



RG P.U. _____

Tribunale di Brindisi

Sezione Civile- SETTORE PROCEDURE CONCORSUALI

ORDINANZA DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI CASSAZIONE

EX ART. 363-BIS CPC.

Il GD

letti gli atti ed i documenti di causa;

viste le deduzioni delle parti e sciolta la riserva già formulata;

O S S E R V A

Per comodità espositiva si fa precedere al testo dell'ordinanza l'indice seguito nella stesura della stessa:

Indice

1. La fattispecie concreta. La questione in diritto: a) la qualificabilità della sospensione degli effetti cambiari e degli assegni postdatati, quale misura protettiva atipica o quale misura cautelare la riconducibilità del provvedimento suddetto al novero delle misure protettive o di quelle cautelari; b) l'individuazione dei presupposti applicativi per la concessione delle une e delle altre.

2. La ricostruzione della disciplina applicabile alle due forme rimediali. La sua derivazione comunitaria

3. Le misure tipiche

4. La <<relativa>> novità del CCI per quanto concerne le misure tipiche

5. La riemersione della discrezionalità dell'autorità giudiziaria per le misure tipiche

6. L'istituto totalmente nuovo delle misure protettive atipiche

7. Differenze procedurali fra misure protettive tipiche e misure protettive atipiche

8. Le nuove misure cautelari

8.1. I presupposti applicativi della tutela d'urgenza endoconcorsuale

8.2. L'attenuazione della strumentalità

8.3. Le nuove misure cautelari in favore dell'imprenditore e il rapporto con quelle richiedibili dai creditori

9.Contenuti assumibili dalle misure cautelari e differenze rispetto alle misure protettive atipiche

10.Le altre differenze individuate dalla dottrina fra le misure protettive, specie atipiche, e quelle cautelari: profilo temporale e legittimazione processuale attiva

11.La natura delle misure protettive. La tesi della natura cautelare e quella che ne sostiene la diversità ontologica rispetto alle misure cautelari

12. Presupposti per l'ammissibilità del rinvio ex art. 363 bis cpc

12.1. Rilevanza ai fini del caso di specie e la novità della questione per la mancanza di una precedente pronuncia della Suprema Corte. Le gravi difficoltà interpretative

13.La fungibilità delle misure protettive con quelle cautelari una volta esauriti gli effetti delle prime

14. Il correttivo e il suo impatto sulla disciplina delle misure protettive e cautelari

15. Sintesi della questione e quesiti posti al vaglio della Suprema Corte

1.La fattispecie concreta. La questione in diritto: a) la qualificabilità della sospensione degli effetti cambiari e degli assegni postdatati, quale misura protettiva atipica o quale misura cautelare la riconducibilità del provvedimento suddetto al novero delle misure protettive o di quelle cautelari; b) l'individuazione dei presupposti applicativi per la concessione delle une e delle altre.

Nella fattispecie concreta, la società istante ha, dapprima, attivato una procedimento volontario di composizione negoziata che non ha avuto buon esito.

La Tsm, con ricorso depositato in data 5 marzo 2024, la Società ██████████ S.R.L. ha chiesto di essere ammessa alla procedura di concordato preventivo ai sensi degli artt. 40 e 44 comma 1, CCI, riservandosi di depositare la proposta, il piano e la documentazione di cui all'art. 39 CCI entro il termine fissato dal Tribunale.

Con decreto comunicato in data 16 aprile 2024, questo Tribunale ha assegnato il termine alla Società sino al 17 giugno 2024 per depositare la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la

documentazione di cui all'articolo 39 commi 1 e 2 CCI e ha nominato, quale Commissario Giudiziale, il dott. ██████████.

Con istanza depositata il 12 giugno 2024 Società ha chiesto a questo Tribunale una proroga di sessanta giorni del termine ex art. 44, comma 1, lett. a).

Con decreto comunicato in data 21 giugno 2024, questo Tribunale, in accoglimento dell'istanza presentata dalla Società, ha concesso una proroga del termine inizialmente concesso di ulteriori 60 giorni, onde il termine per il deposito della proposta e del piano concordatario andrà a scadere il prossimo 20 agosto 2024.

