'impresa, che provvede dopo aver eventualmente sentito a chiarimenti i soggetti che hanno effettuato la segnalazione e il presidente del collegio avanti al quale pende la procedura di composizione assistita; di conseguenza, la norma di cui al quinto comma dell'art. 54, se avesse preso in considerazione le misure di protezione richieste nella procedura di composizione assistita della crisi, avrebbe dovuto attribuire il potere di cui si discute al presidente della sezione specializzata e non al presidente del tribunale o al presidente di sezione.

Né è possibile una equiparazione tra questi organi giacchè le sezioni specializzate in materia di impresa sono investite di una peculiare competenza per materia e per territorio che si estende ad un bacino ben più ampio di quello del tribunale o della corte d'appello presso cui sono istituite; “esse, come ha ribadito anche di recente la S. Corte²⁰, pertanto, dispongono di una propria autonoma competenza, quale misura della giurisdizione, diversa e più ampia da quella dell'ufficio giudiziario presso cui sono istituite, essendo competenti, in parte, riguardo a controversie per le quali il tribunale e la corte d'appello di appartenenza non lo sarebbero”.

²⁰ Cass. 28 febbraio 2018, n. 4706, in *Foro it.* 2018, 9, I, 2770.

4.3-II sesto comma dell'art. 54

Nell'ultima versione del CCI è stato inserito, su suggerimento della Commissione Giustizia della Camera, un nuovo comma, il sesto, del seguente tenore: “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”.

L'intento dichiarato dalla Commissione suggeritrice 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”, e nella relazione accompagnatoria si dice che tale suggerimento è stato accolto perché “coerente con la possibilità, prevista dal comma 3, di ottenere misure protettive anche a seguito della presentazione di un ricorso in bianco”.

Orbene, al di là dell'improprietà della lessico normativo che qualifica come “disposte” misure protettive che operano automaticamente su richiesta di parte, dice bene la relazione quando afferma che la disposizione di cui al comma sesto è coerente con la previsione di cui al comma 3, giacché questo comma ripropone la fattispecie di cui all'attuale sesto comma dell'art. 182-bis l.fall., per il quale il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive, che scatta con il deposito nel registro delle imprese dell'accordo di ristrutturazione, può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo allegando la documentazione richiesta dalla norma. E, seppur manca nel nuovo codice una norma simile a quella di cui al comma ottavo dell'art. 182-bis²¹, si può dire che, con la disposizione di cui al sesto comma dell'art. 54, è stata implicitamente riconosciuta la possibilità che il debitore, ottenuto il termine per il deposito di una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione, presenti, alla scadenza, una domanda di concordato, essendo evidente che se la norma

²¹ Per il quale “A seguito del deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma. Se nel medesimo termine è depositata una domanda di concordato preventivo, si conservano gli effetti di cui ai commi sesto e settimo”.

dispone che, in tal caso, le misure protettive della prima procedura conservano efficacia nella seconda si dà per ammesso che possa avvenire il passaggio dall'una all'altra.

Detta norma, tuttavia, prevede solo il mantenimento delle misure protettive nel passaggio dagli accordi di ristrutturazione in bianco al concordato e non il passaggio inverso, né vi è nel Codice una norma simile a quella di cui all'attuale sesto comma 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".

Di conseguenza, mancando una norma che, a somiglianza dell'attuale comma sesto dell'art. 161, preveda che, alla scadenza del termine concesso su una domanda di concordato in bianco, il debitore possa presentare una domanda di omologa di accordo di ristrutturazione e mancando anche una norma che, a somiglianza di quella in esame di cui al sesto comma dell'art. 54, disponga che gli effetti delle misure protettive emesse nel corso del concordato in bianco si conservino anche nella procedura di ristrutturazione, bisogna dedurre che non è ammessa la sequenza preconcordato accordi di ristrutturazione e, quand'anche la si ammetta, non vi è una norma che conservi gli effetti protettivi prodotti nella prima procedura anche nella seconda.

