

ALLERTA, MISURE PROTETTIVE E CAUTELARI, IL RUOLO DEL GIUDICE

di Alessandro Rimato

Sommario : 1. UN SINTETICO SGUARDO D'INSIEME; 1.1. SEGUE: LE ULTIME NOVITA' NORMATIVE; 2. IL PROCEDIMENTO D'ALLERTA E DELLA COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI, CENNI 3. LE MISURE CAUTELARI E PROTETTIVE; 3.1. SEGUE: ALCUNI RILIEVI D'ORDINE GENERALE; 3.2. SEGUE... NELL'ALLERTA E NELLA COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI; 4. IL PUBBLICO MINISTERO; 5. CONCLUSIONI, LO SPIRITO DEL TEMPO

1. UN SINTETICO SGUARDO D'INSIEME

Renzo Costi in un libro intervista pubblicato recentemente¹, alla domanda posta da Francesco Vella circa il " ruolo della storia nella comprensione del fenomeno giuridico " ha così risposto : " un commercialista che ignora la storia, anche delle idee, rinuncia allo strumento interpretativo forse più importante ". Non è un caso che nell'attuale letteratura giuridica si assiste ad una rivalutazione dell'indagine storiografica². L'incalzante, peraltro anche affannosa rincorsa, tra storia e diritto acuitasi nell'ultimo ventennio a causa del susseguirsi di crisi finanziarie dalle proporzioni inaspettate³, hanno posto interrogativi a cui i legislatori - dell'area continentale e non - hanno fatto fronte incidendo su diversi fronti, endogeni, esogeni, quali una più incisiva regolazione dell'attività d'impresa nella c.d. *twilight zone*⁴ e, progressivamente, laddove la crisi si sia ramificata all'esterno, coinvolgendo i creditori. E' noto come anche il nostro Paese non si è sottratto a partire dal 2005 a questo mito riformatore, ma se i primi, pur importanti interventi, si sono incuneati entro l'alveo di cui al R.D. del 16 marzo del 1942 n. 267, è con la promulgazione nel novembre del 2015 della Legge delega n. 155⁵ che il legislatore ha dettato le regole di fondo per un nuovo impianto normativo che, successivamente, ha visto luce con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n.38 del decreto legislativo n.14 del 12 gennaio del 2019 che ha preso il nome di *Codice della crisi e dell'insolvenza* (d'ora in poi in sua vece sarà adoperato l'acronimo di CCII). Ora ai tecnici della seconda Commissione Rordorf ai quali va riconosciuto il merito di aver redatto un imponente articolato in brevissimo tempo⁶ e soprattutto un contesto politico complesso in quanto diverso da quello che aveva sorretto l'approvazione della legge delega, proprio nulla gli si può rimproverare, e ciò non per spirito di

¹ R. COSTI, L. ENRIQUES. F. VELLA, *Il diritto che cambia, il diritto commerciale, una conversazione*, Bologna, 2019, p. 22.

² F. Di Marzio, *Fallimento, storia di una idea*, Milano, 2018; la cui lettura non può essere disgiunta da un ulteriore scritto, sempre dello stesso A., *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019.

³ Cfr. R. SCIORTINO, *I dieci anni che sconvolsero il mondo, crisi globale e geopolitica dei neopopulismi*, Trieste, 2019.

⁴ All'indomani della pubblicazione del CCII si sono succeduti con ritmo sempre più intenso approfondimenti sul concetto di crisi e sui relativi indicatori. Sul punto A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, su *ILCASO.IT*, 11/1/2019, articolo 758, dello stesso A. *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in *Il Fallimento*, 2019, 291; R. RANALLI, *Il codice della crisi, gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, su *ILCASO.IT*, 18.11.2018; ancora dello stesso A. *Gli indicatori della crisi driver per le segnalazioni all'OCRI, La riforma del fallimento*, Italia Oggi, 23 /1/2019, n. 2, Milano; A. QUAGLI, *Il concetto di crisi d'impresa come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, su *ILCASO.IT*, 2 febbraio 2016; S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, su *ILCASO.IT*, 14.1.2019; M. FERRO, *Valutazione dinamica del concetto d'insolvenza, Il Fallimento*, n.4/2011, p. 441. Nella recente trattatistica si consulti G. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O.CAGNASSO e L. PANZANI, Tomo I, Milano, 2016, p. 399; in senso critico all'ingresso nel nostro sistema del concetto di crisi si rinvia a G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali*, Torino, 2019, p. 3 e segg.

⁵ Cfr. F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018.

⁶ Cfr. F. LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (I)*, MILANO, 2019. Per un sintetico sguardo d' insieme G. LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Il Fallimento*, n. 3/2019, p. 263.

comunanza, ma le leggi, è noto, ed è stato anche recentemente ribadito⁷, “ non sono solo il frutto del lavoro di una commissione. Sono il risultato di correnti di pensiero, di congiunture politiche, soprattutto di conflitti di interessi che cercano delle mediazioni, e che spesso la trovano al ribasso “. Si era partiti dall’idea davvero nobile, di porre mano ad una riforma organica del nostro sistema concorsuale che includesse anche la disciplina dell’amministrazione straordinaria ed invece, purtroppo, al primo contatto con le Stanze della politica, il lemma “ organico “ è stato depennato dall’originario disegno di legge delega C 3671. Da un “aborto “ è scaturito un “ parto gemellare “ : dal primitivo schema è nato un C 3671 bis dal nome “ Delega al governo per la riforma delle discipline della crisi e dell’insolvenza “ e poi un C 3671 ter che ha preso il titolo di “ Delega al governo in materia di amministrazione straordinaria “. Ora, chi è del mestiere, può anche come si suole dire, “ chiudere un occhio “ sulla divisione assunta, se poi, anche sobbarcandosi di uno sforzo ermeneutico di non poco conto, la persa organicità la si recupera a valle grazie ad un articolato che rispecchi i principi propri del comune diritto concorsuale; invece è accaduto e si sta perpetuando l’esatto contrario. I tratti caratterizzanti il CCII , la c.d. “ nervatura “, quali l’allerta (le cui norme sono ricomprese nel titolo II, dall’art. 12 all’art. 25) e la creazione dell’Albo di cui agli artt. 356 e segg. da cui attingere le necessarie professionalità sulle quali la Legge delega, a ragione, tanto aveva ritenuto di investire, non sono stati affatto replicati nei lavori “ ancora in corso “ di riforma dell’amministrazione straordinaria; segno evidente che quest’orto va coltivato all’antica, non innovando, ma, al contrario, conservando gelosamente certe prerogative. Ancora una volta dunque alla politica è mancato il coraggio di scartare il passato, lasciandosi alle spalle vecchi stereotipi che nulla hanno a che vedere con una moderna legislazione sulle crisi d’impresa. Tutto ciò ha un costo, soprattutto d’immagine nei confronti della comunità internazionale che si amplifica ulteriormente, in un quadro di incessante globalizzazione, dunque in termini di perdita di competitività del nostro Paese in quanto è ormai noto che costituiscono costi anche quelli legati alla durata dei processi. Il testo del CCII dunque, nel suo complesso, riflette queste incoerenze di fondo, apparendo farraginoso e di difficile lettura. Il procedimento unico per quanto in tesi apprezzabile⁸, di fatto va a regolamentare istituti le cui matrici sono sostanzialmente diverse, di modo che per una ricostruzione sistematica dell’impianto l’interprete è costretto a muoversi a macchia di leopardo⁹ in un reticolato di norme di difficile composizione. Sono presenti poi delle aporie sistematiche. La più manifesta è che una riforma del sistema concorsuale disgiunta dalla riforma dei privilegi¹⁰ ha il sapore di una *non riforma*, tutt’al più, di una *riforma a metà*. Che la *par condicio* nelle ristrutturazioni concordatarie fosse ampiamente recessivo di certo appare non discutibile¹¹, però nel momento in cui i valori perseguiti dalle riforme - in particolare a partire dal 2012 che ha visto l’ingresso nella nostra legge dell’art. 186 bis dal titolo *concordato con continuità aziendale* - sono ben altri, individuati nell’intrinseca dinamicità correlata all’attività d’impresa, il mantenimento di un imponente numero di privilegi germinati in epoche lontane per accontentare qua e là diverse lobby, di contro produce un effetto ingessatura tale da rendere il sistema, per quanto a più riprese innovato, incoerente e quindi di scarsa efficienza. Ma di aporie ve ne sono ben altre. In primo luogo è da rilevare una non perfetta sovrapposizione tra le imprese assoggettabili ad amministrazione straordinaria e quelle definite “grandi imprese “secondo la descrizione offerta dall’art. 2

⁷ G. TERRANOVA, *op. cit.*; p. 4.

