

LE MISURE PROTETTIVE E CAUTELARI NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI*

LAURA BACCAGLINI
*Professore ordinario
nell'Università di Trento*

SOMMARIO: 1. La protezione del patrimonio nella composizione negoziata della crisi – 2. Il contenuto delle misure protettive – 3. La selettività soggettiva delle misure protettive – 4. (segue) Quando, e fino a quando, è possibile una selezione delle misure protettive, o dei loro destinatari – 5. Le misure cautelari – 6. Profili processuali del procedimento di conferma, revoca modifica delle misure protettive e/o concessione delle misure cautelari - 7. Il vaglio del giudice in sede di conferma (o revoca) delle misure protettive – 8. La durata delle misure protettive: la loro proroga e revoca. Presupposti e procedimento – 9. Revoca o mancata conferma delle misure protettive e decorrenza degli effetti

1. – Risale al decreto legge 24 agosto 2021, n. 118 l'idea di introdurre nel sistema concorsuale l'istituto della composizione negoziata della crisi. Lo scopo dichiarato era quello di istituzionalizzare la fase delle trattative tra debitore e creditori volte ad individuare una soluzione per il superamento della crisi. Il D.L. n. 118/2021 ha costruito un percorso negoziale guidato da un esperto (con il compito di facilitare quelle trattative), e protetto per effetto dell'operare di misure di carattere provvisorio, volte ad inibire, nel tempo necessario a portare a termine le trattative, l'esercizio di legittimi poteri processuali o stragiudiziali di aggressione del patrimonio del debitore: le misure protettive e quelle cautelari¹.

La scelta compiuta dal D.L. n. 118/2021 è stata certamente coraggiosa, se si considera che la protezione del patrimonio opera in un contesto estraneo alla concorsualità, qual è quello della composizione negoziata: manca, qui, un organo della "procedura" (un commissario giudiziale o un curatore), perché al ruolo rivestito da queste figure non può certo essere parificato quello dell'esperto; il debitore che accede al percorso resta *in bonis*, non subisce

* Il presente scritto sarà pubblicato nel Trattato della crisi e dell'insolvenza, a cura di M. Arato, G. D'Attorre, M. Fabiani, di prossima pubblicazione.

¹ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2023, pp. 73-74; F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 457 ss.; S. DI AMATO, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2022, p. 17 ss.; P. VELLA, *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII*, in *Il fall.*, 2021, p. 1489 ss.

alcuno spossessamento, nemmeno in forma attenuata; la presenza del giudice è prevista in ipotesi tassative².

Tuttavia, la consapevolezza che ad uno svolgimento sereno di quelle trattative possa contribuire la temporanea sterilizzazione di ogni iniziativa processuale o stragiudiziale dei creditori sul patrimonio del debitore, ha indotto il legislatore ad importare un istituto (quello della protezione del patrimonio) già noto nell'ambito del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione³. Nel D.L. n. 118/2021 lo si è fatto a futura memoria, tenendo conto cioè delle rilevanti novità in tema di protezione del patrimonio che il CCII, una volta entrato in vigore, avrebbe apportato⁴: ciò spiega perché già nel citato D.L. si parlasse di misure protettive, si subordinasse il loro operare ad un'apposita istanza di parte, si introducesse un procedimento volto alla loro conferma e a stabilirne la durata.

La disciplina della composizione negoziata, oggi collocata nel II titolo del CCII, riproduce in buona parte quella che si legge nel D.L. n. 118/2021, anche rispetto al tema della protezione del patrimonio. Di ciò si occupano gli artt. 18-19 CCII i quali, nel riprendere sostanzialmente gli artt. 6-7, cit. D.L., individuano quando e come il debitore, che acceda a questo percorso, possa impedire ai creditori, con iniziative giudiziali o stragiudiziali, di disgregarne il patrimonio, pregiudicando la buona riuscita delle trattative⁵. Rispetto agli

² I. PAGNI - M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata della crisi*, in *Il fall.*, 2021, p. 1480 ma anche Cass. Sez. Un., 31 dicembre 2021, n. 42093, in *Il fall.*, 2022, 356 con nota di G.B. NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*.

³ Il riferimento è agli artt. 168 e 182 *bis* commi 3 e 6, l. fall., il cui contenuto è stato riprodotto, *in parte qua*, non senza novità di rilievo, negli artt. 54-55 CCII.

⁴ Sul regime dettato dal Codice della crisi, già nella versione del D. lgs. n. 14/2019 quanto alle misure protettive e cautelari negli attuali strumenti di regolazione della crisi, si v. M. FABIANI, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 849 ss.; I. PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Le società* 2019, p. 438; G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *www.ilcaso.it*, 18 luglio 2021; S. LEUZZI, *Cautela e protezione dell'impresa nelle procedure concorsuali*, in *www.ilcaso.it*, 11 maggio 2019; S. SANZO, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in S. SANZO, D. BURRONI (a cura di), *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 37 ss., part. p. 94 ss.; F. LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, fascicoli speciali de *Il civilista*, II, Milano, 2019, p. 61 ss. Sulla disciplina attuale della protezione del patrimonio nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza: R. GIORDANO, *Sub artt. 54 e 55*, in F. DI MARZIO (diretto da), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2022, p. 224 ss.; F. LAMANNA, *Il Codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano, 2022, p. 190 ss.; P. BORTOLUZZI, *Sub artt. 18-19 CCII*, in (diretto da A. MAFFEI ALBERTI), *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, Milano, 2023, p. 110 ss.

⁵ Sulle misure protettive nella composizione negoziata della crisi, si v. L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 12 ottobre 2021, poi in *Le nuove misure di composizione della crisi di impresa, Diritto della crisi, speciale riforma*, 2021, p. 59 ss.; F. DE SANTIS, *Le misure protettive e il procedimento relativo alle*

artt. 6-7, cit. D.L., gli artt. 18-19 CCII contengono soltanto qualche opportuna precisazione (che esplicita soluzioni cui si poteva giungere in via interpretativa, e alle quali, del resto, parte della giurisprudenza era già pervenuta), ma anche qualche novità⁶.

La definizione di misure protettive che si ritrova all'art. 2 lett. p) CCII contiene un implicito richiamo alla composizione negoziata: è previsto che l'imprenditore possa avvalersi di misure temporanee volte ad evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi, «*sin dalla fase delle trattative*», ancor prima dell'accesso a uno strumento di regolazione della crisi.

Nella composizione negoziata, così come negli strumenti di regolazione della crisi (artt. 54-55 CCII), la protezione del patrimonio opera solo su richiesta del debitore⁷: la domanda potrà proporsi contestualmente all'istanza di nomina dell'esperto depositata presso la Camera di Commercio, ma anche successivamente, nel corso della composizione negoziata. Nel primo caso, la protezione del patrimonio avrà effetto dal momento della pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese (momento che segna

misure cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa, in *Il fall.*, 2021, p. 1536 ss.; G. COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive»*. Note a prima lettura degli artt. 6 e 7 d.l. 118/2021, in *www.inexecutivis.it*, 15 ottobre 2021; M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, in *www.ilcaso.it*, 24 dicembre 2021; L. BACCAGLINI, *Il procedimento di conferma, revoca, modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari nella composizione negoziata della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 635 ss.; EAD., *Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali*, in *Il fall.*, 2022, p. 1251 ss.; A. CARRATA, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 18 maggio 2022; ID., *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d. lgs. 83/2022*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 859 ss.; A. DIDONE, *Le misure protettive/cautelari*, in *Il fall.*, 2022, p. 1251 ss.; G. RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 285 ss.; A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, in M. IRRERA, A. CERRATO (diretto da), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Torino, 2022; F. DE SANTIS, *Sub artt. 18-19*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 116 ss.; G. IVONE, *Misure protettive e cautelari, autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti nelle nuove regole sulla crisi di impresa*, in G. SANCETTA, A. I. BARATTA, C. RAVAZZIN, *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, Milano, 2022, p. 105 ss.; R. GIORDANO, *Sub artt. 18 e 19*, in F. DI MARZIO, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 64 ss.; F. LAMANNA, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d'impresa*, fascicolo speciale de *Il civilista*, Milano, 2021, p. 77 ss.; S. DI AMATO, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 36 ss.; F.S. DAMIANI, *La composizione negoziata della crisi di impresa e il concordato semplificato*, in (a cura di) G. TRISORIO LIUZZI, *Diritto della crisi d'impresa*, Bari, 2022, 59 ss.

⁶ Quella di maggior rilievo è rappresentata dalla soluzione al problema se il venir meno delle misure protettive (per revoca o scadenza del termine assegnato dal giudice) abbia effetto retroattivo o irretroattivo, su cui infra § 9.

⁷ Il legislatore del D.L. n. 118/2021 si allinea così alla Dir. UE n. 1023/2019, che imponeva infatti agli Stati membri di abrogare l'automaticità della protezione del patrimonio, legata al mero accesso ad un quadro di ristrutturazione preventiva (benché tale non possa qualificarsi la composizione negoziata della crisi).

l'inizio del percorso)⁸; nel secondo, il *dies a quo* coincide con la pubblicazione della relativa istanza nel medesimo registro.

L'efficacia immediata delle misure protettive nei termini anzidetti è comunque provvisoria, essendo condizionata, da un lato, alla proposizione di una domanda giudiziale volta alla loro conferma, revoca o modifica (il ricorso di cui discorre l'art. 19, comma 1, CCII) e, dall'altro lato, all'accoglimento di quella domanda da parte del tribunale, all'esito del procedimento descritto dall'art. 19 CCII: quello deputato ad ospitare anche la cognizione e la decisione sulle eventuali istanze dell'imprenditore volte ad ottenere, ove occorra, l'adozione di provvedimenti cautelari necessari a condurre a termine le trattative⁹.

2. – Il catalogo delle misure protettive fruibili nella composizione negoziata trova luogo nell'art. 18 CCII: spetta all'imprenditore scegliere se e di quali avvalersi, stabilire chi siano i soggetti che intende farne destinatari (sul profilo della selettività soggettiva, v. *infra*).

1) Nell'art. 18, compare, anzitutto, il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, ovvero sui beni e i diritti per mezzo dei quali quest'ultimo esercita la sua attività di impresa.

La misura evoca il cd. *automatic stay*, che nel regime previgente conseguiva alla pubblicazione della domanda di concordato preventivo ex art. 168 l.fall. nel registro delle imprese.

Le divergenze rispetto alla norma della legge fallimentare sono più d'una. Di là dal fatto che non siamo in presenza di una procedura concorsuale

⁸ È l'accettazione dell'esperto che rende pendente il percorso, non già la semplice istanza di nomina, depositata dall'imprenditore ai sensi dell'art. 17, co. 1, CCII (art. 2 D.L. n. 118/2021): in questo senso, Trib. Palermo, 26 novembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it che ha condivisibilmente dichiarato il fallimento di una società, escludendo ogni rilievo alla circostanza che la fallenda avesse depositato istanza di nomina dell'esperto, ritenendo che, ai fini della preclusione prevista dall'art. 6 D.L. n. 118/2021, fosse necessaria la pubblicazione dell'accettazione dell'esperto; v. anche Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it.

La pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese condiziona anche la legittimità dell'intervento del tribunale, ai fini del rilascio delle autorizzazioni di cui all'art. 22 CCII (art. 10 D.L. n. 118/2021), onde attribuire ad un finanziamento il crisma della preveducibilità o consentire il trasferimento di un'azienda o di un suo ramo ad un cessionario, sollevando quest'ultimo dall'accollo cumulativo dei crediti pregressi). *Contra*, Trib. Treviso, 22 dicembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it, con nota di A. DENTAMARO, *Composizione negoziata della crisi, mancata nomina dell'esperto e autorizzazione a contrarre finanziamenti preveducibili ex art. 10 D.L. 118/2021*, che invece ha autorizzato alla preveducibilità un finanziamento prima ancora che la Camera di commercio avesse provveduto a nominare l'esperto.