Né questa carenza normativa può dirsi superata dalla disciplina unitaria dettata per l'accesso al concordato e all'omologa degli accordi di ristrutturazione. E' vero, infatti, che il giudice, ai sensi dell'art. 44 ultima versione CCI, può concedere un termine, compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile in presenza di alcune condizioni di non oltre sessanta giorni, "entro il quale il debitore deposita la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39, comma 1, oppure gli accordi di ristrutturazione dei debiti", ma questo non può essere interpretato nel senso che l'imprenditore possa presentare una domanda di concessione di termine in bianco, senza alcuna indicazione della procedura cui intende accedere, avendo poi la libertà, alla scadenza, di formulare sia una domanda di concordato pieno che di omologa di accordi di ristrutturazione. In primo luogo perché, se così fosse, sarebbe superflua la norma in esame di cui

al sesto comma dell'art. 54, ma principalmente perché alla domanda di concessione del termine deve necessariamente accompagnarsi la qualificazione della procedura cui la richiesta è finalizzata, se non altro perché il secondo comma dell'art. 40 prevede che il ricorso per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza “deve indicare l'ufficio giudiziario, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni ed è sottoscritto dal difensore munito di procura”. Peraltro diversi sono gli effetti; se lo scopo del debitore è presentare una proposta di concordato è sempre obbligatoria la nomina del commissario e un deposito quale fondo spese, nel mentre tale nomina è obbligatoria solo in presenza di istanze per la apertura della procedura di liquidazione giudiziale qualora il debitore intenda accedere alla ristrutturazione; diversi sono i documenti che il debitore deve presentare a seconda della procedura cui intende accedere, diversi gli obblighi derivanti, i poteri degli organi, e così via.

Se è così, la possibilità di passare da una procedura all'altra deve necessariamente essere prevista e disciplinata dalla legge (come attualmente fanno il sesto comma dell'art. 161 e l'ottavo comma dell'art. 182-*bis*); in mancanza, il debitore può proseguire soltanto lungo la strada inizialmente intrapresa, a meno che una norma, come quella del sesto comma dell'art. 54, disponendo che gli effetti delle misure protettive emesse nel corso della procedura di ristrutturazione in bianco si conservino anche nella procedura di concordato, non riconosca implicitamente questo passaggio.

4.4.L'ultimo comma dell'art. 54

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'articolo 3, paragrafo 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 creditori secondo la procedura concorsuale aperta presso lo Stato.

5-II procedimento.

5.1-Principi generali. Il primo e l'ultimo comma dell'art. 55

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;

b-le prime, nelle procedure di concordato e ristrutturazione dei debiti possono essere chieste fino all'omologa e nella liquidazione fino all'apertura della stessa, nel mentre le seconde soltanto con la domanda di accesso;

c-le prime non hanno limiti di durata nel mentre le seconde hanno una durata massima prefissata.

In comune esse hanno la fase introduttiva, che è quella prevista dal primo comma 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 sesto 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 decidere sulle 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, giacchè non vi è una norma che disponga che questi riferisca poi al collegio né una norma che riservi al tribunale in composizione collegiale la decisione sulla conferma o revoca delle misure protettive e cautelari.

A questo primo comma si collega l'ultimo, per il quale "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".

Il richiamo a tale norma fa capire che la possibilità per la corte di appello di emettere misure cautelari o protettive sussiste soltanto in caso di reclamo contro il provvedimento che rigetta la domanda di apertura della liquidazione giudiziale, nella cui fase istruttoria siano state "emesse" delle misure di tutela dei creditori, perché a questa specifica fattispecie si riferisce la norma richiamata. Poiché in questa fase, che oggi chiameremmo prefallimentare, le uniche misure che sono "emesse" dal giudice sono quelle cautelari, nella fase del reclamo avanti alla corte del decreto di rigetto della istanza di apertura di liquidazione giudiziale, soltanto le stesse misure possono essere emesse da tale organo.

Se ne deve dedurre che la previsione che anche i provvedimenti di cui al secondo comma dell'art. 54 (che, si ricorda, tratta delle misure protettive) possano essere "emessi" dalla corte di appello è chiaramente impropria perché, come si è detto più volte, le misure protettive di cui all'art. 54, comma 2, operano automaticamente, a seguito della semplice richiesta dell'interessato, per cui manca un provvedimento "di cui all'art. 54 comma 2" che possa essere emesso in primo o in secondo grado.