⁸ Cfr. M. MONTANARI, *Il procedimento unitario per l’accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza e i riflessi indiretti sulle banche*, su *ILCASO.IT*, 22 febbraio 2019 ove mette in evidenza le diverse aporie sistematiche si da minare lo stesso concetto di unitarietà del processo.

⁹ Cfr. A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi*, in *Il Fallimento*, 2019, p. 993. Su un piano più schiettamente processuale si rinvia a I. PAGNI, *L’accesso alle procedure di regolazione nel codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Il Fallimento*, 2019, p.559, nonché M. MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario per l’accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza*, in *Il Fallimento*, 2019, 563.

¹⁰ Eppure l’art. 10 della legge delega prevedeva un riordino ed una revisione del sistema dei privilegi.

¹¹ Cfr. M. FABIANI, *La par condicio creditorum al tempo del codice della crisi*, in *Questione Giustizia*, n.2/2019, reperibile al su *questionegiustizia.it, rivista.pdf.*; N. ABRIANI, A.M. LEOZAPPA, *Sul principio della par condicio creditorum nelle procedure concorsuali*, AAVV, *Il diritto Tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi*, Milano, 2014.

lett. *g* del CCII, di modo che non a tutte le imprese assoggettabili alla A.S. saranno applicabili gli strumenti di allerta, salvo il recupero a valle una certa organicità in punto di applicazione delle misure premiali ex art. 12 comma 6 del CCII che però assolvono a tutt'altra finalità. Inoltre si perpetuerà purtroppo una gestione nient'affatto trasparente circa la nomina dei commissari straordinari riservata al Ministero in contrasto con le disposizioni di cui agli artt. 356 e segg. del CCII. Sul versante della professionalità poi v'è da aggiungere che il delegante si era assunta una ben precisa responsabilità politica laddove tra i principi generali, nell'art. 2 lett. *n*, aveva dettato regole tali da creare Tribunali dotati di competenza territoriale estesa a più circondari cui assegnare giudici *specializzati alla materia concorsuale*. La delega sul punto volutamente non è stata attuata per una chiara scelta politica. Insomma di ingredienti per poter affermare ancora una volta che in certi ambienti si predica bene, ma si razzola male, anzi malissimo, ve ne sono abbastanza. Passando al ruolo della storia, il debutto degli strumenti di allerta¹² lo si deve al mutato contesto socio – culturale di riferimento. E' vero che del loro ingresso se ne parlava già agli inizi del 2000, ma allora i tempi non erano affatto maturi. La realtà è che col tempo è radicalmente cambiato il modo di intendere la responsabilità patrimoniale in quanto siamo passati in modo repentino da una economia industrializzata ad un'economia finanziaria che ha determinato, complice sempre le crisi globali, un diverso modo di interpretare il patrimonio responsabile. Oggi come è stato acutamente rilevato¹³ si fa più affidamento " *sulla redditività prospettica dell'affare, che non sulla capienza patrimoniale del soggetto finanziato* " e, poiché, il sistema economico comunque deve andare avanti, ecco che hanno iniziato a prendere corpo società con capitali meramente figurativi, di modo che mancando un adeguato capitale è normale che il rischio d'impresa venga traslato su altri soggetti. Dunque il riequilibrio dei conti viene perseguito più sull'abbattimento della debitoria che non sulla liquidazione dell'attivo, perché gli *assets* laddove vi sono, a seguito dell'azzeramento del capitale, si deprezzano notevolmente. Abbattimento perseguito valorizzando strumenti più possibili negoziali che vengono a tal fine incentivati. Riferito ad un ente impresa, il diverso modo di concepire la responsabilità patrimoniale non poteva che affievolire anche il correlativo principio della *par condicio creditorum* spossessato dal suo oggetto. Ciò spiega anche la recessività del pubblico nella gestione della crisi. Prima delle riforme del 2005 nel nostro sistema concorsuale il fallimento costituiva ancora la principale procedura; imperava la centralità del Giudice¹⁴ e con esso l'Ufficiosità nella declaratoria di fallimento¹⁵, per non parlare dell'azione revocatoria che costituiva la fondamentale, per non dire forse l'unica, ma potente risorsa, a disposizione dei Curatori per rimpinguare le casse. Le soluzioni concordate apparivano marginali e comunque non incentivate. A partire dal D.L. n. 35 del 2005 si inaugurò una stagione di riforme e di controriforme in cui sostanzialmente si è assistito ad un totale capovolgimento di fronte in cui si è dato rilievo alle libertà ed al consenso a scapito dell'eteronomia giudiziale ma, questo moto riformatore, non aveva fatto i conti con l'impatto creato dalle crisi che si sono succedute a partire dal 2007, sicché in tempi di crisi il legislatore è dovuto correre ai ripari anche perché del concordato se ne era fatto un uso distorto. Da qui la genesi di un indirizzo¹⁶ caratterizzato da una maggiore pervasività dell'A.G. registratosi con la pubblicazione del D.L. n. 83 del 2015 convertito con modificazioni dalla L. n. 132 del 6 agosto del 2015 che ha reso più difficoltoso l'accesso alla procedura ed ha altresì attribuito all'A.G. il potere di sindacare anche nel merito i piani di risanamento che ha trovato suggello dapprima nell'art. 6 comma I,

¹² Nel proseguo per pura sinteticità adopererò il lemma *allerta* comprensivo anche della *composizione assistita della crisi* pur consapevole delle profonde diversità che caratterizzano i due istituti, fatto salvo ovviamente, richiami specifici.

¹³ G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴ Nella versione originale l'art. 25 comma I così esordiva: " *Il giudice delegato dirige le operazioni del fallimento, vigila l'opera del curatore...* ".

¹⁵ La dichiarazione d'ufficio di cui al comma I dell'art. 6 è venuta meno a seguito dell'art. 4 del D.LGS 9 gennaio 2006 n. 5.

¹⁶ L'inversione di tendenza si è registrata, a mio modo di vedere, quale conseguenza della nota decisione assunta dalle S.U. la n. 1521 del 2013; sul punto mi si consenta il rinvio al mio scritto *Profili di responsabilità nei sistemi di allerta*, consultabile su <https://www.osservatorio-oci.org> > Home > I Papers dell'Oci > Fallimento.

lett. e delle legge delega declinato successivamente nell'art. 47 comma I del CCII che attribuisce al Tribunale di verificare la fattibilità anche economica del piano¹⁷. Oggi con tutta tranquillità possiamo affermare che il sistema segna una presenza davvero ingombrante della pubblica Autorità¹⁸ di modo che l'imprenditore che voglia sistemare la propria crisi al cospetto di essa, perché ritenuta più garantista, efficiente e professionalmente preparata, rischia fondatamente di trovarsi avvolto in un vortice che porterebbe da lì a poco alla totale disgregazione della propria azienda. In questo quadro si avverte l'importanza tutta delle varie professionalità¹⁹ che saranno chiamate preventivamente a gestire la fase dell'allerta e della composizione assistita della crisi, ma ancor prima dovrà essere lo stesso imprenditore a dotarsi di una diversa cultura d'impresa²⁰, lungimirante e maggiormente attenta agli interessi degli stakeholders²¹.