⁹ M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari*, cit., p. 3 (ma anche 5-6, testo e nt. 9); A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 3; si v. se si vuole, L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, in *Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa*, cit., p. 59 ss.

e che lo *stay* esecutivo e cautelare oggi non è più automatico ma *on demand* (perché subordinato ad istanza di parte) l'art. 18 CCII (così come l'art. 54, comma 2, CCII nel contesto degli strumenti di regolazione della crisi) amplia la portata oggettiva del divieto di azioni esecutive e cautelari, esteso anche quelle che hanno ad oggetto non solo beni di proprietà del debitore, ma anche beni e diritti con cui il debitore esercita l'attività di impresa.

Si avalla, in questo modo, quella lettura in senso dinamico del concetto di patrimonio del debitore (comprensiva anche dell'insieme di rapporti giuridici facenti capo a quest'ultimo: dunque, anche beni concessi in *leasing* o in locazione al debitore) che una parte della giurisprudenza di merito aveva accolto applicando l'art. 168 legge fall.¹⁰

Oggi, dunque, lo *stay* esecutivo può colpire anche le esecuzioni forzate intraprese dai proprietari per il rilascio degli immobili (in cui si svolge l'attività commerciale), se l'imprenditore, che ne è il conduttore, si è avvalso della protezione del patrimonio, nell'accedere alla composizione negoziata¹¹.

Da un punto di vista processuale, l'inibitoria si traduce in una improcedibilità temporanea dell'esecuzione forzata¹², che decorre dal momento in cui la misura protettiva acquista efficacia (ossia dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese) e cessa con la revoca della misura che può intervenire: i) quasi nell'immediato, se il debitore non dovesse chiederne tempestivamente la conferma *ex art. 19* o se il tribunale ne rigettasse l'istanza per mancanza di presupposti; ii) dopo la conferma delle misure, se v'è istanza dei creditori o dell'esperto motivata sul presupposto dell'eccessivo pregiudizio dei creditori o della non funzionalità delle misure protettive al buon esito delle trattative (art. 19, co. 6, CCII).

¹⁰ Trib. Frosinone, 19 giugno 2020, in *DeJure*; Trib. Roma, 13 agosto 2018, *ivi*; Trib. Udine, 24 settembre 2017, in *www.unijuris.it*; Trib. Milano, 19 agosto 2015, in *Dir. fall.*, 2016, II, p. 539; Trib. Milano, 17 luglio 2015, in *www.ilcaso.it*, con nota favorevole di N. TRAVERSO, *Concordato preventivo, divieto di esecuzioni e nozione di "patrimonio del debitore" ai sensi dell'art. 168 l.f.: commento alle ordinanze del tribunale di Milano, del 17/7/2015 e 19/8/15*; Trib. Frosinone 24 ottobre 2014, in *Il fall.*, 2015, 835. In senso contrario, Trib. Venezia, 22 dicembre 2016, in *www.ilfallimentarista.it*; Trib. Bari, 6 ottobre 2016, in *www.ilprocessocivile.it*; Trib. Bergamo, 28 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Aosta, 20 febbraio 2014, *ivi*; Trib. Bolzano, 22 marzo 2013, *ivi*; Trib. Terni, 16 ottobre 2012, in *Il fall.*, 2013, p. 499; Trib. Milano, 18 marzo 1985, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 496.

Per una sintesi delle diverse posizioni assunte dagli A. quanto all'interpretazione del concetto di patrimonio *ex art. 168 l. fall.*, M. Spadaro, *La protezione del patrimonio del debitore in concordato preventivo, tra interpretazione estensiva dell'art. 168 l. fall. e nuove misure protettive e cautelari previste dal codice della crisi*, in *Il fall.*, 2017, p. 521.

¹¹ Trib. Asti 3 marzo 2022, in *www.ilcaso.it*; Trib. Venezia, 6 febbraio 2023, *ivi*, che ha esteso le misure protettive agli immobili di proprietà di soci e garanti; Trib. Vicenza, 1° agosto 2022, in *www.fallimentiesocietà.it*.

¹² Che sarà solo il g.e. a poter disporre. Pertanto, una volta concessa la misura protettiva, se l'azione esecutiva venisse ugualmente intrapresa, la questione se quell'azione potesse essere iniziata o proseguita sarà di competenza esclusiva del giudice dell'esecuzione e potrà essere oggetto dei rimedi previsti dal III libro del c.p.c.: Trib. Milano, 5 agosto 2022, in www.dirittodellacrisi.it. Di recente, si v. anche Cass., 26 luglio 2023, n. 22715.

Fin dal momento in cui la misura produce effetti (dunque a prescindere dal provvedimento di conferma) il giudice dell'esecuzione, su istanza del debitore esecutato, è tenuto a provvedere ai sensi dell'art. 623 c.p.c., limitandosi a prendere atto dell'arresto temporaneo del processo, senza alcun potere di sindacato¹³. Si tratta di un provvedimento non impugnabile, i cui effetti cessano quando, archiviata la composizione negoziata, i creditori riassumeranno l'esecuzione ai sensi dell'art. 627 c.p.c. Il *dies a quo*, dal quale computare il termine dei sei mesi di cui alla norma da ultimo citata, decorrerà da quando il provvedimento di revoca, pronunciato ai sensi dell'art. 20, comma 6, CCII non sarà più reclamabile *ex art. 669-terdecies c.p.c.*

L'improcedibilità temporanea – qui come nel caso in cui le misure protettive accompagnino la domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi¹⁴ – non comporta l'inefficacia del pignoramento già compiuto. Pertanto, in caso di espropriazione presso terzi, non vi sarà alcuna liberazione delle somme pignorate (che, se versate sul conto corrente, rimarranno indisponibili per il debitore fino al raggiungimento di quanto precettato, aumentato della metà: art. 546, co. 1, c.p.c.)¹⁵. Non si verifica alcun effetto di estinzione dell'esecuzione, che potrà avvenire, semmai, solo a conclusione del percorso di composizione negoziata (mediante rinuncia dei creditori, *ex art. 632 c.p.c.*) e sempre che il suo esito non coincida con quello dell'apertura di una procedura concorsuale¹⁶.

2) La seconda misura protettiva indicata nell'art. 18 CCII consiste nel divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione che non siano stati concordati con l'imprenditore. La norma non riproduce integralmente il contenuto del vecchio art. 168 l. fall., che contemplava anche l'inopponibilità delle ipoteche iscritte nei 90 giorni antecedenti il deposito della domanda di concordato preventivo (e che, in quel contesto, resta tutt'ora un effetto destinato a prodursi *ex lege* in forza dell'art. 46 CCII).

La scelta (diversa) compiuta dall'art. 18 si giustifica perché, nella composizione negoziata, non v'è l'esigenza di impedire ai creditori l'acquisto di posizioni di vantaggio rispetto agli altri, nemmeno quando ciò avvenga a

¹³ Discute nel dettaglio della compatibilità o meno, con il percorso di risanamento, degli atti esecutivi, di cui il giudice potrebbe disporre comunque il compimento a norma dell'art. 626 c.p.c. (in particolare, la liberazione degli immobili pignorati e la pronuncia del decreto di trasferimento di immobili aggiudicati prima che la misura divenisse efficace), R. D'ALONZO, *La composizione negoziata della crisi e l'interferenza delle misure protettive nelle procedure esecutive individuali*, in *Riv. esec. forz.*, 2021, pp. 889-890.

¹⁴ Trib. Roma, 24 luglio 2020, in *DeJure*.

¹⁵ Trib. Milano, 26 gennaio 2022, in www.dirittodellacrisi.it e in *Riv. es. forz.* 2022, p. 295 ss. con commento di D. CAPEZZERA e A. FAROLFI; Trib. Napoli Nord, 26 ottobre 2022, in www.osservatorio-oci.org.

¹⁶ Trib. Milano 26 gennaio 2022, cit., che si rifà, al riguardo, a Cass., 2 dicembre 2015, n. 25802.

ridosso dell'accesso al percorso¹⁷. Del resto, quand'anche la composizione negoziata sfociasse in un accordo (art. 23) non v'è la necessità di rispettare alcun ordine di distribuzione delle somme, sì che non si pone un problema di violazione della *par condicio*.

Si è ricordato che il debitore che accede al percorso resta *in bonis*, non subisce alcuno spossessamento, nemmeno in forma attenuata: questo spiega perché l'art. 18 precisa che l'imprenditore, pur quando si avvalga delle misure protettive, rimanga libero di effettuare pagamenti e di compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (benché con il *caveat* imposto dall'art. 21, comma 2, CCII)¹⁸, dunque anche di concedere ipoteche¹⁹.

3) Ai creditori, colpiti dalle misure protettive già indicate, è inibito, per ciò solo, l'esercizio di poteri di autotutela negoziale nei confronti del debitore: essi non possono risolvere il contratto, rifiutarne l'adempimento, anticiparne la scadenza o modificarla in danno del debitore, per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori alla pubblicazione dell'istanza di nomina dell'esperto. È una misura protettiva pensata per garantire la continuità aziendale, tant'è vero che la norma si riferisce ai creditori che siano parti di contratti di durata: la sterilizzazione di quel potere di autotutela negoziale consegue *ex lege* nei confronti di coloro che siano destinatari dello *stay* esecutivo e cautelare²⁰.

Peraltro, a mo' di contrappeso, volto a tutelare anche la posizione dei creditori, l'ultimo periodo dell'art. 18, comma 5, CCII legittima gli stessi a sospendere l'adempimento dei contratti pendenti finché le misure protettive non siano state confermate. In ogni caso, l'eventuale inadempimento di crediti maturati successivamente alla richiesta di misure protettive (per

¹⁷ G. RANA, *Le misure protettive e cautelari*, cit., pp. 285 e 288. F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.*, in *www.ilfallimentarista.it*, 7 ottobre 2021, p. 7; Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022, *Il fall.*, 2022, p. 1091 ss.

¹⁸ In questo senso, dunque, si è scritto che la protezione del patrimonio nella composizione negoziata costituisce una "moratoria unilaterale", perché volta a cristallizzare la situazione patrimoniale esistente nel momento in cui si accede al percorso negoziale, senza però impedire i pagamenti spontanei che provocherebbero pregiudizi a cascata per i creditori ma al contempo sanzionando il compimento di atti non coerenti con le trattative, al punto da comportare la revoca delle misure protettive, previa segnalazione scritta dell'esperto al giudice: I. PAGNI - M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata*, cit., 1480.

¹⁹ Per il Trib. Ivrea, 17 febbraio 2023, in *www.ilcaso.it*, si tratterebbe di un effetto "naturale" dell'istanza di conferma delle misure protettive, che, al pari dell'inibitoria dei poteri di autotutela negoziale nei confronti dei creditori interessati dallo *stay* esecutivo e cautelare, consegue automaticamente alla dichiarazione dell'imprenditore di volersi avvalere di tale *stay*.

²⁰ Trib. Bergamo, 8 maggio 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Modena, 26 dicembre 2022, *ivi*; Trib. Padova, 12 ottobre 2022, in *www.ilcaso.it*; Trib. Pescara, 9 maggio 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*.

l'appunto già efficaci) legittimerà il creditore ad avvalersi delle clausole *ipso facto*²¹.

Una previsione particolare è rivolta agli istituti bancari, ai quali l'art. 16, comma 5, preclude la sospensione o la revoca degli affidamenti per il solo fatto che il debitore abbia fatto accesso alla composizione negoziata della crisi, a meno che ciò non sia richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, previa comunicazione, in ogni caso, delle ragioni della decisione assunta dalle banche²². Ciò significa che, prima ancora che (o a prescindere dal fatto che) il debitore abbia dichiarato di avvalersi di misure protettive, le banche non possono revocare o sospendere gli affidamenti in corso, solo perché l'imprenditore sia entrato in composizione negoziata. Si tratta di un divieto che opera *ex lege* (diversamente da quello imposto dall'art. 18, comma 5, che invece opera di rimessa se il debitore ha dichiarato di avvalersi delle misure protettive)²³.

4) La richiesta di misure protettive comporta, per ciò solo, anche l'inibitoria della pronuncia della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale.