Entro il termine concesso da questo Tribunale la Società depositava la proposta di concordato preventivo con il piano l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'articolo 39, commi 1 e 2 del CCI.

La società ha fatto richiesta della sospensione degli effetti cambiari e degli assegni postdatati, qualificando la stessa quale misura protettiva, s'intende, atipica.

In difetto della qualificabilità di tale istanza di tutela, quale misura protettiva atipica, in alternativa, sarebbe possibile argomentarne la riconducibilità della suddetta richiesta alle misure cautelari.

Questo Giudice remittente condivide tale inquadramento, operato dalla parte, perché e' evidente la funzione protettiva della misura e, d'altro canto, lo stesso – ove si scelga di accogliere la ricostruzione delle misure protettive, quali misure non cautelari - esonera l'interprete dal vaglio della ricorrenza dei presupposti (tipici e stringenti) della tutela cautelare: *periculum in mora e fumus boni iuris*.

Ciò, in armonia con l'indubbia *ratio* di *favor* per la salvaguardia del valore-impresa che e' a fondamento della costruzione comunitaria e dell'impianto del codice della Crisi.

Inoltre, la suddetta opzione qualificatoria appare maggiormente in linea con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, quale imposta da norme di rilievo sia costituzionale negli art. 24 e 113 Cost., sia sovranazionale negli art. 6 e 13 Cedu e 47 Cdfue; principio che non può non svolgere il ruolo di imprescindibile criterio esegetico nell'interpretazione delle norme processuali (e, a certi limiti, anche sostanziali).

Tale operazione s'impone specie, quando, a venire in rilievo, sia la <<regina delle tutele>>, ovvero quella d'urgenza, o, comunque, come, nel caso di specie, forme rimediali, concepite come immediatamente accedibili dall'impresa.

Orbene, al fine di comprendere quali profili fattuali della fattispecie concreta, debbano essere vagliati ai fini della concessione della chiesta misura, costituiscono questioni logicamente preliminari quella della qualificazione della stessa alla stregua dei due modelli, nominati dal legislatore speciale, delle misure protettive atipiche e delle misure cautelari, e, prima di ciò, quella dell'individuazione dei presupposti applicativi delle stesse misure in seno alle procedure concorsuali.

A sommo avviso di questo remittente, a destare perplessità interpretative, al punto da giustificare l'iniziativa di investire la Suprema Corte, e', in particolare, proprio tal ultimo aspetto in considerazione della proliferazione di pronunce di segno difforme e, per così dire, <<distoniche>> in relazione al reale ambito operativo dei due cataloghi normativi.

Evidente oscillazione interpretativa fra poli opposti che discende, primariamente, dall'incompletezza della disciplina ad esse dedicata.

Si tratta di una questione di particolare rilievo anche per l'assenza di una regolamentazione specifica della materia, specie sotto il profilo della individuazione dei presupposti applicativi degli strumenti a tutela del valore - impresa che, peraltro, parrebbero essere ascrivibili a contenitori giuridici non omogenei: le misure protettive e quelle di natura cautelare.

Da tale laconicità del dato normativo consegue la difficoltà di inquadrare, sotto il profilo qualificatorio, le misure specificatamente richieste in concreto nell'uno o nell'altro tipo e di individuarne il correlato regime applicativo.

In ultimo, data la durata, fisiologicamente pluriennale della procedura, destinata a proiettarsi nel tempo per un intervallo considerevole, assume rilievo anche la possibilità, già rivendicata in udienza dalla parte, di poter beneficiare di una misura cautelare dello stesso contenuto di quella atipica richiesta e conseguita. Ciò, in considerazione del limite, perentorio e improrogabile, di 12 mesi cui soggiacciono le misure protettive (**v. paragrafo sub 13**).

Anche in relazione a tale profilo esiste un'evidente oscillazione interpretativa.

2. La ricostruzione della disciplina applicabile alle due forme rimediali. La sua derivazione comunitaria

A tal riguardo, giova ricostruirne sommariamente la disciplina.