1.1. SEGUE: LE ULTIME NOVITA' NORMATIVE

Appare saggia l'opzione praticata dalla Legge n. 20 del marzo del 2019²² di (ri) attribuire all'Esecutivo la facoltà di adottare disposizioni integrative e correttive al Decreto Legislativo n. 14 del 2019 nel rispetto "dei principi e criteri direttivi" di cui alla Legge n. 155 del 2017 in quanto di sicuro non si può avere la presunzione di regolare compiutamente, in un sol colpo, un comparto così delicato della vita economica di un'impresa²³ sempre che, beninteso, si rimanga nei limiti dei principi espressi nella legge delega. Dall'altra, l'annunciato intervento postumo, mette a "nudo" amare verità: il corpo normativo di cui al CCII non è qualificabile né come "nuovo"²⁴, né come "codice" già al netto dell'esclusione dell'articolati di cui alle discipline delle amministrazioni straordinarie di cui si è accennato poc'anzi. Primo perché non sono presenti disposizioni davvero innovative, né gli strumenti di allerta ad un attento esame possono considerarsi effettivamente tali in quanto si collocano entro solchi già presenti nel nostro sistema commercialistico²⁵; secondo perché pare davvero azzardato parlare di codice²⁶, a meno di intenderlo in

¹⁷ Su questa scia si pone anche il III comma dell'art. 10 della Direttiva (UE) del 20 giugno 2019 ove si prevede che " gli stati membri assicurano che l'autorità giudiziaria o amministrativa abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa ".

¹⁸ Si prenda come esempio la disciplina che l'art. 42 del CCII in tema di rinuncia alla domanda, la vecchia desistenza tanto per intenderci, che impone al comma II che il decreto di estinzione venga comunicato al pubblico ministero. Se poi il lettore intende allargare i propri orizzonti coniughi il comma VI dell'art. 15 con la disposizione di cui all'art. 367 del CCII.

¹⁹ Cfr. M. FABIANI, *Il delicato ruolo del professionista del debitore fra incerta prededuzione e rischio di inadempimento*, *Giur. Comm.*, 2017/1/720.

²⁰ Il diverso atteggiarsi dell'imprenditore di fronte alla crisi della propria impresa viene particolarmente sottolineata da P. VELLA, *L'allerta nel codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della direttiva (UE) 2019/1023*, su *ILCASO.IT*, 24 luglio 2019.

²¹ Cfr. M. FABIANI, *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, *Il Fallimento*, n.12/2017, p. 1262;

²² La cui rubrica reca: " *Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155* ", pubblicata nella Gazz. Uff. del 20 marzo 2019 n. 67.

²³ Per un primo commento " a caldo " si rinvia a M. FERRO, *Codice della crisi d'impresa: estesa la delega sulla riforma concorsuale fino al 2022*, Fonte, *PLURIS*.

²⁴ " *Nulla di nuovo insomma. Non un nuovo diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Piuttosto novità, qualcosa rilevante, nel vecchio corpo di quel diritto, che si trova confermato alla prova posta dalla prima riforma organica dopo il 1942* " così F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi*, *op. cit.*, p. 4

²⁵ Cfr. A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Disciplina delle crisi d'impresa societaria, doveri degli amministratori e strumenti di pianificazione: l'esperienza italiana* su, *IL CASO.IT* 2018, art. 748.

²⁶ Vale la pena di riportare alcuni passaggi di G. TERRANOVA tratti da *Le procedure concorsuali*, *op. cit.* ove a pag. 67 rileva come " *Si deve tener presente, tuttavia, che nella nostra tradizione culturale (o almeno in quella più risalente) il*

senso improprio, in quanto le relative norme non sono affatto coerenti peccando di originalità in quanto le enucleate regole sono tutte d' " importazione " ²⁷. Inquieto perché predice un effetto annacquamento della struttura portante della riforma l'innalzamento degli indici di cui all'art. 2477 del codice civile che rendono obbligatori la nomina del collegio sindacale ²⁸. Dunque si intravedono all'orizzonte i primi segnali di un *move back* resi ancor più confortanti dalle recenti notizie stampa di ulteriori interventi normativi. Mi pare nient'affatto azzardato affermare, né ciò a dir il vero ci stupisce, che la storia della riforma sia da scrivere ancora.

2. IL PROCEDIMENTO DI ALLERTA E DELLA COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI, CENNI

Le norme di diversa specie ²⁹ che compongono il titolo II del CCII delineano nel complesso un quadro atto tendenzialmente a regolare e comporre la crisi scevra in linea di principio dalla presenza dell'A.G., in un ambiente riservato e confidenziale ³⁰, attraverso atti di autonomia negoziale, culminanti, se del caso, in accordi da cui promanano oltre ai consueti effetti ritenuti obbligatori, altri scaturenti di diritto, quali l'esenzione dalla revocatoria e, sul versante penale, la scriminante dai reati di bancarotta ³¹, del tutto simili a quelli che danno esecuzione ai piani attestati di risanamento ³² (art. 56 e 166 comma III, lett. d del CCII corrispondente all'art. 67 comma III, lett. d) della L.F. e, sul versante penale, l'art. 324, equivalente dell'art.

termine " codice " non designa semplicemente un insieme di norme che aspira a regolare in maniera esaustiva un determinato settore dell'ordinamento (al riguardo sarebbe altrettanto pertinente parlare di testi unici) ma viene riservato ad un corpus normativo che accoglie una nuova concezione dei rapporti tra individui e società ... " per poi concludere : " Un codice per avere successo, oltre a rispecchiare i modelli sociali propri dell'epoca in cui viene emanato (in questo caso, nell'ordine : economie, agrarie, mercantili, industriali e finanziarie), deve anche aspirare a una qualche forma di armonica bellezza " .

²⁷ Cfr. F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi op. cit.*, p. 9.

²⁸ Così attualmente dispone la lettera c del comma II dell'art. 2477 del c.c. circa l'obbligatorietà del collegio sindacale nelle srl per effetto dall'art. 2-bis, 2° co., D.L. 18.4.2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14.6.2019, n. 55, a decorrere dal 18 giugno 2019 " c) ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20 unità. Cfr. G. RUSSOTTO, M.L. RUSSOTTO *Cenni sul collegio sindacale nel concordato preventivo e il nuovo obbligo di nomina nelle srl e nelle cooperative*, su ILCASO.IT, 16 maggio 2019.

²⁹ Invero l'articolato che compone il micro – sistema di cui al titolo II del CCII dall'art. 12 all'art. 25 possono qualificarsi in organizzative o programmatiche si pensi agli art. 16 e 17 del CCI istitutive dell'OCRI, precettive, riguardo per esempio agli obblighi di segnalazione gravanti agli organi di controllo societari come pure ai creditori pubblici qualificati, proibitive. Risolvendosi il tutto in ambito amministrativo non si esclude a priori eventuali incursioni avanti al Giudice amministrativo specie in punto di sostituzione dell'esperto da parte del referente ex art. 17 comma IV del CCI ovvero dell'impugnativa della graduatoria dell'appartenenti all'Albo di cui all'art. 356 del CCI.

³⁰ La riservatezza e la confidenzialità viene così preservata dall'art. 5 comma IV del CCI " *I componenti degli organismi e dei collegi preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto compatibili " , sottesa alla medesima ratio è la disposizione di cui al III comma dell'art. 17 del CCII (" *Nomina e composizione del collegio*) secondo la quale : " *La richiesta di designazione non deve contenere alcun riferimento idoneo all'identificazione del debitore, salva l'indicazione del settore in cui lo stesso opera e delle dimensioni dell'impresa, desunte dal numero degli addetti e dall'ammontare annuo dei ricavi risultanti dal registro delle imprese.**

³¹ Cfr. A.RIMATO, *Profili di responsabilità nei sistemi di allerta*, consultabile su www.osservatorio-oci.org.