Si tratta di una misura *sui generis* perché, da un lato, essa opera quand'anche non sia stata espressamente richiesta²⁴. L'effetto inibitorio decorre da quando il debitore abbia dichiarato di volersi avvalere delle (altre) misure protettive²⁵ e, dall'altro lato, non esige un vaglio di fondatezza da parte del tribunale in sede di conferma²⁶.

Appaiono peraltro opportune alcune precisazioni: proprio perché la norma discorre di inibitoria della (sola) sentenza, non è precluso ai creditori, ai sindaci o al p.m.²⁷ di depositare l'istanza di liquidazione giudiziale,

²¹ In questo senso, Trib. Firenze, 28 novembre 2022, in www.dirittodellacrisi.it; M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., 78.

²² In argomento, G. PRESTI, *Le banche e la composizione negoziata della crisi*, in www.dirittodellacrisi.it; S. BONFATTI, e S. RIZZO, *La "vigilanza prudenziale" nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, ivi; A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023, p. 122.

²³ Trib. Padova, 25 settembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it.

²⁴ Discorre di sospensione *ex lege* della procedura prefallimentare, Trib. Lecce, 23 maggio 2022, in www.dirittodellacrisi.it.

²⁵ Così, condivisibilmente, App. Firenze, 21 marzo 2023, in www.dirittodellacrisi.it, che ha rigettato il reclamo proposto avverso la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, proposto dal debitore che, in pendenza del procedimento *ex art. 41 CCII*, aveva proposto istanza di accesso alla composizione negoziata. I giudici di secondo grado hanno motivato il rigetto osservando che la mancata conferma delle misure protettive, al pari della mancata richiesta, non preclude al tribunale concorsuale l'apertura della liquidazione giudiziale.

²⁶ Trib. Mantova, 1° giugno 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Trento, 23 settembre 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Vicenza, 18 febbraio 2022, in www.fallimentiesocietà.it; Trib. Roma, 3 febbraio 2022, in www.ilcaso.it.

²⁷ È invece precluso l'accesso alla composizione negoziata al debitore, che abbia già proposto istanza di autoliquidazione (l'art. 25-*quinquies* CCII). Vero è che la norma,

accompagnata, se del caso, dalla richiesta di misure cautelari *ex art. 54*, comma 1, CCII: se questa vi sarà, il tribunale concorsuale, chiamato a stabilire se concedere o non concedere i provvedimenti richiesti (*art. 55*, comma 2), dovrà tener conto delle misure protettive confermate in sede di composizione negoziata.

Nell'ipotesi opposta (in cui l'istanza di apertura della liquidazione giudiziale preceda l'accesso alla composizione negoziata), sarà il tribunale adito *ex art. 19* a dover tener conto, ai fini della conferma delle misure protettive, delle misure cautelari già efficaci *ex art. 54*, comma 1, CCII. Resta inteso che il procedimento *ex art. 41* CCII, già pendente al momento dell'accesso alla composizione negoziata, subirà una sorta di arresto temporaneo (o di sospensione *sui generis*), sino alla sua archiviazione²⁸.

5) Il quadro delle misure protettive si completa con l'*art. 20* CCII che legittima il debitore (al momento della richiesta di nomina dell'esperto, ma anche in momento successivo) ad avvalersi, sino alla chiusura del percorso, della sospensione degli obblighi previsti dagli *artt. 2446*, commi 2 e 3, *2447*, *2482-bis*, commi 4, 5, 6, e *2482-ter c.c.*, evitando che si verifichi lo scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli *artt. 2484*, comma 1, numero 4), e *2545-duodecies* del codice civile..

Anche in questo caso, così come in quello previsto per l'inibitoria della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, la misura protettiva non esige conferma da parte del tribunale²⁹; la sua efficacia decorre dalla pubblicazione dell'accettazione della nomina dell'esperto nel registro delle

al primo comma, fa generico riferimento alla presentazione di un ricorso *ex art. 40*, senza precisare che esso rappresenta una ragione ostativa all'accesso alla composizione negoziata solo quando provenga dal debitore (in questo senso anche F. LAMANNA, *Il Codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, cit., p. 143). Tanto che una interpretazione letterale dell'*art. 25-quinquies* potrebbe indurre a ritenere che la preventiva domanda di liquidazione giudiziale, anche quando proposta da un soggetto diverso dal debitore, impedisca a quest'ultimo di chiedere la nomina dell'esperto (così hanno concluso Trib. Palermo, 22 maggio 2023 e Trib. Pesaro, 21 agosto 2023, entrambi in www.dirittodellacrisi.it; in senso opposto, invece, Trib. Bologna, 23 giugno 2023, *ivi*; Trib. Tempio Pausania, 12 ottobre 2023, *ivi*; Trib. Trani, 30 settembre 2023, *ivi*; Trib. Arezzo, 27 ottobre 2022, *inedita*; Trib. Torre Annunziata, 20 luglio 2023, in www.ilcaso.it). Quella fondata sul dato letterale (che induce a precludere l'accesso alla composizione negoziata della crisi in presenza di un ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale, proposto da un soggetto diverso dal debitore) è, a mio modo di vedere, una lettura non condivisibile, che trova a mio avviso smentita proprio nell'*art. 19* CCII. La norma, nel chiedere al tribunale, adito per la conferma delle misure protettive nella composizione negoziata, di tener conto di eventuali misure cautelari, concesse nel procedimento di liquidazione giudiziale, dimostra come l'istanza di cui all'*art. 40* CCII (quando ovviamente non provenga dal debitore stesso) possa precedere l'istanza di nomina dell'esperto *ex art. 17* CCII.

²⁸ G. RANA, *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari*, in *Il fall.*, 2022, p. 153 ss.; Trib. Lecce, 23 maggio 2022, in www.ilcaso.it.

²⁹ Trib. Mantova, 1° giugno 2022, *cit.*; Trib. Trento, 23 settembre 2022, *cit.*; Trib. Padova, 20 luglio 2022, *cit.*, che pure, un poco equivocamente, discetta di "conferma di una misura *ex lege*"; analogamente, Trib. Padova, 25 febbraio 2022.

imprese e cessa a partire dalla pubblicazione, nel medesimo registro, del provvedimento con il quale il giudice revoca le misure protettive o rigetta l'istanza di conferma (artt. 20, comma 2; 18, comma 4; 19, comma 6, CCII).

L'art. 18, comma 3, precisa che sono esclusi dalle misure protettive i lavoratori. Questo trattamento di *favor* trova giustificazione nell'art. 6, comma 2, Dir. 1023/2019, cui già il legislatore del D.L. n. 118/2021 (che quell'esclusione conteneva) si era ispirato: la *ratio* di tutela dei lavoratori è legata all'esigenza, cui si accorda l'intera disciplina della composizione negoziata, di salvaguardare il bene "azienda" nel tentativo di darle continuità (diretta o indiretta). Non si assiste qui ad alcun riparto dell'attivo, sicché invocare, ad es., il privilegio riconosciuto ai crediti maturati dai lavoratori non sarebbe conferente.

L'esenzione dalle misure protettive, di cui essi beneficiano, non è priva di ricadute processuali posto che li legittima a proseguire un'esecuzione, in cui fossero intervenuti o a promuoverne una nuova³⁰. La situazione è simile a quella cui si assiste, nel processo esecutivo, quando viene inibita dal giudice d'appello l'efficacia esecutiva della sentenza di condanna, con la quale il creditore precedente abbia instaurato l'azione esecutiva. Circostanza, questa, che non preclude la prosecuzione dell'esecuzione in corso se vi siano intervenuti creditori muniti di titolo esecutivo. All'imprenditore non resterà che affrettarsi ad adempiere perché il lavoratore rinunci all'intervento, ovvero domandare la conversione del pignoramento (quando l'oggetto pignorato è un *asset* aziendale), benché la somma sarà parametrata sul valore del bene in origine pignorato, quale che sia l'importo del credito per il quale il lavoratore è intervenuto.

3. – La natura, schiettamente negoziale, della composizione negoziata giustifica la libertà dell'imprenditore nella scelta dei soggetti da coinvolgere nelle trattative. La selettività, che costituisce un tratto caratterizzante l'istituto³¹, si riflette anche sull'estensione soggettiva della protezione del patrimonio, che l'imprenditore è libero di ritagliare a suo piacere, scegliendo se destinare le misure protettive all'intera compagine dei creditori, ovvero ad alcuni soltanto di essi: una protezione, insomma, *cd. su misura*³².

³⁰ Per contro, questo trattamento di *favor* non si spinge sino a legittimare i lavoratori ad insistere per la dichiarazione giudiziale del debitore in composizione negoziata. Ferma restando la legittimità dell'iniziativa *ex art. 40 CCII*, è escluso che il procedimento *ex art. 41 CCII* possa proseguire solo perché promosso da un lavoratore. Ragionare in senso contrario significherebbe attribuire al lavoratore il ruolo di arbitro delle trattative che caratterizzano la composizione negoziata (in questi termini, App. Potenza, 27 dicembre 2022, in *Il fall.*, 2023, p. 521 con nota di R. BELLÉ, *Misure protettive nella composizione negoziata e pronuncia sul fallimento o sulla liquidazione giudiziale. Crediti dei lavoratori e profili sistematici*).

³¹ I. PAGNI - M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata*, cit., p. 1480.

³² G. RANA, *Le misure protettive e cautelari*, cit., p. 288.

Questa soluzione, già adombrata dall'art. 6, comma 5, D.L. n. 118/2021, trova un'esplicita conferma nell'art. 18 CCII, che, dopo aver precisato che le misure protettive di cui l'imprenditore può avvalersi sono limitate ai creditori interessati (comma 1), ribadisce che l'imprenditore può circoscrivere gli effetti delle misure protettive a determinate categorie di creditori o a determinati creditori (comma 3).

La possibilità per l'imprenditore di selezionare i destinatari delle misure protettive dà ragione del perché la composizione negoziata sollevi interrogativi inediti: ci si chiede come si individuino i destinatari delle misure protettive; fino a quale momento una selezione delle misure (o dei loro destinatari) possa essere compiuta; se, come e quando sia possibile ampliare l'ambito soggettivo delle misure già operanti, o domandarne di nuove quando già è in corso la composizione negoziata (se, ad esempio, profittando della pendenza del procedimento di conferma *ex art. 19 CCII* ovvero, necessariamente, con una nuova istanza di applicazione); in forza di quali criteri il giudice valuti la scelta compiuta dall'imprenditore e confermi dunque le misure richieste; infine, quali strumenti di reazione vadano riconosciuti ai creditori destinatari di una misura protettiva.

A questi quesiti, si affiancano quelli, già discussi, relativi alle conseguenze che il divieto di azioni esecutive individuali importa sulle esecuzioni in corso.

La risposta al primo degli interrogativi richiamati (*i.e.*: come l'imprenditore può scegliere chi inibire nell'esercizio del potere esecutivo) sta nella strumentalità della misura protettiva a garantire una buona riuscita delle trattative, dunque il risanamento dell'impresa, quale che ne sia la modalità. Se l'obiettivo è quello di salvaguardare il complesso aziendale dallo smembramento, la protezione del patrimonio potrà dirigersi, anzitutto, verso i creditori che l'imprenditore considera strategici e che intenda coinvolgere nelle trattative, impedendogli di azionare un titolo esecutivo esistente, o di avvalersi di un titolo esecutivo che si stanno procurando. In questo senso, dunque la misura protettiva può colpire anche un creditore in possesso di un decreto ingiuntivo non esecutivo: fermo restando che il giudizio di opposizione *ex art. 645 c.p.c.* promosso dal debitore potrà proseguire, la sentenza che lo rigettasse, riconoscendo il diritto del creditore, non legittimerà quest'ultimo a promuovere l'esecuzione forzata o ad iscrivere un'ipoteca giudiziale, *ex art. 2818 c.c.* Come correttamente osservato in giurisprudenza, non è affatto essenziale che i creditori, per essere destinatari delle misure protettive, abbiano già notificato un atto di precetto o avviato il processo

esecutivo: potrà trattarsi di tutti quei soggetti, la cui condotta si ponga (o sia in grado di porsi) in posizione antagonista rispetto a quella del debitore³³.