Peraltro, il blocco delle azioni esecutive e cautelare può scattare in questa fase prefallimentare solo se l'istanza di apertura risale alla iniziativa del debitore (dato che tale blocco, seppur automatico richiede l'istanza del debitore contenuta nella domanda iniziale) e sulla legittimazione del debitore all'impugnazione del decreto di rigetto permangono le vecchie perplessità perché, se è vero che l'art. 50 parla di reclamo proposto dal ricorrente - e non più dal creditore ricorrente, come l'attuale art. 22 - è altrettanto vero che è rimasto il divieto per il debitore di chiedere in separato giudizio la condanna del creditore istante alla rifusione delle spese ovvero al risarcimento del danno, da cui si deduceva, pur dopo alcuni interventi della Corte Costituzionale, la facoltà del debitore di impugnare il decreto di rigetto del tribunale solo relativamente alla parte in cui decideva di condanna del creditore alla rifusione delle spese e al risarcimento del danno. Ma a parte questi dubbi, rimane il fatto che

l'ipotesi in cui venga rigettata la domanda di apertura della liquidazione giudiziale presentata dallo stesso debitore è abbastanza marginale, ed ancor più lo è l'ipotesi che il debitore istante impugni il relativo decreto, insistendo per l'operatività delle misure protettive, quando è più semplice presentare una nuova istanza di apertura della liquidazione giudiziale.

Ad ogni modo il richiamo fatto dall'ult. comma dell'art. 55 all'art. 50, che riguarda il solo caso della impugnazione del provvedimento che respinge la domanda di apertura della liquidazione giudiziale, crea un vuoto che riguarda (non l'ipotesi inversa in cui sia accolta la domanda di apertura della liquidazione giudiziale, dato che, in tal caso, 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, ma) il caso di dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato, che non sia accompagnata da dichiarazione di fallimento.

Questo provvedimento è, nell'attuale legge fallimentare, definito "non soggetto a reclamo" dal secondo comma dell'art. 162 e conosciamo il contrasto giurisprudenziale sulla possibilità di impugnare tale decreto ai sensi del settimo comma dell'art. 111 Cost, risolto dall'intervento delle Sezioni unite del 2016²² nel senso della non impugnabilità, ma l'art. 47, co. 4, CCI, prevede che "Il decreto di cui al comma 3 (quello con cui il tribunale dichiara inammissibile la proposta) è reclamabile dinanzi alla corte di appello nel termine di quindici giorni dalla comunicazione....", ed è evidente che, anche in questo caso, potrebbe emergere l'opportunità di "emettere" misure protettive da parte della Corte o che, comunque, queste possano operare.

Al di fuori di questi casi in cui l'impugnazione del provvedimento di inammissibilità della domanda concordataria o 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- dovrebbero, nel silenzio della legge, essere 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, ma applicabile analogicamente a

²² Cass. sez. un. 28 dicembre 2016, n. 27073 in *Foro it.* 2017, 4, I, 1338.

tutti i provvedimenti indicati, anche se emessi in altre procedure, dato che, se non vado errato, non è stato riprodotto l'attuale art. 164 l.fall. che prevede il reclamo avverso i provvedimenti del giudice delegato emessi nel concordato.

5.2-La concessione delle misure cautelari. Art. 55 comma 2

Il procedimento per la concessione delle misure cautelari è mutuato dalla disciplina del codice processuale. Dispone, infatti, il secondo comma dell'art. 55 che "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"

Come si vede, la prima parte della norma riprende testualmente il primo comma 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, nè 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 secondo comma dell'art. 669-*sexies* c.p.c., 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 (primo comma 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. E’ chiaro che, in tal caso, il giudice accoglie o rigetta la domanda cautelare, presumibilmente con ordinanza, ma è altrettanto evidente che è il legislatore che dovrebbe dire quale possa o debba essere il comportamento del giudice.

Eppure, come detto, esisteva un modello dal quale il nuovo legislatore ha attinto a piene mani, per cui c’è solo da chiedersi perché non sia stata fatta una copia integrale dei primi due commi dell’art. 669-*sexies*, c.p.c..

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”.