³² Intitolando la rubrica dell'art. 56 del CCI " *Accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento* " il legislatore ha risolto un apparente ossimoro riguardo alla precedente formulazione dei piani attestati di risanamento ricavabile dalla lett. d) del III comma dell'art. 67 L.F. in quanto un piano ex se, quale atto unilaterale, privo del coinvolgimento dei creditori non risolve alcuna crisi.

217 bis L.F.³³) e ciò non poteva essere diversamente in quanto l'allerta di prima battuta non persegue una finalità liquidatoria, bensì di riorganizzazione finalizzata alla continuità aziendale³⁴ che trova nel piano il proprio momento fondamentale³⁵. Il piano³⁶ dunque anche nell'ambito dell'allerta e della composizione assistita, assume un valore portante, strategico e, in un contesto di tensione finanziaria, comunque di crisi, non può non essere declinata che in chiave prospettica di risanamento dell'esposizione debitoria in un'ottica come poc'anzi accennato che privilegi la continuità aziendale³⁷, fatti salvi ovviamente le liquidazioni di *assets* ritenuti non più strategici. I principi a cui attingere dunque ben possono essere gli stessi delineati dalla prima parte del comma I dell'art. 285 del CCII in tema di contenuto del piano di gruppo il quale prevede che: " *il piano concordatario o i piani concordatari di gruppo possono prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese di gruppo* " ³⁸. In un ambiente così sterilizzato il legislatore ha scommesso sulla preparazione dei Giudici della sezione specializzata in materia d'impresa³⁹ istituiti presso ogni circondario Corte d'Appello. Solo costoro infatti, quali Magistrati altamente qualificati, sono deputati accordare ex art. 20 comma I CCII " *le misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative* " ciò ovviamente in chiave prospettica, finalizzati ovviamente agli accordi, tenendo sempre come punto di riferimento i piani di risanamento aziendali predisposti dall'imprenditore⁴⁰. Riservato sul punto ogni approfondimento nel paragrafo che segue, va qui sottolineato come nel complesso l'A.G. non abdica affatto alla sua primaria funzione che è, e rimane, quella di sindacare situazioni ormai esaurite fonte di eventuali responsabilità anche di natura penale. In tale contesto il discorso si fa più interessante, declinando in quello limitrofo attinente all'insuccesso delle attività svolte in seno all'OCRI ed alla conseguente dichiarazione di liquidazione giudiziale⁴¹. Ora se il Collegio si è pedissequamente attenuto alle regole di cui all'art. 22 del CCII segnalando al Referente i fatti ivi descritti e questi di fronte ad una manifesta situazione di insolvenza provveda a relazionare il P.M. è chiaro che non vi è terreno per eventuali responsabilità dei componenti dell'OCRI. Ma nulla esclude che la stessa impresa, sottoscritti gli accordi ex art. 19 comma IV del CCII si ripresenti nuovamente a distanza di qualche tempo davanti all'OCRI e, fallito in questo caso ogni intento negoziale, il Tribunale ne dichiari la liquidazione giudiziale. In questa evenienza cadono, sotto la lente dell'A.G., non solo gli effetti dell'accordo (*rectius* del piano sottostante) ai fini di una

³³ Gli effetti civilistici e penalistici circa la tenuta degli accordi non sono ora, a seguito della pubblicazione del CCIII, dissimili da quelli da me approfonditi in altra sede al quale rinvio A. RIMATO, *Profili di responsabilità nei sistema di allerta*, op. cit.

³⁴ Così M. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2017, p. 434 " *se si postula che l'esenzione dall'azione revocatoria sia il frutto della valorizzazione della continuità dell'impresa, non può ammettersi un piano attestato di risanamento con contenuto liquidatorio, nel senso che quel piano è astrattamente concepibile, ma sarebbe idoneo ad essere opposto come eccezione alla revocatoria in caso di esercizio dell'azione da parte del curatore fallimentare (potrebbe valere come convenzione stragiudiziale vincolante solo per le parti che la stipulano)* .

³⁵ Per la centralità del piano nel nuovo CCII vedi il recente contributo di A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi*, in *Il FALLIMENTO*, n.8/9 del 2019, p. 993, ove l'A. mette in rilievo come " *la legge prende atto del fatto che la rilevanza del piano è ben più ampia dalla mera esenzione da revocatoria* " .

³⁶ Ben noto ai cultori del diritto commerciale in quanto si identifica nei piani strategici e finanziari di cui all'art. 2381 comma III del codice civile. Sul punto si rinvia alle opere di trattazione generale di BONELLI, *L'amministrazione delle spa nella riforma*, in *Gco*, 2003, I; *Id.*, *Gli amministratori di società per azioni*, in *Tratt. Rescigno*, 16, Torino, 1985; BUONOCORE, *La riforma delle società*, in *Gco*, 2003, 4, suppl.; CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Tratt. Colombo, Portale*, IV, Torino, 1994.

³⁷ Sul punto riguardo alla soluzione restrittiva nutre qualche perplessità A. ZORZI, *op. cit.*, p. 994.

³⁸ Sul punto rinvio al recente contributo di G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, n. 3/2019, p. 277.

³⁹ Sarebbe auspicabile che al Magistrato fosse affiancato quale CTU un esperto aziendalista in quanto in casi limite certo non appare facile individuare quei segnali di crisi che possono degenerare a breve in insolvenza.

⁴⁰ Il primo comma dell'art. 16 del CCII circoscrive i compiti dell'OCRI in modo e chiaro netto laddove solo nella fase della composizione assistita dietro istanza del debitore l'OCRI assiste il debitore a trovare una intesa con i creditori al pari di un facilitatore, mentre nell'allerta di diritto, senza alcuna intermediazione, gestisce la relativa fase.

⁴¹ L. PANZANI, *La responsabilità per l'insuccesso*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. CAGNASSO, L. PANZANI, Milano, 2016, p. 3880 e segg.

eventuale revocatoria⁴², ma anche le condotte assunte dal Collegio di esperti di cui all'art. 17 del CCII. Ora la chiave di volta per la soluzione della relativa problematica è costituita a mio avviso dalla retta applicazione dei principi in tema di *insolvenza prospettica* di modo che atteso che il Collegio è tenuto acquisire dal debitore ex art. 19 comma II del CCII " *una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, nonché un elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali con l'indicazione dei rispettivi crediti e della eventuali cause di prelazione* " potrà intravedersi una sua responsabilità nel caso in cui gli esperti non abbiano fatto buon governo dei principi elaborati dalla dottrina e giurisprudenza così recentemente riassunti da un attenta dottrina⁴³ : " *può concludersi che l'accertamento dell'insolvenza vada invariabilmente parametrato ad una valutazione prospettica, in quanto, da un lato, il verificarsi di uno o più inadempimenti denota l'incapacità irreversibile di far fronte con regolarità ai pagamenti solo quando sia esclusa – in chiave prognostica – la sussistenza di una mera crisi transitoria di liquidità; dall'altro, l'attuale assenza di inadempimenti non impedisce che, in realtà, l'imprenditore versi in condizioni strutturali tali da escludere con ragionevole certezza – in un'ottica parimenti rivolta al futuro – che egli disponga delle risorse indispensabili per far fronte all'indebitamento di imminente scadenza* ".

Ma le nuove norme impongono agli operatori di guardare con occhi diversi la realtà. Già si parla in dottrina⁴⁴ di azioni risarcitorie per perdite *chance* legati allo spirare dei termini per l'utile esercizio delle azioni revocatorie ed in effetti la prospettazione, per quanto degna di ulteriori approfondimenti, non pare affatto azzardata.