A maggior ragione, la protezione del patrimonio potrà operare nei confronti di creditori, strategici e non, che abbiano già instaurato un processo esecutivo, vuoi pignorando un bene cruciale per l'esercizio dell'attività di impresa, vuoi attraverso un pignoramento presso terzi: in questo caso, la *ratio* dell'inibitoria sarà quella di evitare che in pendenza delle trattative venga dispersa della liquidità³⁴.

Infine, giova rammentare che, per impedire la vendita o l'assegnazione forzata di un bene pignorato, l'imprenditore sarà tenuto ad avvalersi dello *stay* esecutivo non solo nei confronti del creditore procedente, ma anche di coloro che siano intervenuti muniti di titolo esecutivo. Se così non fosse, l'effetto inibitorio verrebbe confermato dal tribunale solo nei confronti del creditore destinatario della misura, lasciando impregiudicato il potere degli altri di proseguire l'esecuzione³⁵.

4. – La selettività delle misure protettive può operare fin dalla presentazione dell'istanza alla Camera di commercio: l'imprenditore può stabilire, già allora, se inibire l'esercizio del potere esecutivo alla generalità dei creditori o ad alcuni soltanto di essi (quelli, ad es., che si ritiene di invitare al tavolo delle trattative), ovvero se precludere solo la prosecuzione delle esecuzioni pendenti³⁶.

Lo si poteva ricavare dalla lettura dell'art. 6, commi 1 e 4, e dall'art. 7, D.L. n. 118/2021, e ancor più nitidamente emerge dall'art. 18 CCII, il cui comma 1 – nel ribadire che l'imprenditore, all'atto di istanza di nomina dell'esperto (ma anche dopo) può dichiarare di volersi avvalere di misure protettive del patrimonio – precisa appunto che quelle misure prenderanno effetto (dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto) nei confronti di coloro che sono interessati³⁷. La protezione del patrimonio non opera *ex lege* nei confronti di tutti i creditori, ma solo di quelli che il debitore abbia individuato.

³³ In questi precisi termini, Trib. Milano, 24 febbraio 2022, in *www.ilcaso.it*; Trib. Pescara 5 maggio 2022, *ivi*.

³⁴ Trib. Milano, 26 gennaio 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*.

³⁵ In giurisprudenza, si v. che Trib. Bergamo 19 gennaio 2022, in *www.dirittodellacrisi.it* che, in sede di conferma delle misure protettive, ha imposto all'imprenditore di integrare il contraddittorio con tutti coloro che rivestivano la qualità di parte dell'esecuzione in corso, di cui si chiedeva l'inibitoria.

³⁶ I. PAGNI - M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata della crisi*, cit., p. 1482.

³⁷ L. PANZANI, *La composizione negoziata dopo lo schema di decreto legislativo del C.d.M. del 17 marzo 2022*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 19 aprile 2022, pp. 13-14.

La limitazione, in senso soggettivo, delle misure protettive potrebbe avvenire anche in un momento successivo, con il deposito del ricorso per la loro conferma (deposito che l'art. 19 CCII esige sia perfezionato il giorno successivo alla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese).

Con la domanda di conferma, l'imprenditore, che si sia inizialmente avvalso della protezione *erga omnes*, potrà chiederne la conferma rispetto ad alcuni soltanto dei creditori, o solamente ad alcune categorie di essi³⁸.

In questo caso, l'effetto protettivo *erga omnes* cesserà con il deposito dell'ordinanza che il giudice emetterà a valle dell'udienza³⁹; la protezione del patrimonio continuerà invece ad operare nei confronti dei soli creditori, che l'imprenditore abbia individuato nel ricorso *ex art. 19 CCII*, sempre che questo sia stato loro notificato, insieme al decreto di fissazione d'udienza⁴⁰.

Resta inteso che nulla vieta all'imprenditore di domandare la conferma delle misure protettive verso la generalità dei creditori, a condizione, peraltro, che in questo caso il contraddittorio sia correttamente instaurato nei confronti di tutti⁴¹.

Altrettanto possibile è l'ampliamento soggettivo delle misure protettive, in pendenza della composizione negoziata: lo chiarisce l'art. 18, comma 1, CCII, purché l'istanza sia presentata "con le modalità di cui all'art. 17, comma 1". Si rende, cioè, necessaria la preventiva pubblicazione della domanda nel

³⁸ I. PAGNI, M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata della crisi*, cit., p. 1481.

³⁹ Come ha concluso Trib. Milano, 24 febbraio 2022, cit.

⁴⁰ Non spetta dunque al giudice stabilire chi siano i creditori ai quali il ricorso ed il pedissequo decreto di fissazione d'udienza dovranno essere notificati. *Contra*, Trib. Mantova, 1° giugno 2022, cit.

⁴¹ Nella vigenza del D.L. n. 118/2021, parte della giurisprudenza aveva escluso la possibilità di una un'inatoria generalizzata, osservandosi che, in questo modo, si sarebbe finito "per abrogare *de facto* l'art. 161, comma 6, per il tramite di un uso alternativo, generalizzato e senza il corredo del controllo del commissario giudiziale" dello strumento della composizione negoziata (così Trib. Bergamo, 22 aprile 2022, in www.dirittodellacrisi.it, ma per una analoga conclusione anche Trib. Roma, 3 febbraio 2022, cit. e Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022, cit.; Trib. Mantova, 1° giugno 2022, cit.).

Il rilievo, a mio avviso, non coglie nel segno perché mostra di confondere due piani: quello dell'ammissibilità della richiesta di una conferma generalizzata dello *stay* esecutivo e cautelare (esito, questo, né l'art. 7, D.L. n. 118/2021 né l'art. 19 CCII escludono) e quello della fondatezza della domanda (vale a dire: la strumentalità della protezione del patrimonio, *erga omnes*, ad assicurare un buon esito delle trattative senza arrecare eccessivo pregiudizio ai creditori; risultato che il giudice potrebbe ritenere non raggiunto nel caso concreto, anche alla luce delle ragioni ostative manifestate dai creditori, con cui il contraddittorio sia stato integrato: in questo senso, Trib. Milano, 27 febbraio 2022, in *Il fall.*, 2022, p. 1091 ss. Hanno invece confermato una misura protettiva *erga omnes*: Trib. Padova, 25 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Id., 3 giugno 2022, *ivi*; Trib. Salerno, 10 maggio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Bergamo, 5 aprile 2022, in www.ilcaso.it; Trib. Firenze, 29 dicembre 2021, cit.

registro delle imprese, seguita dal deposito del ricorso *ex art. 19 CCII*, ai fini della sua conferma⁴².

5. – L'esigenza di evitare la disgregazione degli *asset* aziendali tramite misure temporanee dal contenuto diverso da quello, tassativo⁴³, delle misure protettive, ovvero tramite misure destinate a soggetti diversi dai creditori, è garantita dal ricorso ai provvedimenti cautelari che il giudice, su istanza del debitore, può concedere. Lo prevedeva l'art. 7, comma 1, D.L. n. 118/2021, oggi riprodotto nell'art. 19, comma 1, CCII.

Anche la definizione di misure cautelari, che si ritrova nell'art. 2 lett. q), comprende quelle destinate ad operare nella composizione negoziata, là dove si fa riferimento alla necessità di assicurare il buon esito delle trattative tramite provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore.

Si tratta di misure dalla durata provvisoria, dal contenuto necessariamente atipico perché destinate ad operare *de residuo* rispetto alle

⁴² Solo in questo modo la misura protettiva, una volta confermata in sede giudiziale potrà essere iscritta nel registro delle imprese. In mancanza, il funzionario della Camera di commercio non potrebbe iscrivere alcunché, essendo mancata la pubblicazione della preventiva istanza di applicazione.

Ciò spiega perché l'imprenditore non possa ampliare il novero dei destinatari delle misure protettive, limitandosi a notificare all'interessato il ricorso con il quale sia richiesta la proroga di quelle già operanti. Il caso si è già prospettato in giurisprudenza (Trib. Bergamo, 22 aprile 2022, cit.), benché in quel contesto il rigetto della domanda sia stato diversamente motivato: secondo il tribunale, l'assenza di un contraddittorio con i creditori interessati in fase di proroga delle misure protettive (*arg. ex art. 19, comma 5, CCII*), impedirebbe di sentire i creditori destinatari delle nuove misure protettive e tanto meno raccogliere il parere dell'esperto. Su questi profili, si v. § 9.

⁴³ È un profilo che vede concorde la maggior parte della dottrina: M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari*, cit., p. 3; L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 59; F. DE SANTIS, *Sub artt. 18-19, cit.*, pp. 1201-121; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, cit., pp. 5-7; A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 360; F. LAMANNA, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi di impresa*, Milano, 2022, p. 25; *contra*, F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.*, cit., p. 5; S. LEUZZI, *Una rapida lettura dello schema del D.L. recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in www.dirittodellacrisi.it, 5 agosto 2021, p. 5.

Ciò che distingue le misure protettive da quelle cautelari è la disciplina, posto che mentre le prime prendono effetto per il solo fatto che l'imprenditore dichiara di volersene avvalere (salvo successiva conferma da parte del giudice), le misure cautelari restano assoggettate al regime previsto dal c.p.c.: hanno anch'esse un'efficacia provvisoria, perché limitata alla pendenza della composizione negoziata della crisi ma producono effetto solo a seguito dell'ordinanza di accoglimento della relativa istanza (da presentarsi con lo stesso ricorso con cui si chiede conferma della misure protettive): la residualità rispetto a queste ultime giustifica il fatto che entrambe vengono trattate nello stesso procedimento. Cfr., se si vuole, L. BACCAGLINI, *Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari*, cit., p. 635 ss.

misure protettive⁴⁴, di cui condividono la finalità, nonché la previsione che l'unico legittimato a chiederle sia il debitore⁴⁵.

Dalle misure protettive, quelle cautelari divergono però quanto alla disciplina: lungi dal rispondere ad un regime di semi-automaticità, la loro efficacia resta subordinata all'accoglimento della domanda, che sarà trattata e decisa nel procedimento *ex art. 19 CCII*.

La strumentalità delle misure cautelari rispetto al buon esito delle trattative spiega perché l'art. 19, comma 7, CCII precisi che non trovano applicazione gli artt. 669-*octies*, primo secondo e terzo comma, e 669-*novies* c.p.c.: non v'è appunto alcun onere di instaurare un giudizio di merito, per preservare l'efficacia di quelle misure⁴⁶.

Rinviando oltre per i profili che attengono al tempo, ai presupposti e al procedimento funzionale alla loro concessione, giova qui soffermarsi sul possibile contenuto dei provvedimenti cautelari.

Proprio la loro atipicità, ne rende impossibile una esaustiva descrizione nel concreto. La fantasia dei professionisti che assistono l'imprenditore sconta, tuttavia, un limite proprio di qualsiasi provvedimento cautelare atipico, secondo i principi che emergono dal codice di rito: non può trattarsi di provvedimenti dagli effetti irreversibili, né di misure che producano effetti che solo l'autonomia negoziale (o una sentenza) potrebbe far conseguire⁴⁷.

⁴⁴ Trib. Milano, 22 novembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it, che ha rigettato l'istanza cautelare volta all'inibitoria della efficacia esecutiva dei titoli posseduti dai creditori dell'impresa entrata in composizione negoziata, trattandosi di un effetto proprio delle misure protettive.

⁴⁵ È escluso che la domanda possa essere proposta dall'esperto (Trib. Pescara 5 maggio 2022, in www.dirittodellacrisi.it); così come è inammissibile la richiesta dell'imprenditore di domandare un provvedimento cautelare il cui contenuto sia individuato dall'esperto (Trib. Milano 24 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it) o addirittura al giudice (Trib. Lecce 22 giugno 2022, *ivi*).

⁴⁶ L. BOGGIO, *Misure protettive e cautelari: riflessioni sulla strumentalità nei diversi contesti procedurali*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1445; sul concetto di strumentalità delle misure cautelari nella composizione negoziata, v. anche A. CARRATTA, *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d. lgs. 83/2022*, cit., p. 883.