Come evidenziato in dottrina, le misure protettive e le misure cautelari, introdotte dal codice della crisi, costituiscono un'occasione di riflessione su

istituti, in realtà, solo, apparentemente nuovi e di cui occorre sondare l'effettivo grado di innovatività.

Peraltro, quale ulteriore profilo, imprescindibile ai fini di un'indagine ricostruttiva delle stesse, a venire in rilievo e' una materia a competenza concorrente secondo l'articolazione Unione Europea - Stato nazionale, per cui sono evidenti i vincoli e le sollecitazioni, provenienti dal livello sovranazionale di tutela.

D'altronde, e' indubbio che il nostro sia un ordinamento che si evolve costantemente, ma ciò, non in maniera autonoma, venendo lo stesso, invece, costantemente conformato dalle scelte, normative e interpretative, che avvengono a livello comunitario, così come dai principi dell'ordinamento euronitario.

Ciò, nella logica di un ordinamento non più <<monostrutturato>>, ma multilivello, in cui il livello comunitario vincola il livello di disciplina nazionale, orientandone l'interpretazione o determinandone la disapplicazione.

A dimostrazione del livello di incidenza del livello comunitario di disciplina, deve menzionarsi l'occasione normativa del CCI, ovvero la direttiva c.d. *insolvency*.

Orbene, le scelte del legislatore nazionale risultano in armonia con la *ratio* ispirativa esplicitata nel *considerando* 32 della direttiva c.d. *insolvency*, secondo cui *“un debitore dovrebbe poter beneficiare di una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali, sia essa concessa da un'autorità giudiziaria o amministrativa oppure per legge allo scopo di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione, così da poter continuare a operare o almeno mantenere il valore della sua massa fallimentare durante le trattative. Ove previsto dal diritto nazionale, la sospensione dovrebbe essere possibile anche a beneficio dei terzi garanti, fra cui fideiussori e prestatori di garanzie reali.”*¹

La direttiva prevedeva che: *“Il debitore può chiedere ed ottenere la sospensione delle azioni esecutive di cui all'art. 6 della proposta, se e nella misura in cui ciò sia necessario «per agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione» (art. 6, comma 1); è concessa agli Stati membri la facoltà di decidere se la sospensione debba essere generale e, pertanto, riguardare tutti i creditori anche quelli muniti di privilegio, ovvero limitata ad uno o più singoli creditori (art. 6, comma 2). Ad ogni*

¹ L'art. 32 prevede ancora che *“Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero poter disporre che le autorità giudiziarie o amministrative abbiano la facoltà di rifiutare la concessione di una sospensione delle azioni esecutive individuali qualora tale sospensione non sia necessaria o non soddisfi l'obiettivo di agevolare le trattative. Tra i motivi di rifiuto potrebbero figurare la mancanza di sostegno da parte della maggioranza richiesta dei creditori o, se previsto dal diritto nazionale, l'effettiva incapacità”*.

modo, la durata totale della misura protettiva non potrà essere superiore a quattro mesi (comma 4), prorogabili di una o più volte sino ad un totale di dodici mesi (comma 7), su autorizzazione dell'autorità competente, la quale dovrà verificare se sono stati compiuti progressi significativi sul piano di ristrutturazione ed accertare che il protrarsi della sospensione non «pregiudic[hi] ingiustamente i diritti o gli interessi delle parti interessate» (comma 5)». L'autorità (giudiziaria o amministrativa) deve, inoltre, poter revocare «*in tutto o in parte*» la misura protettiva di cui all'art. 6 della proposta, laddove emerga che – deve ritenersi che il riferimento sia alla produzione documentale o all'eventuale sommaria istruzione che il Giudice abbia svolto - una parte dei creditori, sufficiente a bloccare l'adozione del piano di ristrutturazione, non appoggi la continuazione delle trattative oppure, in alternativa, se ne facciano richiesta il debitore o il professionista nel campo della ristrutturazione (art. 6, 8° comma della proposta).