3. LE MISURE CAUTELARI E PROTETTIVE

3.1. ALCUNI RILIEVI D'ORDINE GENERALE

Siamo cresciuti in contesti normativi, rafforzatisi nel tempo, in cui l'accesso alle procedure comportavano - e comporteranno per quelle domande depositate fino all'agosto del 2020 - *ope legis* il divieto sotto pena di nullità di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore⁴⁵. Concetti questi ripresi nel 2018 dalla S.C. in tre decisioni, la n. 1182, la n. 9087 e la n. 16347 per additare agli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 L.F.⁴⁶ la natura di procedura concorsuale⁴⁷. Nei primi

⁴² Cfr. Cass. n. 13719/2016 secondo la quale " *il sindacato del Tribunale (con verifica da compiersi ex ante, non ex posi) non poteva (ratione temporis) - una volta escluso il carattere fraudolento del piano (e dell'attestazione) - che essere mirata a verificare la ragionevolezza del piano di risanamento, questione che è posta con il secondo mezzo di ricorso e che deve essere dichiarata fondata; che, infatti, indipendentemente dalla verifica dei dati aziendali da parte del professionista attentatore, riguardo ai quali il Tribunale ha correttamente risposto, resta il dovere del giudice circondariale di compiere una valutazione ex ante in ordine alla verifica mirata alla ragionevole possibilità di attuazione del piano di risanamento, senza la quale l'esenzione dalla revocatoria non è ammissibile* "; sulla stessa scia si pone Cass. 26226/2016. Sul principio di ragionevolezza si veda il recente contributo di N. LIPARI, *Diritto e ragione*, Milano, 2019.

⁴³ S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *ILCASO.IT*, 14/1/2019.

⁴⁴ M. FABIANI, *La par condicio creditorum..op.cit.* nota n.10.

⁴⁵ L'art. 168 della L.F. trova il suo antenato nell'art. 7 della Legge 197 del 1903 istitutiva, com'è noto, nel nostro sistema del concordato preventivo.

⁴⁶ E' con il c.d. *decreto sviluppo* del 2012 che all'art. 182 bis della L.F. sono stati aggiunti i commi da VI a IX.

⁴⁷ Così la massima di Cass. 1182 del 2018 fonte *PLURIS.IT* secondo la quale " *L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis l.fall. appartiene agli istituti del diritto concorsuale, come è dato desumere dalla sua disciplina che presuppone, da un lato, forme di controllo e di pubblicità sulla composizione negoziata (in punto di condizioni di ammissibilità, deposito presso il tribunale competente, pubblicazione al registro delle imprese e necessità di omologazione) e, dall'altro, effetti protettivi (quali i meccanismi di protezione temporanea e l'esonero dalla revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in sua esecuzione), tipici dei procedimenti concorsuali. Cfr. a M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fallimento*, n. 218, p.285; M.ARATO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della crisi e**

commenti che si sono registrati all'indomani della pubblicazione del CCII alcuni Autori a proposito degli effetti della domanda ex art. 46 CCII che non prevede più di diritto *l'automatic stay* con decorrenza dalla pubblicazione nel registro delle imprese, hanno sollevato delle perplessità⁴⁸. A mio parere, siffatto modo di argomentare, può avere un senso qualora si ragioni ancora secondo l'archetipo che a breve ci lasceremo alle spalle⁴⁹, in cui l'accesso alle procedure preventive costituivano e costituiranno per ancora breve tempo, le uniche ed esclusive procedure presenti nel sistema finalizzate ad una composizione negoziale della crisi. Tuttavia nel momento in cui si tiene conto della prossima introduzione dell'allerta che riconosce e valorizza sotto il profilo premiale contegni positivi del debitore e, dall'altro, quale contrappeso, censura le relative omissioni se denotanti sintomi insolvenza [il quale sarà attestato dal Collegio di esperti prima di passare la palla al Pubblico Ministero (ex art. 22 CCII)], appare evidente che i creditori messi in *stand bay* debbono recuperare il proprio ruolo, pena l'espropriazione dei loro diritti di rango costituzionale. A maggior ragione se si considera che a monte il legislatore ha innovato il diritto comune introducendo come principio generale - nell'art. 2086 comma II⁵⁰, la cui rubrica è stata riscritta in *gestione dell'impresa* - il dovere dell'imprenditore di dotarsi di adeguati assetti organizzativi finalizzati alla tempestiva emersione della crisi attivandosi conseguentemente per la soluzione della stessa attingendo al vasto armamentario regolamentato dalla legge. In estrema sintesi il pensiero che emerge anche in virtù delle regole comunitarie recepite dal nostro legislatore⁵¹ è che le crisi debbo essere risolte *in house*, al più davanti all'OCRI; se poi si sperimentano vie giudiziarie sappi il debitore che il sentiero è stretto⁵², molto stretto e che i diritti dei creditori non possono essere conculcati più di tanto. Ciò spiega l'introduzione, tra i principi generali processuali, nel nostro sistema dell'art. 8 la cui rubrica appare già di per sé eloquente "*durata massima delle misure protettive*" le quali non possono superare anche in modo non continuativo l'anno⁵³.

dell'insolvenza, su *ILCASO.IT*, 9.10.2018, articolo 725; M. FABIANI, *Dal codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione dei debiti senza passare da saturno*, su *IL CASO.IT*, 14.10.2018, articolo 731; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una procedura concorsuale*, in *IL FALLIMENTO*, 2018, p.984.

⁴⁸ di "*prospettiva di portata potenzialmente sconvolgente*" parla D. BURONI, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, p. 165. G. BOZZA, *Protezione del patrimonio negli accordi e nei concordati*, consultabile su *ILCASO.IT*, 18 marzo 2019, auspica addirittura un nuovo intervento del legislatore "*se non altro per eliminare incertezze in una materia come questa che ha bisogno di chiarezza*".

⁴⁹ Il fatto che l'interprete si atteggi all'analisi del nuovo secondo pregressi schemi mentali è ricorrente nella letteratura giuridica Cfr. C. ANGELICI, *Notarelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Impresa e mercato*, Studi dedicati a Mario Libertini, I, Milano, 2015, 37.

⁵⁰ Comma aggiunto dall'art. 375, 2° co., D.Lgs. 12.1.2019, n. 14, a decorrere dal 16 marzo 2019, ai sensi di quanto disposto dall'art. 389, 2° co., del medesimo D.Lgs. n. 14/2019.

⁵¹ Vale la pena in questo contesto riportare per intero il comma II dell'art. 1 della Legge delega: "*Nell'esercizio della delega di cui al comma 1 il Governo tiene conto della normativa dell'Unione europea e in particolare del regolamento (UE) n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, della raccomandazione 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014, nonché dei principi della model law elaborati in materia di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL); cura altresì il coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, in modo da renderle ad essi conformi, e adottando le opportune disposizioni transitorie*". Cfr. la recente Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, su <https://eur-lex.europa.eu>.

⁵² Mi permetto di prendere a prestito il titolo del libro intervista P.C. PADOVAN, D. PESOLE, *Il sentiero stretto ed oltre*, Bologna, 2019

⁵³ Questo ormai sarà lo scenario con cui dovremmo confrontarci nel futuro. Ricordo per completezza che la Proposta di direttiva del Parlamento europeo del novembre del 2016 è stata approvata dal Parlamento europeo il 28 marzo del 2019. Provvedimenti questi tutti consultabili su <https://eur-lex.europa.eu>. A conferma del predetto indirizzo anche in questo caso vale la pena riportare per intero quanto scritto in sede di Relazione Illustrativa dell'art. 8 del CCII: "*L'art. 8, in linea con il richiamo alla normativa dell'Unione europea contenuto nell'art. 1 comma II legge delega, n. 155/2017 anticipa la regola dettata dall'art. 6 comma VII della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 novembre del 2016 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti che prevede che la durata*

Sottoscrivo l'affermazione di un A.⁵⁴ secondo la quale, entrato il codice a regime, si farà un largo uso delle misure cautelari e protettive, ma aggiungo, sia chiaro, qualora dovesse effettivamente registrarsi un incremento delle predette misure, le stesse disveleranno un malfunzionamento dell'allerta a cui i debitori cercheranno di ovviare, ma con minori aspettative di successo con l'attivazione delle misure cautelari e protettive che rimangono, si badi, sempre degli incidenti, delle fasi processuali, non necessarie ai fini della composizione della crisi e dell'insolvenza.