Anche questa carenza non è spiegabile perché in un procedimento segnato dall’urgenza è logico prevedere 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, agli effetti della mancata notifica nel termine indicato, alle conseguenze in tal caso sul provvedimento cautelare emesso, ecc., per cui non è il caso di occuparsene in questa sede. Va, comunque, ricordato che secondo il prevalente orientamento, la mancata o tardiva notifica del decreto cautelare emesso inaudita altera parte ex art. 669-*sexies* comporta l’inefficacia della cautela, che può essere dichiarata anche d’ufficio, senza possibilità di concedere un termine per la rinnovazione della notifica; non vi è motivo per non estendere lo stesso principio nel campo concorsuale ove, peraltro, l’impatto è molto meno violento perché le misure emesse erano strumentali all’apertura di una procedura, nella quale, una volta aperta, la limitazione dei poteri del debitore e la presenza degli organi nominati rendono superflui i provvedimenti interinali .

5.3-Le misure protettive. Il terzo comma dell’art. 55

Si è già detto che alla quasi 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, non segue più 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 terzo dell’art. 55 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, entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese. Il decreto è trasmesso al registro delle imprese per l'iscrizione 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”.

Come si vede, il nuovo legislatore, che nella prima versione del CCI (cfr. art. 58 testo dicembre 2017) si era adeguato alla Direttiva comunitaria che subordina la produzione degli effetti protettivi ad una valutazione preventiva dell'autorità giudiziaria o amministrativa (art. 6), ha ritenuto di allontanarsi da questo schema eliminando il controllo preventivo e introducendo un procedimento di conferma o revoca delle misure protettive che operano (quasi) automaticamente.

Questa posticipazione della valutazione del giudice non creerebbe, a mio avviso, una difformità dalla disposizione comunitaria se la verifica del giudice, così come richiesta dall'art. 55, fosse corrispondente nei contenuti a quella voluta dalla Direttiva. Ma così non è.

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*, “laddove - come si legge nel considerando 19 - il debitore mostra una 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 o di sicurezza sociale, o laddove il crimine finanziario è stato commesso dall'imprenditore o dalla direzione corrente di un'azienda che dà motivo di credere che la maggioranza dei creditori non sosterrà l'inizio dei negoziati”.

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. 8, 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. 5, 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, 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' sintomatico il confronto tra l'attuale art. 182-*bis*, 1.fall. che, per il caso in cui le misure protettive vengano richieste dall'imprenditore nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, detta un meccanismo che in qualche modo si avvicina a quello attuale posto dagli artt. 54 e 55 CCI, nel senso che il blocco delle azioni esecutive e cautelari si attua automaticamente alla data della

pubblicazione della richiesta del debitore nel registro delle imprese, cui segue una decisione del giudice, equiparabile ad una conferma o revoca. Orbene, in questo caso, sia l'art. 182-*bis* l. fall. che il terzo comma dell'art. 54 CCI impongono che la domanda sia corredata, oltre che dalla documentazione prevista per la richiesta di omologazione dell'accordo, "da un'attestazione del professionista indipendente che attesta 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". A questo punto però, l'art. 182-*bis* richiede che il tribunale, una volta verificata la regolarità e completezza della documentazione allegata alla domanda, fissi una udienza e ne disponga la comunicazione ai creditori al fine di consentire loro di valutare la proposta di accordo e rendere eventualmente palese la volontà di negare la disponibilità a trattare e far emergere la eventuale esistenza di una diversa maggioranza dei creditori con i quali sono in corso trattative; all'esito di tale udienza il tribunale, come precisa il comma settimo dell'art. 182-*bis*, può disporre con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive solo ove abbia "riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare", ossia la norma demanda al tribunale una valutazione della corrispondenza del contenuto della relazione del professionista al tipo richiesto dal legislatore e della idoneità della proposta di accordo, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Il terzo comma dell'art. 55 del CCI si limita a dire, come emerge dal testo in precedenza riportato, che nel caso previsto all'articolo 54, comma 2 (in cui rientrano, ai sensi del comma terzo dell'art. 54, anche le misure richieste nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione), il giudice monocratico decide con decreto neanche motivato, 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 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.

C'è da chiedersi, infatti, per quali motivi il giudice potrebbe non confermare le misure protettive in corso. L'unica ipotesi che mi viene in mente è quella che la revoca sia conseguenza di una verifica che l'esercizio di azioni esecutive e cautelari non pregiudichi il raggiungimento degli scopi della procedura intrapresa, ma questo potere potrebbe assumere un significato concreto solo ove fosse ammessa la selezione delle azioni da sospendere o da mantenere, che non è consentito al giudice italiano.