⁴⁷ Si tratta dei limiti che incontrano i provvedimenti d'urgenza diretti ad assicurare provvisoriamente gli effetti di sentenze costitutive e di mero accertamento: l'ordinanza cautelare potrà sì anticipare la soddisfazione degli obblighi consequenziali alla pronuncia di tali sentenze, là dove, e nella misura in cui, ciò sia necessario a preservare il richiedente da un pregiudizio imminente e irreparabile, ma mai produrre *in toto* gli effetti di tali sentenze, particolarmente quelli che conseguono al loro passaggio in giudicato, e che incidono, perciò, irrimediabilmente sulla sfera giuridica del loro destinatario (in argomento, e per ulteriori riferimenti, E. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in S. CHIARLONI, C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, II, Torino, 2005, p. 1321 ss.). E così, esemplificando, potrà essere disposta l'attuazione anticipata delle obbligazioni che derivano da un contratto definitivo (il pagamento del prezzo, la consegna dell'immobile), ma giammai disporre in via cautelare gli effetti che potranno discendere solo dall'accoglimento della domanda *ex art. 2932 c.c.* (sul punto, e per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, P. BERTOLINI, *Sub art. 700 c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, III, Milano, 2018, p. 423 ss.; v. anche A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *I provvedimenti d'urgenza*, Torino, 2016, spec. p. 242 ss.).

In questo senso, è stata respinta (a mio avviso correttamente) la richiesta di un provvedimento cautelare che sospendesse, in capo al debitore, il pagamento delle rate di *leasing* dovute alla controparte *in bonis*, sul rilievo che il potere di incidere sul contenuto di un contratto spetta esclusivamente alle parti e non al giudice⁴⁸; per quanto sopra affermato, è da escludersi a mio avviso che tramite un provvedimento cautelare sia possibile ottenere lo scioglimento di un contratto. Invece, appare ammissibile l'istanza di sospensione degli effetti di un contratto, che sollevi provvisoriamente entrambe le parti dall'adempimento delle prestazioni negoziali.

È stata invece discutibilmente concessa, in via cautelare, la sospensione di contratti bancari di affidamento e di finanziamento su fatture, con divieto per gli istituti di credito di estinguere per compensazione (nella misura dell'importo incassato) il credito da essi vantato nei confronti dell'imprenditore, lasciando quest'ultimo nella piena disponibilità di quelle somme⁴⁹.

Ancora. Posto che le misure protettive si dirigono soltanto nei confronti dei creditori dell'imprenditore, ma non di soggetti terzi, è possibile una misura cautelare volta ad inibire al creditore l'escussione di fideiussori del debitore⁵⁰. In questo caso i terzi devono essere sentiti: lo impone l'art. 19, comma 4, CCII.

⁴⁸ Trib. Trento, 23 settembre 2022, in *Dejure*; Trib. Padova, 2 marzo 2023, in www.dirittodellacrisi.it che però ha rigettato il ricorso per mancata prova del *periculum in mora*; *contra*, Trib. Catania, 25 luglio 2022, in www.dirittodellacrisi.it che ha accolto la richiesta dell'imprenditore di sospensione dei pagamenti rateizzati a favore dell'INPS da parte del debitore: problema, questo, solo lambito, ma non risolto, per assorbenti ragioni di rito, da Trib. Catania, 14 giugno 2022, *ivi*.

Condivisibile, invece, la posizione del Trib. Modena, 26 dicembre 2022, che ha escluso l'ammissibilità di una misura cautelare volta ad imporre ad una parte contrattuale la prosecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive già cessato, atteso che l'autorità giudiziaria può costituire, modificare ed estinguere rapporti giuridici nei soli casi previsti dalla legge fra cui non rientra la tutela del buon esito delle trattative per il risanamento dell'impresa (nel caso di specie l'imprenditore richiedeva la prosecuzione di contratti di fornitura energetica già risolti). In arg. anche Trib. Milano, 19 febbraio 2022, in *Dejure*, che ha ritenuto inammissibile la richiesta di un provvedimento cautelare volto a disporre l'inefficacia del recesso da un contratto di apertura di credito (e, conseguentemente, la riattivazione di linee di credito già cessate al momento della presentazione dell'istanza). In termini adesivi, P. BORTOLUZZI, *Sub art. 19 CCII*, cit., p. 120 ma già F. DE SANTIS, *Sub art. 18 CCII*, cit., p. 124 secondo cui sarebbe inammissibile un provvedimento cautelare con cui si imponesse al creditore un *facere*.

⁴⁹ Trib. Parma, 10 luglio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; in senso analogo, Trib. Firenze, 28 novembre 2022, in www.dirittodellacrisi.it; *contra*, Trib. Firenze, 7 febbraio 2023, in www.osservatorio-oci.org.

⁵⁰ In arg. Trib. Avellino, 5 dicembre 2022, in www.ilcaso.it, che si è limitato a respingere la conferma di una misura *protettiva* di *stay* esecutivo che l'imprenditore aveva avanzato contro i creditori che avevano promosso un'esecuzione forzata dei confronti dei suoi garanti; Trib. Venezia, 6 febbraio 2023, in www.ilcaso.it pare invece aver riqualificato *ex officio* come cautelari le misure protettive che la società aveva

Se ammissibile, la misura sarà accolta, al ricorrere dei presupposti comuni ad ogni provvedimento cautelare: il *fumus boni iuris*, qui da intendersi quale strumentalità della misura al buon esito delle trattative⁵¹, e il *periculum in mora*, da ricondursi al pregiudizio che il debitore subirebbe in caso di mancata concessione del provvedimento⁵².

6. – Il procedimento volto alla conferma delle misure protettive (e/o a rilascio dei provvedimenti cautelari) è descritto dall'art. 19 CCII, più volte richiamato, che molto ricorda – a conferma dell'immanente natura cautelare che connota sia le misure protettive sia quelle cautelari – quello cautelare uniforme *ex art. 669-bis ss. c.p.c.*, pure richiamato (art. 19, comma 7).

L'art. 19, comma 1, impone al debitore, il giorno successivo alla pubblicazione dell'accettazione della nomina da parte dell'esperto nel registro delle imprese, di depositare presso il tribunale competente ai sensi dell'art. 27 CCII una domanda giudiziale (nella forma del ricorso, che dovrà essere sottoscritto da un difensore) con cui si chiede la conferma delle misure protettive di cui si sia già avvalso. Quello stesso ricorso potrà anche contenere l'istanza di misure cautelari, se l'imprenditore le ritiene opportune. Si stabilisce che, entro 30 giorni dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese, sia pubblicato anche il numero di ruolo generale del procedimento instaurato.

Il mancato rispetto dei termini qui indicati è causa di improcedibilità della domanda. Lo prevede l'art. 19, comma 1, CCII secondo cui l'omesso o il ritardato deposito del ricorso importa l'inefficacia delle misure protettive che il giudice può dichiarare senza necessità di fissare udienza⁵³.

Si tratterà, ovviamente, di una declaratoria di improcedibilità parziale se il ricorso abbia quale *petitum*, oltre che la conferma delle misure protettive, la concessione di misure cautelari: il procedimento in questo caso dovrà

chiesto a tutela non solo del proprio patrimonio ma anche di quello dei propri soci e dei garanti, con decorrenza degli effetti dal momento della proposizione della domanda.

⁵¹ Declina, tuttavia, il *fumus* in termini di ragionevole probabilità che le trattative conducano al risanamento, Trib. Mantova, 9 marzo 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*.

⁵² F. DE SANTIS, *Sub artt. 18-19*, cit., p. 128; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, in *ristrutturazioni aziendali*, p. 9. In giurisprudenza, Trib. Savona, 27 marzo 2023, in *www.ilcaso.it*.

⁵³ Va da sé che, se il ricorso non sarà stato depositato, non sarà possibile una declaratoria giudiziale di inefficacia (F. LAMANNA, *Composizione negoziata*, cit., p. 79). In questi casi, dovrebbe essere la stessa Camera di commercio a provvedere d'ufficio alla cancellazione della istanza di applicazione delle misure protettive.

In arg., Trib. Genova, 13 marzo 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*. Nel caso di specie, preso atto del tardivo deposito del ricorso, il giudice, sospinto da "ragioni di economia processuale", ha dichiarato l'inefficacia delle misure protettive, ha invitato il debitore a riproporre domanda, senza iscrizione di un nuovo procedimento, e contestualmente fissato udienza di conferma delle (nuove) misure protettive, stabilendo in ogni caso che la loro efficacia decorresse dal momento in cui il ricorso fosse stato accolto.

proseguire (e il giudice sarà tenuto a fissare un'udienza) per la sola cognizione e istruzione sulle istanze cautelari⁵⁴.

L'ipotesi sopra richiamata non è l'unica in cui il giudice può revocare l'efficacia delle misure protettive, senza la necessità di instaurare il contraddittorio. L'ultima parte dell'art. 19, comma 3, stabilisce che «gli effetti protettivi prodotti ai sensi dell'art. 18, comma 1, cessano altresì se, nel termine di cui al primo periodo, il giudice non provvede a fissare udienza».

Si tratta di capire quando ciò possa accadere.

Un caso potrebbe essere quello in cui il debitore avesse ommesso di depositare, insieme al ricorso, i documenti analiticamente elencati dall'art. 19, comma 2, CCII, senza i quali il tribunale non è in grado di stabilire se le misure protettive di cui il debitore si sia avvalso siano funzionali al buon esito delle trattative⁵⁵, e non comportino un eccessivo sacrificio per i creditori e i terzi (ciò vale, in particolar modo, per il piano finanziario, la descrizione della situazione patrimoniale finanziaria e la dichiarazione prevista dalla lett. e) dell'art. 19, comma 2, CCII)⁵⁶. Vero è che, in luogo di un rigetto *de plano* dell'istanza (a mio avviso ammissibile)⁵⁷, nei 10 giorni successivi al deposito del ricorso (termine entro il quale l'udienza dovrebbe essere fissata) il giudice, con decreto, potrebbe assegnare al debitore un termine, all'interno di quell'arco temporale, per integrare la produzione documentale richiesta (un po' come accadeva – mutato quel che c'è da mutare – *ex art. 162 l. fall.*, ma anche nel procedimento per ingiunzione, *ex art. 640 c.p.c.*)⁵⁸. In tal caso, il

⁵⁴ M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., p. 8, testo e nt. 18; G. COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive»*, cit., p. 11.

⁵⁵ Si tratta dei bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, quando non è tenuto al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta; una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima del deposito del ricorso; l'elenco dei creditori, individuando i primi dieci per ammontare, con indicazione dei relativi indirizzi di posta elettronica certificata, se disponibili, oppure degli indirizzi di posta elettronica non certificata per i quali sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella; un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare; una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata; l'accettazione dell'esperto nominato ai sensi dell'art. 17 con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

⁵⁶ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 61.

⁵⁷ Concordemente, F. DE SANTIS, *Sub artt. 18-19*, cit., pp. 129-130.

⁵⁸ La soluzione in parola è avvalorata dalla prassi di numerosi tribunali: v. ad es. Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it, con nota parzialmente adesiva rispetto ad altri profili di F. DE SANTIS, *Istanza di conferma delle misure protettive e coeva pendenza delle procedure giudiziali pattizie: primi rompicapi*; Trib. Milano, 17 gennaio 2022, *ivi*; Trib. Avellino, 27 gennaio 2022, *ivi*; v. anche Trib. Viterbo, 14 febbraio 2022, in www.ilcaso.it; Trib. Bologna, 8 novembre 2022, in www.dirittodellacrisi.it. In senso contrario, F. DE SANTIS, *Sub artt. 18-19*, cit., p. 129, nt. 36.

giudice potrà evitare di fissare l'udienza quando, nonostante la sollecitazione, la documentazione non risultasse completa⁵⁹.