3.2. SEGUE: NELL'ALLERTA E NELLA COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI

A fronte di cornici definitorie ben circoscritte ex art. 2 CCII che ricalcano una chiara impostazione comunitaria, quelle attinenti alle " *misure protettive* " e " *cautelari* " di cui alle lett. *p)* e *q)* scontano il prezzo del processo uniforme, giacchè pur differenziandosi soggettivamente in punto di attivazione in quanto le prime sono generalmente a legittimazione esclusiva poichè pertengono alla sfera del solo debitore, tradiscono nella successiva declinazione procedimentale - il rinvio al " *comma 2* " da parte del comma IV dell'art. 54 - una certa confusione foriera di potenziali dubbi applicativi alimentati dal diverso procedimento che i commi II e III dell'art. 55 riservano alle rispettive misure. Incertezza che inevitabilmente determinerà contenziosi tra quei creditori colpiti dalla misura che eccepiranno la decadenza del termine massimo di cui all'art.8 CCII e debitori interessati, di contro, a qualificare l'adottata misura come cautelare, priva come tale di alcuna scadenza che non sia quella legata all'esaurimento della connessa procedura. Per non dire degli equivoci che potrebbero generarsi quanto alla decorrenza del *dies a quo* nel caso di adozione, previa domanda, di misure protettive nell'ambito dell'allerta⁵⁵, atteso che il termine annuale di cui all'art. 8, in quanto ospitato tra i principi processuali di cui alla Sezione III, dovrebbe iniziare a decorrere già da questa fase [i tre mesi iniziali più l'eventuale rinnovo " *fino al termine massimo di cui all'art. 19* " (quindi fino ad un massimo di ulteriori tre mesi)] di modo che, così ragionando, l'opzione di avvalersi delle *misure protettive* potrebbe ridurre a sei mesi lo *stay* qualora il debitore, come peraltro è suo diritto, davanti all'OCRI dichiari che " *intende presentare* " *domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo* ". *Stay* però, si badi, che non è più conseguenza automatica dell'iscrizione del ricorso nel registro delle imprese, ma condizionato alla ben precisa domanda di cui all' art. 54 comma II del CCII che potrebbe in tesi dunque anche mancare. Le definizioni fornite dall'art. 2 lett. *p)* e *q)* nulla aggiungono a quanto ormai sedimentato sul terreno normativo e giurisprudenziale⁵⁶, certo è, come poc'anzi accennato, che non vi è chiarezza definitoria, né ci è di aiuto la Relazione illustrativa, la cui lettura anzi fomenta i già evidenziati dubbi come quando annovera al sequestro conservativo, ritenuta una classica misura cautelare, la sospensione delle procedure esecutive e cautelari rientranti a pieno titolo nel novero delle protettive. Dall'altra bastava tener conto del principio espresso dalla Cassazione nella decisione n. 16161 del 2018⁵⁷ circa l'equivalenza tra misure protettive e

complessiva delle misure protettive non può superare il periodo anche non continuativo di dodici mesi inclusi rinnovi o proroghe.

⁵⁴ M. FABIANI, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, *Foro It.*, 2019

⁵⁵ Di contrario avviso G. BOZZA, *op. cit.*, p.9.

⁵⁶ Cfr. LEUZZI, *Cautela e protezione dell'impresa nelle procedure concorsuali*, consultabile su *ILCASO.IT*, 11 maggio 2019; nonché M. FABIANI, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/2019. Certamente non è additabile come misura cautelare gli interventi sul capitale di cui discorre il comma IV dell'art. 20 del CCII.

⁵⁷ Cfr. Cass. n. 16161 /2018 secondo la quale " *In tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, il subprocedimento di cui all'art. 182 bis, commi 6 e 7, l. fall., essendo finalizzato ad ottenere misure protettive, quali la sospensione di eventuali azioni cautelari ed esecutive in funzione dell'esito delle trattative in corso, destinate a culminare nella formalizzazione dell'accordo, ha natura cautelare, sicché è inammissibile il ricorso per cassazione contro la decisione assunta dalla corte di appello in sede di reclamo*

cautelari per evitare formule definitorie diverse. Comunque l'utilizzo nel comma IV dell'art. 54 del disgiuntivo "o" seguito dalla locuzione "sia stato convocato davanti all'OCRI" unitamente al rinvio alle misure cautelari di cui al già citato comma II appare estremamente perspicua nell'attribuire al debitore il diritto alla cautela già nella fase d'allerta⁵⁸ che può, oltretutto, rilevarsi particolarmente utile specie a seguito delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati che tendenzialmente denotano - attesi i rilevanti importi indicati nelle lettere a), b) e c) di cui al II comma dell'art. 20 CCII - sullo sfondo una chiara situazione di insolvenza. Si aggiunga a ciò che l'azionabilità delle misure in questa fase, certamente di riorganizzazione aziendale, appare senz'altro vantaggiosa, laddove si ritenga, come auspicabile in forza di una interpretazione teleologica, che le stesse possano incidere sui rapporti pendenti⁵⁹ sospendendoli per la durata prevista dal comma III dell'art. 20 del CCI di iniziali tre mesi, raddoppiabili "a condizione che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo". Ritenerne il contrario in forza della disposizione di cui all'ultima parte del comma III dell'art. 12 del CCI, oltre ad urtare contro il dato testuale, significherebbe minare alla radice, la buona riuscita di piani di riorganizzazione in comparti certamente omogenei⁶⁰ rispetto alle finalità degli strumenti di allerta. In punto di legittimazione attiva, oltre al debitore ritengo che siano legittimati al relativo ricorso gli stessi soggetti che ora l'art. 37 comma II abilita alla proposizione della domanda di apertura della liquidazione giudiziale, quindi "gli organi e le autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, di uno o più creditori o del pubblico ministero"⁶¹ sempre che, ovviamente, la debitrice respiri un clima di insolvenza anche in chiave prospettica. La competenza viene individuata nel Tribunale delle Imprese quale Giudice distrettuale altamente qualificato. Si tratta qui di adottare provvedimenti davvero di estrema delicatezza in cui valutazioni aziendalistiche e giuridiche si fondono, specie in punto di individuazione dei germi che potrebbero determinare un'insolvenza⁶². Di contro va da sé come errate valutazioni potrebbero rivelarsi davvero esiziali. Non a caso la legge riserva al debitore il monopolio decisionale di provvedere - così lui, solo lui può decidere se squarciare o meno l'alone di riservatezza e confidenzialità che caratterizza l'allerta - alla pubblicazione della relativa decisione nel registro delle imprese. Ricordo come la legge delega aveva effettuata una ben precisa scelta di campo nell'attribuire alle sole sezioni specializzate la competenza sui procedimenti di regolazione delle crisi e che si sarebbe dovuta accompagnare anche alla modifica della geografia giudiziaria. Tutto ciò come sappiamo, non ha trovato attuazione nel decreto delegato se non per la parte di cui ora ci stiamo occupando. Rammento come lett. a del comma I dell'art. 17 attribuisce a questo Giudice il diritto di designare uno dei tre esperti che formeranno il Collegio col quale instaurerà un rapporto diretto e privilegiato in punto di proroga e revoca⁶³ delle concesse misure. Questo Tribunale invero sarà il destinatario non solo delle attestazioni che sanciranno quei "progressi significativi nelle trattative" ai fini della concessione della proroga di ulteriore

avverso il provvedimento del tribunale, non essendo in grado di incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale"; Fallimento, 2019, 2, 180 nota di CASA

⁵⁸ In senso dubitativo M. FERRO, *Codice della crisi d'impresa: le misure protettive e premiali nelle istituzioni di prevenzione della crisi*, in *Quotidiano* 14.1.2019, *Pluris*.