In mancanza di questa possibilità, il procedimento confermativo o revocatorio diventa un esercizio inutile, in quanto la decisione finale è a senso unico obbligato, non potendosi concepire una procedura concorsuale in cui tutti i creditori che ne hanno titolo possano aggredire il patrimonio del debitore, a meno che la decisione non abbia carattere provvisorio in quanto finalizzata a proteggere il patrimonio del debitore dalle aggressioni dei creditori in attesa che si decida sulla sorte della procedura che, se aperta, contenga gli strumenti normativi per realizzare lo scopo cui è destinata.

Tanto accade nella liquidazione giudiziale, ove, una volta aperta la procedura, scatta automaticamente il blocco delle azioni esecutive e cautelari posto dall'art. 150, anche se il divieto iniziale non è stato ancora confermato, essendo possibile che la sentenza di accertamento dell'insolvenza arrivi prima della decisione sulla conferma o revoca delle misure protettive. Lì dove, invece, l'istruttoria prefallimentare 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 prefallimentare 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 secondo comma dell'art. 54 (alle quali si applica la procedura di cui al terzo comma 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 applicazione dell'art. 150. Diventa, pertanto, difficile, per non dire impossibile, ipotizzare che il giudice del riesame delle misure protettive le revochi giacchè la revoca ha senso solo ove si pensi che la 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.

La situazione diventa molto più critica nel concordato perché qui manca una norma simile a quella di cui all'art. 150 dettata per la liquidazione giudiziale, in quanto, come già ricordato, non è stata riprodotta la disposizione dell'attuale art. 168, né è rinvenibile altra norma che sposti tale divieto alla data della apertura del concordato pieno o dell'omologa, di modo che il provvedimento del giudice di conferma o revoca delle misure protettive è definitivo; e, se quello di conferma incontra il limite dell'anno, quello di revoca è destinato a valere per l'intera procedura, quanto meno fino all'omologa, ma anche oltre, ponendosi anche in questo caso il problema se (non la previsione di legge che fissa la durata massima della sospensione, ma) l'espreso provvedimento giudiziario di revoca del blocco delle azioni esecutive perda o non effetto a seguito dell'omologa. 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 anche dopo l'omologa - renderebbe la procedura concordataria improseguibile.

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 poi un tale sistema, come nella liquidazione giudiziale opera solo nella fase istruttoria prefallimentare, egualmente dovrebbe funzionare nel concordato in modo da 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.

Per la fase successiva dovrebbe, 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, essere reintrodotta una norma simile a quella di cui all'attuale art. 168 l.fall., con riferimento appunto dall'omologa, 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.

Negli accordi di ristrutturazione, il mantenimento del termine del pagamento dei creditori non aderenti già costituisce quel divieto di agire in via esecutiva per i creditori, che si propone di immettere, in termini generalizzati nel concordato omologato.

Per quanto riguarda la parte strettamente procedurale, questa è semplificata al massimo in quanto, come già accennato, 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 stabilendo, sempre lui, se è necessario assumere informazioni; di questa decisione anche le parti più direttamente interessate, come il debitore proponente il concordato, ne vengono a conoscenza dalla pubblicazione nel registro delle imprese, non essendo prevista alcuna comunicazione, tanto che anche il termine di dieci giorni per la impugnazione ai sensi dell'art. 124 inizia a decorrere per tutti dalla data della pubblicazione. Questo significa che il debitore proponente per i trenta giorni successivi alla pubblicazione della propria domanda nel registro delle imprese è costretto quotidianamente a consultare il registro delle imprese per controllare se le misure protettive che aveva chiesto con il ricorso siano state confermate o, peggio, revocate, avendo il ridotto termine di dieci giorni per impugnare il provvedimento relativo. Sarebbe opportuno disporre la comunicazione via Pec al richiedente del provvedimento del giudice da parte della cancelleria, in modo da dare un minimo di tutela processuale alla parte interessata ma anche alla totalità dei creditori, che la norma in esame ha completamente abolito.