Infine, al singolo creditore o alla singola classe di creditori che si ritenga «*ingiustamente pregiudicato dalla sospensione delle azioni esecutive individuali*» viene riconosciuto il potere di chiedere all'autorità competente di non concedere la sospensione delle azioni esecutive o di revocarla, nel caso in cui l'abbia già autorizzata (art. 6, comma 9). Nell'ambito di tale quadro normativo, che sostanzia il livello di tutela sovranazionale, non possono non richiamarsi le seguenti previsioni con chiara finalità di preservare l'integrità funzionale del patrimonio aziendale:

1. sono oggetto di sospensione, *ex lege*, l'obbligo del debitore di presentare istanza di insolvenza, così come la facoltà dei creditori di richiedere l'apertura della procedura d'insolvenza, ai sensi dell'art. 7, commi 1 e 2);

2. i creditori interessati non possono rifiutare l'adempimento dei contratti ineseguiti né risolverli, anticiparne la scadenza o modificarli in altro modo a danno del debitore in relazione ai crediti anteriori, neppure in forza di una clausola contrattuale che glielo consenta (art. 7, commi 4 e 5);

3. la parte in crisi che si avvalga della misura di protezione della sospensione delle azioni esecutive e di tutti gli effetti ad essa direttamente collegati deve pagare per intero ed alla scadenza il debito derivante dalle prestazioni ricevute dalla parte *in bonis* dopo l'avvio delle trattative (art. 7, comma 6). Le suddette disposizioni (artt. 6 e 7) miravano, come già evidenziato, a preservare il valore dell'impresa, quale bene di rilievo non solo costituzionale, ma anche

comunitario, essendo evidente che la garanzia della concorrenzialità del mercato e' condizionata anche dal numero dei competitori.

A tal fine, si rende necessario porre nella disponibilità dell'imprenditore le risorse economiche che si rendano indispensabili perchè le negoziazioni procedano regolarmente, garantendo il conseguimento di una tempestiva ristrutturazione dell'attività d'impresa, ove possibile, quando ancora ricorra un mero stadio di crisi (o di pre-insolvenza).

Come evidenziato in sede dottrinale, il "prezzo" di tale operazione economica è "pagato" proprio dai singoli creditori, le cui ragioni di credito – anche se temporaneamente – in una logica di contemperamento di interessi contrapposti – vengono subordinate all'esigenza di preservare la conservazione dei valori aziendali, nella prospettiva del piano di ristrutturazione. In stretta consonanza con il livello comunitario, sul piano descrittivo, con riferimento al dato normativo interno, e' possibile affermare che il legislatore abbia utilizzato, quale primario identificativo, il loro profilo funzionale che, peraltro, come desumibile dalla piana lettura del dato testuale, e' diverso fra le due forme rimediali.

Le protettive <<si dirigono alla protezione di "patrimonio", "beni" e "diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa">>, laddove le seconde sono, invece, concesse quando siano "necessari per condurre a termine le trattative" nella prospettiva del "buon esito" delle stesse, nell'ipotesi in cui sia esperita la composizione negoziata, oppure quali strumenti processuali "più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione di strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza"...

In particolare, le misure protettive tipiche e atipiche sono preordinate ad impedire la dispersione dei valori aziendali e, dunque, a proteggere l'integrità del valore-impresa, anche di rilievo costituzionale ex art. 41, comma 1, Cost., e comunitario, a fronte del decorso del tempo necessario a dichiarare aperta la procedura concorsuale o ad addivenire ad una composizione negoziata della crisi².

² Ciò, nella premessa che, in via interpretativa, si e' consolidata l'opinione secondo cui la composizione negoziata, qual e' quella attivata, in origine, anche nella fattispecie concreta, non può definirsi una procedura concorsuale (Trib. Milano 16 settembre 2022,) ma un percorso, di natura volontaria (Trib. Pescara 9 maggio 2022), finalizzata al risanamento della crisi dell'impresa attraverso trattative tra il debitore e i creditori, alla presenza di un terzo, l'esperto, che agevola le stesse e facilita la conclusione di un accordo (Trib. Firenze 6 giugno 2022).