V'è poi un altro caso in cui le misure protettive sono destinate a perdere di effetto, senza che il giudice fissi l'udienza. In forza dell'art. 25-*quinquies* CCII, l'accesso alla composizione negoziata della crisi è precluso all'imprenditore nei cui confronti sia pendente uno strumento di regolazione della crisi, o che vi abbia rinunciato da meno di quattro mesi. In presenza di una siffatta situazione, a ben vedere, già la commissione nominata dalla Camera di Commercio dovrebbe rigettare l'istanza di nomina dell'esperto (arg. *ex art.* 17, comma 3, lett. d) che richiede all'imprenditore di depositare, insieme all'istanza di nomina dell'esperto, una dichiarazione in cui il primo attesti di non aver depositato ricorsi ai sensi dell'art. 40⁶⁰. Quand'anche, per avventura, l'esperto dovesse essere nominato e dovesse accettare l'incarico, l'eventuale ricorso depositato dall'imprenditore per la conferma delle misure protettive dovrà essere dichiarato inammissibile. Ancora una volta, senza la necessità per il giudice di fissare l'udienza⁶¹.

Potrebbe altresì capitare che, per ragioni legate al carico di lavoro, il magistrato non riesca ad emettere il provvedimento nei dieci giorni previsti dalla norma. Anche per questa ipotesi, è pensata la norma: le misure protettive, efficaci a far data dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese, verranno meno ma *ex nunc*; l'imprenditore sarà tenuto a riproporle, nei modi indicati dagli artt. 17, primo comma e 18 (pubblicando cioè l'istanza nel registro delle imprese e depositando ricorso presso il tribunale competente *ex art.* 27 CCII, il giorno successivo)⁶².

⁵⁹ *Contra*, A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 372.

⁶⁰ M. MONTANARI, *I rapporti della composizione negoziata della crisi con i procedimenti concorsuali*, in *Le nuove misure di composizione della crisi di impresa*, cit., p. 99, cui *adde* R. GUIDOTTI, *La crisi di impresa nell'era Draghi*, cit., p. 9.

⁶¹ Già nella vigenza del D.L. n. 118/2021 la questione si è affacciata in giurisprudenza, anche se – per la verità – ciò che risultava controverso, nel caso di specie, era se il concordato preventivo dovesse considerarsi ancora pendente. L'imprenditore, infatti, si era limitato a depositare una dichiarazione di rinuncia alla domanda senza attendere la dichiarazione di improcedibilità del concordato da parte del giudice. Il tribunale, adito dall'imprenditore per la conferma delle misure protettive, ha rigettato l'istanza, evocando un precedente di legittimità che esige la formale adozione di un provvedimento di improcedibilità (Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, cit. che in motivazione si richiama a Cass. 7 dicembre 2020, n. 27939. In arg., A. CRIVELLI, *La rinuncia alla domanda di concordato: procedimento e provvedimenti conseguenti*, nota a Trib. Perugia, 21 dicembre 2018, in *Il fall.* 2019, p. 1386 ss.). E ciò anche al fine di evitare un ricorso strumentale alla composizione negoziata (profilo, questo, sul quale fa perno esclusivo il pensiero di F. DE SANTIS, *Istanza di conferma delle misure protettive*, cit., p. 11 il quale, se da un lato riconosce che la semplice dichiarazione di rinuncia al concordato possa legittimare l'imprenditore ad accedere alla composizione negoziata, dall'altro lato ammette che il giudice, adito per la conferma delle misure protettive, potrebbe rigettare l'istanza del debitore, ritenendo che la mera rinuncia alla procedura concorsuale sia sintomo della volontà di abuso del percorso negoziale intrapreso).

⁶² P. BORTOLUZZI, *Sub art. 19 CCII*, cit., p. 120.

Al netto delle ipotesi sin d'ora descritte, il giudice è sempre tenuto a fissare l'udienza per la conferma, la revoca o la modifica delle misure protettive, ovvero per la concessione delle misure cautelari.

Il termine indicato dall'art. 19, comma 3, CCII è legato al deposito del decreto per la fissazione dell'udienza; per contro la norma non specifica entro quando l'udienza vada celebrata. Tuttavia, trattandosi di stabilire la sorte di misure che comprimono i diritti dei creditori, già efficaci, è evidente che l'udienza dovrà svolgersi a stretto giro, onde vagliare se si tratti davvero di misure necessarie ad assicurare lo svolgimento delle trattative. Qui potrebbe invocarsi in via analogica la previsione contenuta nell'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c., per cui l'udienza dovrà essere convocata al più tardi quindici giorni dopo l'emissione del decreto⁶³.

Il secondo quesito che ha interessato gli interpreti, quanto al procedimento *ex art. 19*, riguarda l'individuazione dei soggetti chiamati a contraddire in udienza. La norma si occupa solo delle modalità di notifica del ricorso presentato dal debitore e del decreto di fissazione dell'udienza, stabilendo che il giudice provveda a stabilire le forme di notificazione che egli ritenga più opportune, in forza dell'art. 151 c.p.c. I primi commenti – ma anche la giurisprudenza – hanno espresso preferenza per l'impiego dello strumento telematico, prescrivendo l'invio del ricorso e del decreto alla casella di posta elettronica certificata ovvero, qualora questa non sia conosciuta, ad un indirizzo di posta elettronica di cui sia possibile verificare la titolarità in capo al destinatario⁶⁴. Conclusione, questa, corretta e in parte indotta anche dallo stesso art. 19, là dove – nel prescrivere al debitore il deposito dell'elenco dei primi dieci creditori per ammontare delle rispettive spettanze – richiede di indicare anche il loro indirizzo PEC.

Al di là delle possibili modalità di notifica, l'art. 19, comma 3, CCII non aggiunge altro, mentre il comma 4, nel descrivere ciò che il giudice dovrà compiere all'udienza, prescrive che siano sentite le *parti* e precisa che, quando le misure protettive o quelle cautelari riguardano soggetti terzi, anche questi debbano essere sentiti.

Fermi i destinatari della misura cautelare⁶⁵, si è posta la questione chi siano le altre controparti del debitore nel procedimento *ex art. 19*, dal momento che le misure protettive – quanto meno in astratto – possono colpire la generalità dei creditori, ed operare *in incertam personam*.

⁶³ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 62; F. DE SANTIS, *Sub artt. 18-19*, cit., p. 130.

⁶⁴ Tra i tanti e tra i primi, Trib. Roma 24 dicembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it.

⁶⁵ È evidente che in questi casi si tratta di soggetti predeterminati, che possono essere creditori ma anche terzi, dal momento che le esigenze di protezione del patrimonio possono riguardare anche beni che non appartengono al creditore ma sui quali viene comunque esercitata l'attività di impresa.

La legge non prende espressa posizione sul punto: l'art. 19, comma 3, lett. c) si limita a prevedere, come accennato, che il debitore alleggi al suo ricorso anche un elenco dei primi dieci creditori per importo dovuto.

All'indomani dell'entrata in vigore del D.L. n. 118/2021 le risposte fornite dagli interpreti non sono state uniformi.

C'è chi ha fatto riferimento a tutti i creditori che avessero già intrapreso un'esecuzione forzata nei confronti del debitore⁶⁶ e chi, invece, ha ampliato la platea anche a coloro che, pur in possesso di un titolo esecutivo, avessero anche solo minacciato l'inizio di un'esecuzione forzata mediante la notifica del precetto⁶⁷; c'è chi ha menzionato anche i creditori che avessero depositato istanza per la dichiarazione di fallimento⁶⁸; v'è chi invece ha valorizzato il richiamo all'elenco dei primi dieci creditori, per ammontare della debenza, individuando in costoro i legittimi contraddittori nel procedimento *ex art.* 19⁶⁹.

Il problema si pone soprattutto quando la conferma della protezione del patrimonio sia chiesta nei confronti della generalità dei creditori: in questo caso tutti dovrebbero considerarsi incisi dalla misura, sicché il debitore avrebbe l'onere di notificare a tutti il ricorso e il pedissequo decreto di fissazione d'udienza⁷⁰, ferma restando la possibilità di una costituzione spontanea in udienza del creditore, che abbia appreso *aliunde* della pendenza del giudizio (ad es., consultando il registro delle imprese, sul quale dev'essere pubblicato il numero di ruolo del procedimento)⁷¹.

Se all'udienza si constata che il contraddittorio non è stato correttamente instaurato con i destinatari del provvedimento cautelare richiesto, o della

⁶⁶ F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari*, cit., p. 7. In giurisprudenza, si v., ad esempio, Trib. Firenze, 29 dicembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it.

⁶⁷ G. COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive»*, cit., p. 10.

⁶⁸ F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari*, loc. cit. Sul punto, peraltro, va detto che l'inibitoria della sentenza dichiarativa di fallimento è misura che non richiede alcuna conferma da parte del giudice, in seno al procedimento *ex art.* 19 CCII. Il che, dunque, non credo renda indefettibile, a pena di reclamo *ex art.* 669-terdecies c.p.c., l'instaurazione del contraddittorio con il creditore che abbia formulato istanza per la dichiarazione di fallimento. Così, Trib. Roma, 3 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it.

⁶⁹ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 61; in senso analogo, M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., pp. 11-12, sul rilievo che in sede di conferma delle misure protettive, nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi in cui esse sono destinate a colpire la generalità dei creditori, non è prevista l'instaurazione del contraddittorio con alcun destinatario della misura.

⁷⁰ In senso contrario, Trib. Roma, 3 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it che ha ritenuto inammissibile la richiesta del debitore, formulata con ricorso, di estendere il divieto di azioni esecutive e cautelari alla massa indifferenziata dei creditori.

⁷¹ Trib. Milano, 27 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Milano, 24 febbraio 2022, ivi, secondo cui il creditore non destinatario di alcuna notifica potrà far valere la violazione del proprio diritto di difesa mediante reclamo, pur dichiarando inammissibile l'istanza di conferma delle misure dirette ai creditori che non avevano ricevuto la notifica del ricorso.

misura protettiva già effettiva, il giudice potrà disporre un breve rinvio d'udienza, per consentire al creditore di costituirsi, previa ricezione della notifica del ricorso e del decreto.

In giurisprudenza sono invalse letture meno rigorose, che circoscrivono l'onere del debitore di notificare il ricorso e il decreto soltanto ai creditori che avessero già instaurato azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore⁷² e a quelli concretamente attinti dalle misure protettive, anche quando la richiesta di misure protettive fosse destinata a tutti i creditori⁷³.

Così ricostruito il problema dell'individuazione dei destinatari del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza, il senso della norma che impone al debitore di indicare i primi dieci creditori per consistenza con i rispettivi indirizzi di posta elettronica starebbe in ciò: quand'anche non destinatari di alcuna misura protettiva, il giudice può ascoltarli per assumere da loro sommarie informazioni⁷⁴.

Nel tentativo di bilanciare le esigenze di speditezza e di semplificazione con il principio del contraddittorio, si è ritenuto che assumano il ruolo di parti nel procedimento di conferma delle misure protettive solo i creditori che, al momento dell'accesso alla composizione negoziata del loro debitore, abbiano già intrapreso esecuzioni forzate o avessero domandato misure cautelari (anche in seno al procedimento di apertura della liquidazione giudiziale); peraltro – si è aggiunto – resta fermo il potere del tribunale di disporre anche la convocazione di altri creditori (solo potenzialmente interessati dalle misure protettive, perché, ad es., in possesso di un titolo esecutivo non ancora azionato), al modo di una chiamata *iussu iudicis*, ex art. 107 c.p.c.⁷⁵

All'indomani della pubblicazione del D.L. n. 118/2021, gli interpreti si sono interrogati sulle ragioni del mancato richiamo del p.m. nel testo di legge.

⁷² Trib. Firenze, 29 dicembre 2021, cit., che ha ritenuto corretta la notifica del ricorso al solo esperto, dal momento che il debitore aveva dichiarato che non sussistevano azioni esecutive e cautelari pendenti al momento dell'accesso alla composizione negoziata della crisi; Trib. Mantova, 1° giugno 2022, cit.; Trib. Roma 24 dicembre 2022, cit.; Trib. Lecce, 22 giugno 2022, *ivi*.

⁷³ Così, in particolare Trib. Bergamo, 19 gennaio 2022, www.dirittodellacrisi.it che ha ordinato al debitore di instaurare il contraddittorio anche con i creditori che fossero intervenuti nella procedura esecutiva immobiliare di cui chiedeva l'inibitoria.