Il comma terzo 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 prodottisi ai sensi dell'articolo 54, comma 2”.

Questa precisazione, come già detto, è stata introdotta nell'ultima versione del CCI su suggerimento della Commissione Giustizia della Camera, anche se il Consiglio di Stato, nel proprio parere, aveva invece invitato il Governo a rivedere tale soluzione, al fine di evitare che il ritardo del giudice nell'emissione del decreto di conferma o revoca degli effetti protettivi prodottisi in conseguenza della domanda del debitore e della sua pubblicazione nel registro delle imprese potesse pregiudicare il predetto debitore.

Nella Relazione accompagnatoria si spiega che si è preferito accogliere il suggerimento della Commissione parlamentare 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.

E' 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 prodottisi ai sensi dell'articolo 54, comma 2”; dall'altro, non fa altro che esasperare le incongruenze già evidenziate per l'ipotesi che il giudice revochi la sospensione delle misure protettive. Se in quest'ultimo caso, infatti, vi è da confidare su una valutazione del giudice (anche se, come detto, questa è a senso obbligato), nella fattispecie in esame la cessazione degli effetti protettivi è legata al semplice ritardo nella decisione, in cui il prolungamento del termine dato al giudice per decidere, da quindici a trenta giorni, può aiutare ad attenuare il rischio che si verifichi un grave pregiudizio per il debitore e la massa dei creditori, ma il rischio rimane in tutta la sua concretezza.

6-La revoca di cui al quarto comma dell'art. 55

Il quarto comma 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'attuale art. 173 l.fall.), che è provvedimento evidentemente assorbente di quello che può riguardare le misure protettive. Ed, infatti, 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 abbiano 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 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.

Infine margini di incertezza si presentano anche 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 è anche vero che la norma di cui all'art. 55 disciplina tutte le ipotesi previste dall'art. 54, e si è visto come le misure protettive di cui tratta il secondo comma di tale norma possano intervenire anche nella fase istruttoria per la apertura della liquidazione giudiziale, seppur solo nel caso che la domanda provenga dal debitore; inoltre, è pur vero che il comma quarto dell'art. 55 non accenna al curatore, ma legittima alla richiesta di revoca "le parti del procedimento" nonché il P.M., per cui la norma può essere estesa anche alla liquidazione giudiziale.

Se è così, il divieto di iniziare o proseguire azioni individuali esecutive o cautelari anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale posto dall'art. 150 potrebbe essere superato

dalla revoca, sia perché l'art. 150 fa salve diverse disposizioni di legge, sia perché la norma di cui all'art. 55 avrebbe carattere speciale rispetto a quella generale dell'art. 150. E così, in caso di frode, il tribunale della liquidazione giudiziale, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, potrebbe revocare il divieto delle azioni esecutive e cautelari continuando la procedura liquidatoria per eccellenza.

Probabilmente non accadrà mai che un giudice revochi un tale divieto, perché non può selezionare le azioni che potrebbero proseguire, ma ciò che interessa i fini interpretativi, specie in una fase in cui il testo normativo è ancora facilmente emendabile, è che la legge offre elementi che non escludono una tale eventualità.

7-Le ipoteche giudiziarie iscritte di recente

Il terzo comma dell'art. 168 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 primo comma, parte dalla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso contenente la domanda di concordato, anche con riserva e dura fino alla omologa del concordato.

E' chiaro, infatti che questa disposizione si applica anche alla domanda di preconcordato; anzi diventa indispensabile applicarla anche in questa fattispecie per evitare che la presentazione di una domanda di concordato in bianco diventi facile strumento di vanificazione delle revocatorie; ed, infatti, la S. Corte²³, nel trattare dell'ambito temporale considerato dall'art. 69-bis, ha sottolineato che “attesa la contestuale previsione della possibilità di presentare una domanda di concordato con riserva, il legislatore ha inteso eliminare il rischio di un uso strumentale di tale facoltà onde sterilizzare il periodo sospetto. Introdotta la possibilità della domanda di concordato in bianco, e anticipati, quindi, gli effetti protettivi sul patrimonio del debitore all'atto

²³ Cass. 14 dicembre 2016, n. 25728 in *www.ilcaso.it*.

della pubblicazione di una semplice domanda, con riserva di presentare la proposta (e il piano) entro un termine fino a 180 giorni, equivalente alla durata del periodo sospetto per gli atti normali, si è contestualmente fatto decorrere l'inizio del periodo sospetto da quel primo atto”.