L'unico segmento di natura giurisdizionale e' quello relativo alla conferma delle *misure protettive* che costituisce il momento perfezionativo di quella che e' stata definita quale fattispecie a formazione

Da tale vincolo funzionale discendono anche i limiti operativi delle due categorie rimediali in quanto, come acutamente sottolineato in dottrina, “pur nella diversità di procedimenti, i provvedimenti in questione debbono essere pronunciati e mantenuti fermi nella misura e nei limiti di quanto necessario a realizzare le finalità dei procedimenti stessi rispetto ai quali sono ancillari”.

In dottrina, e' stato affermato che verrebbero in rilievo misure preordinate a garantire la concreta utilità degli effetti di altri strumenti e, come tali, comparteciperebbero del profilo funzionale che è proprio di quegli altri strumenti, per cui sarebbero qualificabili come "misure specchio"³.

3. Le misure tipiche

La ricostruzione dei contorni della figura non può non muovere dal nuovo testo dell'art. 2, lett. p), per cui sono "misure protettive": le misure temporanee richieste dal debitore per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza "anche prima dell'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza".

Ciò, perché il risanamento dell'impresa e' concepito per le imprese non solo in stato di crisi, ma anche d'insolvenza, purchè reversibile secondo una valutazione prognostica ed *ex ante*.

Si tratta, dunque, secondo la norma definitoria del CCI, di misure necessariamente provvisorie e contingenti, preordinate ad evitare la dispersione dei valori dell'impresa nel tempo necessario a dichiarare aperta una procedura concorsuale. E come si avra' modo di evidenziare tale carattere di limitazione temporale caratterizza, a livello descrittivo -accomunandole alle protettive - anche le misure cautelari, come, peraltro, discende dalla loro stessa natura interinale.

progressiva, nell'ambito della quale gli effetti provvisori prodotti dalla pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese possono continuare a prodursi a condizione che siano ratificati con un provvedimento giurisdizionale da assumersi nel contraddittorio con i controinteressati e per il tempo ritenuto dal giudice necessario ad assicurare il buon esito delle trattative (Trib. Avellino 16 maggio 2022).

³ Si e', acutamente, evidenziato come “l'essere specchio dei procedimenti di composizione negoziata e di regolazione della crisi e dell'insolvenza previsti dal Codice incide sulla legittimazione a richiederne l'emissione/conferma e sui loro contenuti concreti”.

E, dunque, “estrinsecandosi in pronunce suscettibili di incidere sull'azione dei soggetti coinvolti e sul grado di protezione dei loro interessi, solo nella misura in cui detti interessi siano giudicati come perseguibili attraverso i procedimenti di composizione negoziata e di regolazione della crisi e dell'insolvenza si può giustificare l'emissione o la conferma di una misura protettiva o di un provvedimento cautelare”.

In generale, sotto il profilo dell'ambito operativo, le misure protettive tipiche sono accedibili sia in sede di composizione negoziata sia di strumenti di regolazione del crisi e rinvengono, per ciascuno di tali ambiti di disciplina, un distinto assetto regolatorio.

Esse godono di un meccanismo di semi-automaticità e si producono subito per effetto del deposito, presso il registro delle imprese, della domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi o alla composizione negoziata, purchè di esse l'impresa formuli richiesta anche generica.

Le misure protettive tipiche hanno effetto *erga omnes*, perché con tale portata generale, sono state prefigurate dal legislatore speciale.

A tal riguardo, ci si è chiesto se le stesse possano essere articolate secondo una logica selettiva, ovvero se con l'istanza di concessione delle misure, da presentarsi dopo o unitamente alla domanda di accesso a una delle procedure di composizione della crisi, l'imprenditore possa chiedere che l'applicazione delle misure protettive sia circoscritta a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.

In tal senso depone l'univoco dato testuale dell'art. 18 CCI secondo cui, con l'istanza (di accesso alla composizione negoziata, l'imprenditore può chiedere che l'applicazione delle misure protettive sia limitata a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.