Nel senso che il ricorso e il decreto di fissazione d'udienza debbano essere notificati ai soli creditori che abbiano già avviato azioni esecutive e cautelari (o a coloro che sono concretamente attinti da quelle misure, come ad es. i creditori intervenuti in un'esecuzione forzata già pendente), A. CARRATTA, *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d. lgs. 83/2022*, cit., p. 856. Alla medesima conclusione perviene M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., p. 79, secondo il quale tutti gli altri creditori (e così, ad es., coloro che al momento della domanda di conferma delle misure protettive siano in possesso di un titolo esecutivo non ancora azionato) potranno divenire parti del procedimento se il giudice, al modo di quanto prevede l'art. 107 c.p.c., ne disponga la convocazione. In arg., P. BORTOLUZZI, *Sub art. 19 CCII*, pp. 19-20.

⁷⁴ I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit., p. 11; P. BORTOLUZZI, *Sub art. 19 CCII*, p. 20; M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., p. 79.

⁷⁵ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., 79.

Già in quel contesto, si era osservato come quella compiuta dal legislatore fosse stata una scelta consapevole, dettata dall'idea che non si è all'interno di una procedura concorsuale ma di un percorso negoziale⁷⁶. L'art. 12 comma 3 CCII stabilisce oggi che «alla composizione negoziata non si applica l'art. 38», e che l'applicazione di tale norma resta invece ferma nel caso dei procedimenti *ex artt.* 19 e 22 CCII.

Il senso della disposizione (e in particolare dei richiami agli artt. 19 e 22) dovrebbe a mio avviso ravvisarsi in ciò: la segnalazione giudiziale della *notitia decotiois* al p.m. potrà avvenire se uno stato di insolvenza reversibile emerge nel corso del procedimento di conferma delle misure protettive, del rilascio delle autorizzazioni previste dall'art. 22, nonché, vi è da credere, anche in sede di revoca *ex art.* 19, comma 5⁷⁷.

Il richiamo, per quanto non espressamente disposto, al procedimento cautelare uniforme, contenuto nell'art. 19 CCII, lascia intendere che – rispetto alle misure cautelari – sia possibile invocare l'art. 669-*sexies*, primo comma, c.p.c. Là dove perciò ricorrano particolari ragioni di urgenza, è possibile domandare al giudice la pronuncia di un decreto inaudita altera parte con il quale la misura sia concessa, salva successiva conferma, revoca o modifica a valle dell'udienza che il giudice avrà fissato.

7. – Nella disciplina delle misure protettive, assumono un'importanza centrale l'udienza e il tipo di istruttoria che il giudice è chiamato a compiere, con l'ausilio di un consulente nominato ai sensi dell'art. 68 c.p.c. È anche dal richiamo a questa figura che si coglie quale sia il ruolo che il giudice riveste in questa parentesi giurisdizionale.

Si è scritto che, nel momento in cui è chiamato a confermare o meno le misure protettive, o a rilasciare le misure cautelari richieste dal debitore, il tribunale deve operare un bilanciamento tra gli interessi del debitore e le aspettative dei creditori: «un ruolo nevralgico, di grande responsabilità, che

⁷⁶ A. JORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, in www.dirittodellacrisi.it, 22 dicembre 2022, p. 2; M. FABIANI, *Postilla ad Alberto Jorio*, *ivi*, p. 1.

⁷⁷ Per questa lettura, v. da ultimo Trib. Santa Maria Capua Vetere, 29 settembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it ma già la relazione del Massimario della S.C. 15 settembre 2022, reperibile in www.cortedicassazione.it. Benché l'imprenditore resti *in bonis* durante il percorso, il compimento di qualsiasi atto di straordinaria amministrazione, egli è tenuto ad informare preventivamente l'esperto della volontà di compiere un atto di straordinaria amministrazione o un pagamento in grado di pregiudicare le trattative va fatto oggetto di preventiva informativa. Il compimento di quell'atto, senza che l'esperto sia stato informato o in presenza di un dissenso espresso da parte dell'esperto, obbliga quest'ultimo ad effettuare una segnalazione al tribunale, che revocherà le misure protettive e cautelari concesse. Sarà proprio in questa circostanza che il giudice segnalerà al pubblico ministero l'eventuale insolvenza del debitore. A. JORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, *cit.*, p. 3; M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, *cit.*, p. 77.

impone probabilmente una professionalità del tutto nuova, perché ciò che si richiede al giudice è di cogliere le dinamiche dell'impresa da una prospettiva diversa, per verificare l'utilità di un percorso che dovrebbe restituire valore e benessere collettivo ai consociati e nuove opportunità all'imprenditore, senza pregiudicare ingiustamente i creditori»⁷⁸. A questo serve l'ausiliario nominato ex art. 68 c.p.c., che non potrà essere l'esperto, e che sarà chiamato a verificare le potenzialità ma anche le criticità dell'impresa (dunque, verosimilmente, un aziendalista)⁷⁹.

Altrettanto rilevante è il ruolo che l'esperto svolge in udienza.

La sua audizione non serve (tanto o soltanto) a conoscere lo stato delle trattative (che si trovano, spesso, ad uno stadio iniziale) quanto piuttosto a riferire dell'esito del test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento e del progetto di piano di risanamento, allegato alla domanda di conferma delle misure protettive e dell'eventuale interlocuzione con gli organi di controllo dell'impresa; ad appurare se possa considerarsi veritiero e completo il quadro rappresentato dall'imprenditore e se il progetto di piano proposto non sia esclusivamente finalizzato alla ristrutturazione dei debiti, con un contenuto schiettamente liquidatorio⁸⁰.

Sentendo l'esperto il giudice potrebbe convincersi di non dover confermare lo *stay* di azioni esecutive rispetto a creditori che abbiano pignorato beni appartenenti ad un ramo di azienda diverso da quello che l'imprenditore intende cedere ad un terzo⁸¹.

Non è un caso che l'art. 19, comma 4, CCII (discostandosi in parte dall'art. 7, D.L. n. 118/2021) precisi che l'esperto è chiamato dal tribunale ad esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative.

Rispetto allo *stay* delle azioni esecutive, l'audizione dell'esperto può servire a comprendere se l'inibitoria riguarda davvero esecuzioni in cui siano stati pignorati *asset* strategici. Esemplificando: è verosimile pensare che il giudice convalidi l'inibitoria di un'azione esecutiva pendente, se il pignoramento cada su un bene funzionale all'attività di impresa. Per la stessa ragione, potrebbe essere confermata l'inibitoria all'acquisto di un diritto di prelazione non concordato con l'imprenditore: si vuole evitare che un *asset*

⁷⁸ I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata*, in L. DE SIMONE, M. FABIANI, S. LEUZZI (a cura di), *Le nuove misure di regolazione della crisi di impresa*, speciale Diritto della crisi, 2021, p. 10.

⁷⁹ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., p. 79; A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 118.

⁸⁰ Trib. Bergamo, 15 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Bergamo, 15 marzo 2022, *ivi*; Trib. Livorno, 8 febbraio 2023, *ivi*; Trib. Mantova, 23 marzo 2023, in *Ristrutturazioni aziendali*, 14 maggio 2023; Trib. Ferrara, 21 marzo 2022, www.ilfallimentarista.it; Trib. Parma, 26 settembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it.

⁸¹ Per questo esempio, M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., p. 14.

aziendale finisca gravato da un'ipoteca quando quel bene possa essere ceduto a un terzo, disposto a proseguire l'attività di impresa.

All'udienza saranno presenti anche i creditori interessati dalle misure protettive, i quali potranno rappresentare le ragioni della loro eventuale opposizione (paventando, ad esempio, una possibile situazione di crisi a catena, oppure l'eccessivo pregiudizio che essi rischierebbero di subire se la vendita forzata del bene pignorato fosse sospesa, tenuto conto del deprezzamento che il bene subirebbe se fosse venduto a distanza di tempo). Il giudice potrebbe non confermare lo *stay* di un'esecuzione forzata promossa da un creditore ipotecario, se essa sia già giunta all'aggiudicazione e si dimostri che il prezzo di vendita è in linea con la perizia⁸².

Il tribunale può assumere informazioni anche da creditori che non risultano interessati dalle misure protettive, ma che figurano nell'elenco che il debitore deve depositare insieme al ricorso *ex art. 19*, comma 2, CCII.

Tra quelli incisi dalle misure protettive, rientra anche il creditore che abbia depositato istanza di apertura della liquidazione giudiziale. È opportuno che il contraddittorio venga esteso anche nei suoi confronti, senza peraltro che l'omessa notifica del ricorso *ex art. 19* CCII comporti alcuna conseguenza sul piano della tenuta della misura⁸³.

In generale, l'audizione dell'esperto, unita all'interlocuzione dei creditori interessati dalle misure comparsi all'udienza (o che abbiano depositato memorie), appare determinante per stabilire la funzionalità delle misure protettive ad un risanamento dell'impresa.

Ciò che risulta controverso, fra gli interpreti, è se la strumentalità delle misure protettive rispetto alla buona riuscita delle trattative debba oggetto di un vaglio in astratto o possa spingersi sino ad un sindacato in concreto.

Nel primo caso, sarebbe sufficiente una valutazione in negativo, ossia la dimostrazione che, confermate le misure protettive, il risanamento non risulti manifestamente implausibile, in ragione di una palese inettitudine del progetto di piano di risanamento⁸⁴.

⁸² Trib. Torino, 23 febbraio 2022, in *www.ilcaso.it*.

⁸³ In questo senso, mi pare eccessiva la conclusione cui giunge il Trib. Roma, 3 febbraio 2022, *cit.*, che nega la legittimazione passiva in capo al creditore istante per la liquidazione giudiziale.

⁸⁴ Trib. Padova, 2 marzo 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Bergamo, 8 maggio 2023, *ivi*; Trib. Ravenna, 17 marzo 2023, in *www.ilcaso.it*; Trib. Modena, 3 dicembre 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Bergamo, 25 maggio 2022, *ivi*; Trib. Avellino, 16 maggio 2022; Trib. Salerno, 9 maggio 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*. Cfr. anche Trib. Bologna, 8 novembre 2022, che pur considerando il raggiungimento del risanamento di impervia realizzazione, ritiene possibile confermare le misure protettive, constatando che l'alternativa liquidatoria soddisferebbe in misura minore le aspettative dei creditori.

Apparentemente ancora più blando sembra il vaglio compiuto da Trib. Prato, 22 aprile 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*, secondo cui il giudice in sede di conferma,

Nel secondo caso, invece, il giudice dovrebbe valutare, in concreto, la ragionevolezza e la solidità delle assunzioni del progetto di piano di risanamento⁸⁵.

La natura schiettamente negoziale del percorso, unita al fatto che la conferma delle misure protettive avviene in fase di avvio della composizione negoziata (quando il piano di risanamento può essere anche solo tratteggiato a grandi linee ed è verosimilmente soggetto a modifica, anche in ragione dell'andamento delle trattative) induce a ritenere preferibile la prima delle due soluzioni prospettate.

Il giudice, in fase di conferma, non potrebbe (né dovrebbe) saggiare la fattibilità del piano di risanamento (di cui oltretutto è richiesto solo un progetto)⁸⁶. Sono le conclusioni dell'esperto, in ordine alla prospettiva di risanamento dell'impresa, unite alle dichiarazioni rese in udienza dai creditori che dovrebbe indurre il giudice a confermare o revocare le misure.

8. – Nel confermare le misure protettive il tribunale è chiamato a prevederne la durata.

Solo ove occorra, dispone l'art. 19 comma 4, al giudice è richiesto di fissare un termine per le misure cautelari; in mancanza, esse perderanno effetto con il provvedimento di archiviazione della composizione negoziata (art. 17, comma 8).