⁵⁹ Nello stesso senso, S. LEUZZI, *Cautela e protezione dell'impresa nelle procedure concorsuali*, consultabile su *ILCASO.IT*, 11 maggio 2019.

⁶⁰ L'omogeneità delle materie trattate, giustifica a mio avviso a ragione una interpretazione estensiva delle norme. Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 257.

⁶¹ Come esempio si pensi ad un ricorso per liquidazione posto da un creditore pubblico qualificato i quali per legge ex art. 15 comma VI possono usufruire per il tramite delle CCIA "un elenco nazionale dei soggetti sottoposti alle misure d'allerta" ovvero posto dal P.M. il quale ex art. 38 comma I ultima parte è tenuto ad attivarsi "in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza".

⁶² S. AMBROSINI, *Crisi ed insolvenza*, op. cit..

⁶³ Ritengo che il Tribunale possa adottare anche un provvedimento di modifica delle concesse misure e ciò in virtù di una interpretazione sistematica: il rinvio da parte del II comma dell'art. 20 alla norma di cui all'art. 55 (oltre che all'art. 54) che nel IV comma espressamente prevede oltre alla revoca anche la modifica delle misure protettive concesse.

tre mesi, ma anche delle segnalazioni degli atti di frode o dell'impossibilità di " *addivenire a una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per superare la crisi* " ai fini dell'adozione del provvedimento *anche d'ufficio* di revoca delle adottate misure. Quando si parla di *revoca, frode* il pensiero corre subito all'art. 173 della L.F. che a breve sarà sostituito dall'omologo art. 106 del CCII così rubricato " *atti di frode e apertura della liquidazione giudiziale nel corso della procedura* ". Qui il discorso si complica non di poco e meriterebbe più attente riflessioni considerato che per la S.C. la frode ai creditori⁶⁴ non si risolve mai in una nullità rilevabile ex officio, tutt'al più potrà parlarsi di inefficacia. Dunque della revoca in questo contesto bisogna offrirne una interpretazione assai restrittiva pur prendendo a prestito alcuni dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di fermo della procedura ex art. 173 L.F. ma non proprio tutti, perché abbiamo a che fare con istituti, e per natura che per struttura, profondamente diversi tra di loro. In proiezione atteso che il debitore può dichiarare di riservarsi la presentazione della domanda di concordato preventivo, sicuramente non rileveranno, gli atti immeritevoli, si ché non rivivranno i fantasmi del passato⁶⁵ e certamente non assumeranno importanza quei fatti reato che non siano funzionalmente connessi alla crisi o all'insolvenza a cui si sta tentando di porre rimedio in questa fase. Così delimitato il perimetro di indagine non resta ripeto che fornire degli atti di frode di cui all' art. 20 CCII una interpretazione assai restrittiva risolvendosi in quei fatti talmente gravi che, se proiettati nell'alveo di una procedura di concordato, ne determinerebbero sicuramente l'arresto, quali a titolo d'esempio l'occultamento o la dissimulazione di parte dell'attivo⁶⁶, l'omessa denuncia di uno o più crediti⁶⁷, l'esposizione di passività insussistenti⁶⁸. Ma le criticità non si arrestano qui in quanto appare sommamente difficile che il Giudice di propria iniziativa individui i fatti rivelatori di frode, occorrendo pur sempre che qualcuno glieli segnali e questo non potrebbe che essere il Collegio sindacale il quale ex art. 2403 cod. civ. è tenuto *a vigilare sull'osservanza della legge* con i conseguenti ed inevitabili rischi di un corto circuito atteso che lo stesso organo sicuramente è stato sentito in sede di concessione della misura a *sommario informazioni* giusto il disposto di cui all'art. 55 comma II del CCII. Gli altri fatti ritenuti rilevanti ai fini dell'adozione del provvedimento di revoca (*... non è possibile addivenire a una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per superare la crisi*) attengono alla mancata realizzazione della causa in concreto della procedura di allerta sicché non avrebbe alcun senso mantenere il blocco delle azioni esecutive e cautelari nell'ambito di una procedura inidonea a risolvere la crisi. In questo frangente dunque il Tribunale delle Imprese riacquisterà quella centralità sulla quale la legge delega tanto aveva investito e che il decreto delegato ha clamorosamente disatteso che realizzerà perseguendo la causa concreta dell'allerta che è quella di addivenire ad una composizione della crisi ovvero dell'insolvenza attraverso diverse formule organizzative, comunque riducendo la debitoria che sarà attestata dagli accordi di cui al IV comma dell'art. 19 CCII. Sebbene, sotto il profilo procedimentale, siano state avanzate delle riserve⁶⁹, ritengo che la decisione debba essere adottata dal Giudice inteso quale organo monocratico⁷⁰. L'impugnativa poi sarà devoluta alla cognizione del Tribunale quale organo collegiale giusti i principi del processo cautelare uniforme. In questo contesto proprio non rileva l'art. 40 comma I del CCII in quanto la riserva di collegialità riguarda esclusivamente " *l'accesso ad una delle*

⁶⁴ Cfr. Cass. n. 19196 /2016 secondo la quale : " In assenza di una norma che vieti, in via generale, di porre in essere attività negoziali pregiudizievoli per i terzi, il negozio lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non è, di per sé, illecito, sicché la sua conclusione non è nulla per illiceità della causa, per frode alla legge o per motivo illecito determinante comune alle parti, apprestando l'ordinamento, a tutela di chi risulti danneggiato da tale atto negoziale, dei rimedi speciali " .

⁶⁵ E' noto come dalla prima riforma del 2005 il legislatore abbia espunto la meritevolezza quale requisito di ammissione alla procedura di concordato preventivo abrogando le condizioni di cui ai n. 1,2 e 3 dell'art. 160 L.F.

⁶⁶ Cfr. Tribunale di Milano, 28 Aprile 2008 consultabile su *ILCASO.IT*.

⁶⁷ Cfr. Tribunale di Prato, 6 ottobre del 2019, consultabile su *IL CASO.IT*.

⁶⁸ Cfr. Tribunale di Bari, 7 aprile 2010 consultabile su *ILCASO.IT*.

⁶⁹ Cfr. M. FERRO, *op. cit.* p. 4; G. BOZZA, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁰ In effetti il CCII non scalfisce affatto il sistema delineatosi a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3 comma IV del D.L. n. 13 del 2017 il quale riserva al giudice monocratico della sezione specializzata ogni decisione.

procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza " e qui viceversa ci troviamo di fronte ad un procedimento già avviato, pur tralasciando di considerare la chiara natura amministrativa dell'allerta e della composizione assistita. Come appena visto, sul terreno schiettamente procedimentale il sistema delineato dagli artt. 54 e 55 del CCII non brilla di certo per chiarezza per cui eventuali lacune vanno colmate facendo applicazione delle regole di cui agli artt. 669 e segg. del cpc.. Proprio facendo saggia applicazione delle predette regole si risolve quel preventivo giudizio di compatibilità chiesto dall'art. 20 del CCII (" *il procedimento è regolato dagli articoli 54 e 55 in quanto compatibili*) che il Giudice dovrà risolvere assumendo come propria stella polare la realizzazione della causa concreta dell'allerta. Altro problema di non secondaria importanza è quello attinente all'individuazione dei legittimi contraddittori specie in questa fase in cui potrebbero mancare aggressioni al patrimonio responsabile del debitore. Ritengo, come già accennato in punto di revoca, che in mancanza di aggressioni non sia affatto necessario chiamare in causa tutti i creditori e ciò non soltanto per questioni di ordine pratico, ma anche perché il sistema conosce già di per sé il blocco di ogni azione dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese senza l'intermediazione di alcun altro soggetto. Non intendo qui passare in rassegna le singole misure che in concreto possono essere adottate nella fase dell'allerta e della composizione assistita tanto sono state ben enucleate dai primi commentatori ⁷¹, certamente però l'attenzione viene richiamata dalla possibile adozione in questa fase di quei provvedimenti ben specificati nel comma I dell'art. 54 del CCII di spossessamento del debitore nella gestione della propria impresa (" *inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio che appaiono secondo le circostanze....*) che ritengo indubbiamente adottabili dal Tribunale delle Imprese in casi limite di fronte a situazioni di manifesta insolvenza a cui il debitore non intende porre rimedio con un adeguato e ragionevole piano di ristrutturazione⁷².