Identica norma è riproposta nel comma quinto dell'art. 46 del CCI, che sicuramente trova applicazione fin dalla presentazione della domanda di concordato in bianco dal momento che tale disposizione è collocata nello stesso articolo che, al primo comma, 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.

Semmai qualche dubbio potrebbe nascere per la fase successiva alla apertura della procedura di concordato proprio per tale collocazione, differente da quella dell'attuale art. 168 l.fall. che si riferisce agli effetti della presentazione del ricorso, sia esso di pre concordato che di concordato pieno, fino all'omologa. Dubbio che va immediatamente fugato perché l'art. 46, comma 5, richiama anche il comma terzo che riguarda atti compiuti successivamente al decreto di apertura e fino all'omologazione; inoltre perché manca una norma che ponga il divieto di acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti per la fase successiva all'apertura della procedura di concordato e perché l'art. 99 consente, fino all'omologa, il rilascio di garanzia, anche ipotecarie, per ottenere finanziamenti, ma su autorizzazione del tribunale (norma che sarebbe evidentemente superflua ove i creditori potessero liberamente acquisire prelazioni opponibili alla massa dei creditori).

Alla conferma di tale divieto contenuto nel terzo comma dell'art. 168, il legislatore del 2012 ha aggiunto 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; norma ripresa pari pari nell'ultima parte del quinto comma dell'art. 46 CCI.

Anche questa previsione di inefficacia opera dalla data di presentazione 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, a mio avviso, alla famiglia delle revocatorie, neanche a quelle di diritto; la finalità della norma, infatti, non è quella della ricostruzione della consistenza del patrimonio del fallito per una distribuzione tra i creditori, ma quella di colpire, già prima della dichiarazione di fallimento, quei comportamenti opportunistici di alcuni creditori che, nell'imminenza o nel corso delle trattative per trovare una soluzione concordata della crisi, si premuniscono di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo iscrivendo ipoteca giudiziale, che condiziona pesantemente la possibilità di accordi perché quel credito deve essere considerato e trattato come ipotecario nel concordato, a causa proprio della inutilizzabilità dello strumento revocatorio in mancanza di dichiarazione di fallimento.

Il legislatore, in sostanza, ha dettato 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.

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 terzo comma dell'art. 168, secondo cui sono inefficaci le ipoteche giudiziali 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". In tal senso si è pronunciata la

S. Corte²⁴, per la quale l'inefficacia in questione “opera esclusivamente con riferimento alla singola domanda di concordato ed in funzione del suo buon esito, sicché non può essere invocata nell'ambito dell'eventuale successiva domanda di concordato presentata dal medesimo debitore, non trovando applicazione il principio della cd. "consecuzione delle procedure" che opera soltanto nel caso di successione tra concordato preventivo e fallimento”.

La inefficacia di cui alla norma in esame, in considerazione delle finalità che persegue sopra accennate, riguarda le sole ipoteche giudiziali, per cui non opera per gli altri tipi di ipoteca; neanche per quella fiscale iscritta ai sensi dell'art. 77 del Dpr n. 602 del 1973, che è pacificamente ritenuta non essere ricompresa nella categoria dell'ipoteca giudiziale atteso che, al di là dell'accostamento a ragione della modalità di iscrizione e della genericità dell'obbligazione garantita, per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale l'art. 2818 c.c. individua il titolo in una sentenza o altro provvedimento giudiziale a cui la legge riconosce tale effetto, allo scopo di rafforzare l'adempimento di una generica obbligazione pecuniaria, mentre l'ipoteca iscritta ex art. 77 è sorretta da un provvedimento amministrativo²⁵.

²⁴ Cass. 6 giugno 2018, n.14671, in www.unijuris.it, 2018

²⁵ Cass. 18 maggio 2012, n. 7911 in *Diritto e Giustizia online* 2012, 22 maggio; Cass. 5 marzo 2012, n. 3398, in www.ilcaso.it; Cass. 1 marzo 2012, n. 3232 in *Diritto e Giustizia online* 2012, 5 marzo.