Anche la durata delle misure protettive rappresenta una novità del CCII, imposta dalla dir. UE 1023/2019. L'art. 8 CCII, collocato tra i principi generali, stabilisce che le misure protettive non possano avere una durata superiore ai dodici mesi, anche non consecutivi, tenuto conto di eventuali proroghe o rinnovi: un termine, quello introdotto, che comprende sia le misure protettive

tenuto conto del parere dell'esperto, verificherebbe solo la disponibilità dei creditori a partecipare alle trattative. Si tratta di un provvedimento emesso nella vigenza del D.L. n. 118/2021, quando il progetto di piano di risanamento non compariva tra i documenti da allegare alla domanda di conferma delle misure protettive (benché nel caso di specie, l'esperto avesse dato conto della strategia di risanamento immaginata dall'impresa). Considerazioni analoghe valgono per Trib. Bergamo, 25 maggio 2022, cit.; Trib. Milano 21 luglio 2022.

⁸⁵ Trib. Palermo, 2 marzo 2023, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Salerno, 13 febbraio 2023, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Lecco, 2 gennaio 2023, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Mantova, 1° giugno 2022, cit.; Trib. Roma, 10 ottobre 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Mantova, 20 dicembre 2022, in www.ilcaso.it; Trib. Viterbo, 14 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Sulmona, 22 novembre 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Firenze, 29 luglio 2022, in www.osservatorio-oci.org. Si tratta di una soluzione che io stessa avevo accolto (L. BACCAGLINI - F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 64).

⁸⁶ Cfr. però Trib. Salerno, 28 marzo 2023, in *Dir. fall.*, 2023, p. 752 con nota adesiva di G.B. FAUCEGLIA, *Osservazioni in tema di accesso alla composizione negoziata delle crisi e del diniego di misure protettive*, che invece, in sede di reclamo avverso l'ordinanza del Trib. Salerno, 7 marzo 2023, in www.ilcaso.it, ha ritenuto corretto il *modus procedendi* del provvedimento impugnato, che è entrato nel merito del parere reso dall'esperto, qualificandolo come atto con valenza sostanzialmente interlocutoria.

che si affiancano alla domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi, sia quelle che operano nella composizione negoziata. Il termine annuale non soffre la sospensione feriale dei termini, *ex art.* 1 l. 742/1989, vuoi in ragione della matrice cautelare propria delle misure protettive, vuoi in virtù della inequivocabile previsione dell'art. 9 CCII⁸⁷.

Nel caso della composizione negoziata della crisi, il legislatore attribuisce al giudice la facoltà di fissare la durata delle misure protettive, da un minimo di 30 a un massimo di 120 giorni⁸⁸. Si tratta di un termine prorogabile, anche più di una volta, fino a 240 giorni⁸⁹.

La proroga, che è subordinata ad un'istanza delle parti (dunque, in astratto anche di un creditore) e al parere positivo dell'esperto, può essere concessa se è funzionale a condurre a termine le trattative, se si dimostri, cioè, che sussiste una ragionevole probabilità di risanare l'azienda, ciò che risulterebbe compromesso dal venir meno delle misure. È infine necessario che la proroga non comporti un eccessivo pregiudizio in capo ai creditori destinatari delle misure⁹⁰: lo dispone l'art. 19, comma 5, che, diversamente dal comma 6 (dettato per la revoca delle misure protettive) non chiarisce se la decisione esiga la preventiva instaurazione del contraddittorio con gli interessati, mediante fissazione di udienza⁹¹.

La giurisprudenza di merito, pur avendo accolto a riguardo soluzioni differenti, ritiene in ogni caso indispensabile la prova del fatto che tutti i creditori coinvolti dalle misure protettive siano stati previamente informati e abbiano espresso il loro assenso, o comunque la loro non opposizione, anche per assenso implicito a seguito dell'instaurazione del contraddittorio; rimane tuttavia ferma la possibilità di sindacare un dissenso manifestamente preconcepito, immotivato o irragionevole derivante da assenza di collaborazione alle trattative⁹².

⁸⁷ Trib. Brescia, 5 agosto 2022, in www.dirittodellacrisi.it; analogamente, ma facendo leva sull'eccessivo sacrificio che deriverebbe ai creditori dall'applicazione della sospensione feriale, Trib. Torino, 22 agosto 2022, *ivi*; *contra*, Trib. Padova, 10 giugno 2022, in www.ilcaso.it che, peraltro senza motivazione, ha attribuito alle misure protettive una durata massima di 120 giorni, in aggiunta alla sospensione feriale dei termini.

⁸⁸ La decorrenza del termine coincide con pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di applicazione delle misure protettive (se richieste in pendenza del percorso) o con la pubblicazione dell'accettazione dell'esperto (se l'imprenditore se ne sia avvalso fin da subito); non dal provvedimento di conferma emesso dal giudice. Trib. Bologna 8 novembre 2022, *cit.*; Trib. Milano 26 gennaio 2022, *cit.*

⁸⁹ Trib. Milano 14 luglio 2022, in www.ilcaso.it.

⁹⁰ Trib. Mantova, 9 marzo 2023, in www.dirittodellacrisi.it

⁹¹ Lo escludono, ad esempio, Trib. Bergamo, 22 aprile 2022; Trib. Avellino, 7 dicembre 2022; Trib. Modena, 1° dicembre 2022; Trib. Mantova, 9 marzo 2023, *cit.*; Trib. Mantova, 9 marzo 2023, in www.ilcaso.it. Hanno invece fissato udienza, Trib. Milano, 14 maggio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Milano, 21 luglio 2022; Trib. Milano, 14 luglio 2022, *cit.*

⁹² Con queste esatte parole, Trib. Milano, 14 maggio 2022, *cit.*

Infine, se la richiesta di proroga sia funzionale al buon esito delle trattative, non può escludersi la richiesta di una seconda proroga, purché la durata complessiva della protezione non superi 240 giorni⁹³.

Per ragioni simmetriche a quelle previste per la proroga, è possibile domandare la revoca delle misure protettive. L'art. 19, comma 6, cit., esige un'apposita istanza del debitore, dei creditori, ovvero una segnalazione dell'esperto. Ciò potrà accadere ogni qualvolta quest'ultimo intenda archiviare la composizione negoziata, ovvero quando le misure protettive che già operano appaiano sproporzionale rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori, oppure incapaci di soddisfare il buon esito delle trattative.

9. – La novità di maggior rilievo introdotta dal CCII, nella disciplina delle misure protettive, riguarda la soluzione al problema, se il loro venir meno (per revoca o scadenza del termine assegnato dal giudice) abbia effetto retroattivo o irretroattivo. Nel silenzio del D.L. n. 118/2021 l'esito non poteva considerarsi scontato, potendo in effetti concludersi che la cessazione della protezione del patrimonio avesse efficacia retroattiva, con conseguente reviviscenza degli effetti di tutti gli atti compiuti in violazione delle misure protettive. Era questa una soluzione già sostenuta in dottrina, nella vigenza della legge fallimentare per il diverso caso in cui, a seguito della proposizione di una domanda di concordato in bianco, il debitore non avesse provveduto a depositare il piano e la documentazione d'accompagnamento entro la scadenza del termine assegnato dal giudice. A tal proposito, si era osservato come, in questi casi, l'imposizione di un vincolo sul patrimonio si riveli del tutto priva di giustificazione, ancorché *a posteriori*, dal momento che nessuna procedura concorsuale è stata aperta⁹⁴.

Il CCII, invece, compie una scelta diversa e stabilisce che, in caso di revoca o cessazione delle misure protettive, il divieto di acquisire diritti di prelazione, se non concordati con l'imprenditore, viene meno a far data dalla revoca o dalla cessazione delle misure. La soluzione è la stessa che si legge all'art. 55, comma 7, CCII quanto alla sorte delle misure protettive, che accompagnano una domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi.

La questione è destinata a porsi in tutti quei casi in cui, in violazione dell'ombrello protettivo, un creditore abbia promosso un'azione esecutiva, domandando il pignoramento, quando l'iniziativa doveva essergli inibita,

⁹³ Trib. Milano, 14 luglio 2022, cit.

⁹⁴ M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 667; ID., *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, *ivi*, 2017, p. 461.

ovvero quando, in violazione dell'art. 18 CCII, sia stata iscritta un'ipoteca non concordata con il debitore.

L'art. 19, comma 8, si occupa espressamente di questa seconda ipotesi, stabilendo che il divieto di acquisire diritti di prelazione viene meno a far data dalla revoca o dalla cessazione delle misure protettive. L'efficacia della protezione in questo caso cessa *ex nunc*, condannando all'illegittimità l'iscrizione ipotecaria che sia stata *medio tempore* effettuata.

Il fatto che non sia stato espressamente previsto che quell'illegittimità sia dichiarata dal tribunale, con il provvedimento con cui dichiara cessati o revocati gli effetti delle misure protettive, lascia aperta la questione, quale sia l'impatto di quella iscrizione (che, pur illegittima, non sia stata cancellata) sulla successiva circolazione dell'immobile⁹⁵. A ben vedere, però, il problema è destinato a porsi soltanto se, archiviata la composizione negoziata, non si abbia l'apertura di uno strumento di regolazione della crisi ovvero una liquidazione giudiziale. In questo secondo caso, è facile immaginare che il creditore (asseritamente munito di causa di prelazione) sarà ammesso al chirografo; la liquidazione concorsuale del bene su cui insisteva l'ipoteca illegittimamente iscritta comporterà la purgazione di quell'iscrizione. Nel caso, invece, in cui il debitore abbia scelto di proporre domanda di accesso ad uno strumento, quanto meno quando si tratti di concordato preventivo, opererà l'effetto di inopponibilità delle ipoteche iscritte nei 90 giorni antecedenti alla domanda di concordato (che opera tutt'ora *ex lege*, in forza dell'art. 46 CCII). In tutti gli altri casi, invece, sarà necessario promuovere un apposito giudizio per provvedere alla cancellazione dell'ipoteca, come prevede l'art. 2884 c.c.

L'art. 19, comma 8, CCII prende posizione solo sulla sorte dell'ipoteca iscritta in spregio al divieto di cui all'art. 18 e traccia, solo per questa precisa ipotesi, la cessazione degli effetti protettivi con efficacia irretroattiva. Se ne ricava che per le altre misure protettive (lo *stay* esecutivo e cautelare), il venir meno della protezione salva gli atti esecutivi compiuti *medio tempore*. Ciò significa che eventuali pignoramenti disposti, durante il periodo in cui era efficace la misura protettiva, debbono considerarsi legittimamente compiuti, una volta che essa sia venuta meno⁹⁶.

⁹⁵ Gli artt. 2881 e 2884 c.c. subordinano infatti la cancellazione dell'ipoteca alla pronuncia di un provvedimento passato in giudicato o in alternativa alla sussistenza di un atto con il quale il creditore manifesti in consenso alla cancellazione

⁹⁶ In arg. *ctr.*, se si vuole, L. BACCAGLINI, L. CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, in L. DE SIMONE, M. FABIANI, S. LEUZZI (a cura di), *Studi sull'avvio del Codice della crisi*, in *Diritto della crisi. Speciale riforma*, 2022, p. 80; M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., p. 80.

Abstract

PROTECTIVE AND PROVISIONAL MEASURES DURING THE NEGOTIATED SETTLEMENT OF A BUSINESS CRISIS

Il contributo affronta un tema inedito ed attuale: quello della protezione del patrimonio dell'imprenditore, in pendenza della composizione negoziata della crisi. Nuovo è questo istituto, nato con il D.L. n. 118/2021 e poi trasfuso nel CCII; nuove sono anche le questioni che si pongono quando si voglia impedire che il patrimonio del debitore sia oggetto di iniziative processuali e stragiudiziali dei creditori. Il raggiungimento di questo obiettivo è affidato alle misure protettive e a quelle cautelari. Il lavoro analizza le une e le altre, ne ripercorre la disciplina, anche alla luce della numerosa giurisprudenza già espressasi.

This essay addresses a new and topical issue: the protection of the debtor's assets during the negotiated settlement of the crisis. This institute, that was introduced by D.L. n. 118/2021 and then transfused into the CCII, is new as well as the issues that arise when the debtor's assets are to be prevented from being the object of procedural and extrajudicial initiatives by creditors. The achievement of this objective is entrusted to protective and provisional measures. The paper analyzes the one and the other, reviews their discipline in the light of the numerous case law already expressed.