4. IL PUBBLICO MINISTERO

Certamente più appagante dell'attuale art. 22 CCII la cui rubrica reca " *segnalazione al pubblico ministero* " risultava l'originario progetto di legge delega presentato dal Presidente della Commissione Renato Rordof alla Camera dei Deputati l'11 marzo del 2016. Era previsto infatti a valle di una serie di iniziative non coltivate a dovere dal debitore che l'Organismo ne notiziasse il Presidente della sezione specializzata il quale era tenuto a convocare il debitore, eventualmente nominando un professionista allo scopo di valutare se navigava entro il perimetro della crisi, nel qual caso gli assegnava un ulteriore termine allo scopo di porre in essere le misure ritenute idonee a risolverla, spirato il quale, veniva disposta la pubblicazione della relazione presso il registro delle Imprese. Questo intento, è noto, che ben si amalgamava con le regole di fondo in punto di degiurisdizionalizzazione dell'allerta, è stato disatteso, si ché a valle, quale collettore delle iniziative non andate a buon fine impera ora la presenza del Pubblico Ministero. Solo la storia potrà dirci se il cambiamento di rotta si sia rivelata una buona scelta. Sicuramente una mutata cultura d'impresa apporterebbe dei benefici ma, laddove ci si ostini al cambiamento, com'è probabile che accada, l'opzione si rivelerebbe peggiore dei mali, sia in termini di aggravamento del lavoro degli uffici della Procura che già assolvono delicati compiti in condizioni non certo ottimali, che delle sezioni fallimentari dei vari Tribunali, specie delle principali città italiane. Per non parlare poi dei riflessi negativi per il mondo delle imprese. Comunque la scelta è stata fatta e di ciò l'interprete non può che prenderne atto. La presenza del P.M. è segno tangibile della maggiore pervasività del pubblico negli strumenti di

⁷¹ Cfr. M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in www.osservatorio-oci.org. Altresì si rinvia agli scritti già citati di S. LEUZZI, *Cautela e protezione...*, nonché G. BOZZA, *Protezione del patrimonio...*

⁷² Un caso limite è costituito da una recente decisione del Tribunale di Catania del 28 febbraio del 2019, allo stato inedita, ma di prossima pubblicazione su *Il Fallimento*, nel quale il Tribunale in sede di preconcordato su sollecitazione del P.M. ha disposto il sequestro dell'intero patrimonio della debitrice nominando due custodi provvisori e non degli amministratori.

regolazione preventiva della crisi⁷³. Eloquente appare in proposito, nell'art. 39 del CCII, l'uso della locuzione " *in ogni caso* ". Il P.M. quindi dovrà attivarsi presentando domanda per la declaratoria di liquidazione giudiziale in presenza di uno stato di decozione a prescindere dalla fonte informativa, se qualificata o meno. Sul punto la relazione illustrativa appare chiara : " *la disposizione restituisce centralità al ruolo del pubblico ministero coerentemente con il ruolo attribuito a tale organo nelle procedure di allerta* ". Per quel che qui interessa, nelle procedure di allerta, il Pubblico Ministero rimarrà silente fino a quando il Referente, all'esito di una serie di attività non andate a buon fine, non gli trasmetta una relazione particolareggiata sulla sussistenza dello stato di insolvenza dell'imprenditore. Nel qual caso il P.M. rielaborerà il tutto esprimendo un giudizio di fondatezza che potrebbe trovare espressione, sempre che si convinca, nella richiesta di cui all'art. 39 del CCII di liquidazione giudiziale. Il sostrato normativo legittimamente ricalca l'iter seguito dalla S.U. con la decisione n. 9409 del 2013⁷⁴ resa per sanare i contrasti interpretativi avutisi all'indomani della riforma del 2006 che ha cancellato, com'è noto, il potere del Tribunale di dichiarare il fallimento d'Ufficio.

5. CONCLUSIONI, LO SPIRITO DEL TEMPO

Ho esordito citando Renzo Costi, in chiusura, dopo le svolte frammentarie pur incomplete riflessioni, mi pare appropriato richiamare il pensiero di un altro grande Maestro: Salvatore Satta. Nella presentazione della prima Edizione del Suo ormai celebre *Diritto Processuale Civile*⁷⁵ che ha formato generazioni di studiosi, l'insigne Giurista ebbe a sottolineare come " *Il libro è figlio del tempo, figlio e padre, anzi; e tra figlio e padre quel che si dice tempo potrebbe essere con un po' di sopportazione lo spirito* ". Parafrasando il pensiero di Satta e contestualizzandolo, porta a ritenere davvero gravosa l'attività dell'interprete se accostata ad un ordito normativo in cui vagheggiano anime diverse⁷⁶. Pur con tante oggettive difficoltà la Seconda Commissione Rordorf⁷⁷ aveva licenziato un articolato, sì migliorabile, comunque razionalmente ben strutturato. Le omissioni ed i successivi innesti sicuramente metteranno a dura prova l'attività degli operatori in un settore di per sé prossimo al corto circuito. Di ciò a dir il vero, non dobbiamo rammaricarci più di tanto, tante ne abbiamo viste e tante ancora, purtroppo, ne dovremo ancora vedere. Questo è lo *spirito del tempo*⁷⁸ in cui viviamo e di certo non v'è da rallegrarsene affatto.

⁷³ Per uno sguardo d'insieme Cfr. R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e confronto con quelle della legge fallimentare*, consultabile su *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 7-8/2019; P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche a prima lettura sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, sempre consultabile su DPC, n. 5/2018; F. DI VIZIO, *Codice della crisi d'impresa: il ruolo del Pubblico Ministero*, Fonte, PLURIS.IT.

⁷⁴ Cfr. M. AIELLO, *La segnalazione dell'insolvenza da parte del pubblico ministero: un contrappeso all'abrogazione del fallimento in via ufficiosa*, fonte PLURIS.IT.

⁷⁵ La presentazione della prima edizione può leggersi S.SATTA, C. PUNZI, XIII Edizione *Diritto Processuale Civile*, Padova, 2000.

⁷⁶ Cfr. M. FABIANI, *La par condicio creditorum...*, *op. cit.* ove mette in rilievo come " *il tessuto normativo attuale è ambiguo. Da un lato, riscontriamo la debolezza del sistema revocatorio e, quindi potremmo essere indotti a pensare che la legge preferisce il valore della continuità dell'impresa; la previsione di un favor per il concordato in continuità e, addirittura, la netta preferenza della continuità nelle amministrazioni straordinarie sembrerebbero dirci che si è intrapresa la strada del risanamento. Ma poi, se leggiamo le regole del concordato, immediatamente cogliamo che il favor verso la continuità è (ancora) solo un mezzo per assicurare ai creditori il loro miglior soddisfacimento, nonostante le recenti contaminazioni con l'amministrazione straordinaria* ".

⁷⁷ L'iter normativo che ha portato alla promulgazione del decreto legislativo n. 14 del 2019 è consultabile sul sito dell'O.C.I. al seguente indirizzo <https://www.osservatorio-oci.org>.

⁷⁸ Locuzione questa ripresa ancora da S.SATTA, *op. cit.*.