Orbene, la predetta previsione opera in materia di composizione negoziata e, dunque, si pone il problema se la stessa debba avere portata normativa circoscritta a tale ambito materiale oppure se la stessa possa considerarsi espressione di un principio generale.

Invero, già l'operatività del principio logico, prima che giuridico, secondo cui "nel più sta il meno", deve ritenersi argomento interpretativo dirimente in favore della tesi favorevole all'ammissibilità di tale facoltà, anche perché, di per sé, meno <<pervasiva>> rispetto ai contrapposti interessi economici del ceto creditorio.

Dunque, tale opzione esegetica appare preferibile anche perché maggiormente in grado di assicurare il rispetto del principio, anche comunitario, di proporzionalità, che impone che, a seguito di una valutazione comparativa fra interessi antagonisti in gioco, sia prescelta la soluzione esegetica che imprima all'interesse considerato, eventualmente, recessivo o subvalente, il minore sacrificio possibile.

In assenza di “questa espressa limitazione (ad opera dell’istante dei destinatari prescelti) le misure hanno efficacia generale e ciò rileva soprattutto al fine della risoluzione della problematica del contraddittorio” (in questo senso, v. Tribunale Milano, sez. II, est. Caterina Macchi, 27/02/2022, secondo cui *“In via generale appare priva di fondamento la dedotta inammissibilità di una conferma delle misure protettive nei confronti di tutti i creditori. E’ sufficiente osservare che le misure protettive del patrimonio hanno ex lege effetto automatico generalizzato verso tutti i creditori, esclusi i lavoratori a partite dal giorno di pubblicazione dell’istanza di nomina dell’esperto nel registro delle imprese, come disposto dall’art. 6 comma 1, D.L. 118/21, e che esse possono essere limitate dal giudice su richiesta dell’imprenditore e sentito l’esperto, a determinati creditori o categorie di creditori, secondo la previsione dell’art. 7 comma 4: si tratta di una facoltà, non di un obbligo dell’imprenditore, che dunque ben può chiederne la conferma erga omnes. Nessuna questione relativa a una possibile lesione del contraddittorio sussiste nella presente fattispecie, atteso che l’imprenditore ha notificato il ricorso a tutti i creditori”*)⁴.

In materia, e’ ravvisabile, peraltro, un orientamento di segno opposto, veicolato dal Tribunale di Roma (Trib Roma, ordinanza del 3 febbraio 2022), secondo cui la legittimazione passiva non può inoltre riconoscersi in capo alla massa indifferenziata dei creditori che possano astrattamente promuovere azioni esecutive nei confronti del debitore e che, tuttavia, non abbiano ancora avviato i relativi procedimenti o minacciato di avviarli con la notifica di un precetto: *“Deve ritenersi inammissibile la richiesta (...) di imporre genericamente, a tutti i creditori, il divieto di acquisire diritti di prelazione e di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio della società in pendenza della procedura di composizione negoziata della crisi. Ritiene, infatti, questo giudicante, alla luce del principio interpretativo sopraindicato, che i creditori ai quali sono inibite le attività descritte dall’art. 6, 1° comma, del d.l. n. 118/2021 non siano tutti quelli esistenti, ma soltanto quelli indicati dal debitore istante e concretamente limitati dalle misure richieste, il cui contenuto dovrà poi essere esattamente individuato ed eventualmente limitato dal giudice con l’ordinanza di conferma o di modifica sottoposta al suo esame”* (così il Tribunale di Roma nella citata ordinanza del 3 febbraio 2022).

⁴ Tale orientamento, favorevole all’ammissibilità delle misure protettive generalizzate, era già stato sposato da Tribunale di Firenze, 29 dicembre e Trib. Padova, 25 febbraio 2022 ed è stato successivamente accolto da Tribunale di Salerno, 10 maggio 2022.; Tribunale di Padova, Sez. I, Ord. 20 luglio 2022).

A tale orientamento più contenitivo deve essere ricondotto anche la pronuncia del Trib. Milano, 24/02/2022 (cit.), secondo cui “L’attenzione, anche sulla scorta dell’elenco creditori fornito dal ricorrente e delle evidenze offerte dall’esperto, deve piuttosto essere posta in primis con riguardo alla individuazione dei creditori, che per tipologia o ammontare del credito, appaiono funzionali all’impresa e, nel contempo, gli stessi abbiano posto in essere condotte dalle quali evincere una posizione per così dire “antagonista” rispetto all’imprenditore che conduce le trattative. In altri termini, trattasi di soggetti che possano assumere a stretto giro iniziative potenzialmente lesive del patrimonio del ricorrente e quindi tali che, in difetto di misure protettive, le trattative condotte pur con l’ausilio dell’esperto verrebbero vanificate. E’ quindi necessario che il ricorrente fornisca al Tribunale elementi univoci che consentano di appurare la sussistenza, quantomeno, di “preannunciate” iniziative pregiudizievoli”.

In via interpretativa, si e’ evidenziato come l’obbligo per l’istante di fornire elementi conoscitivi e valutativi in relazione a già prospettate (specifiche) iniziative pregiudizievoli del ceto creditorio osti alla possibilità della conferma di misure protettive *erga omnes*. E ciò, perché già sotto il profilo statistico, e’ poco probabile, se non del tutto inverosimile, che tutti i creditori abbiano preannunciato l’attivazione di iniziative pregiudizievoli.

Coerentemente coi principi già espressi, deve ritenersi, però, che, nel caso di articolazione selettiva delle misure, i destinatari delle stesse debbano essere, specificatamente, indicati dal ricorrente. Inoltre, e quale stretta conseguenza logica del loro carattere “puntiforme”, rispetto ad essi dovrebbe essere necessariamente assicurato il contraddittorio.

Nell’ipotesi, invece, in cui le misure operino *erga omnes*, la notifica a tutti i creditori, non sarebbe, invece, necessaria anche perché particolarmente onerosa e ritenuta, come tale, sproporzionata anche e, sulla base di una valutazione generale e astratta, dallo stesso legislatore speciale che, infatti, nulla ha prescritto al riguardo.

Essa e’ destinata ad essere sostituita da quell’adempimento pubblicitario con efficacia dichiarativa e *erga omnes* che e’ l’iscrizione della misura nel Registro delle imprese.

Peraltro, a ulteriore dimostrazione della forte incidenza del piano comunitario di tutela, e’ proprio la fonte comunitaria, all’art. 6, comma 8, che ha imposto - con un dettato, invero, <<autosufficiente>> e, quindi, dotato di efficacia

immediatamente precettiva - che le misure protettive non abbiano una durata superiore di dodici mesi.

L'art. 8 (*Durata massima delle misure protettive*), dandovi attuazione, prevede che "*La durata complessiva delle misure protettive, fino alla omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o alla apertura della procedura di insolvenza, non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe, tenuto conto delle misure protettive di cui all'articolo 18*".

Peraltro, deve precisarsi che, ai fini della durata massima delle stesse, deve considerarsi anche quella delle misure di cui ha l'imprenditore abbia, eventualmente, già beneficiato nella fase negoziale.

4.La relativa novità del CCI per quanto concerne le misure tipiche

Invero, come già evidenziato, le scelte della direttiva e del CCI non sono nuove all'impianto della disciplina fallimentare italiana.

Infatti, già per quanto concerne il concordato in continuità aziendale, la legge del '42 prevedeva che l'interesse del singolo creditore potesse essere sacrificato, ove necessario ai fini di preservare la continuità aziendale, a sua volta, in grado di garantire il miglior soddisfacimento del ceto creditorio.

In particolare, l'art. 168 della legge fallimentare prevedeva il divieto di acquisire cause legittime di prelazione in danno dei beni dell'impresa e già nel 2012 il decreto legge n. 83 2012, poi convertito nella legge n. 134 del 2012, aveva introdotto la sterilizzazione - automatica e *ipso iure* - delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni anteriori rispetto al deposito nel registro delle imprese della domanda concordataria.

In particolare, con l'intervento del D.L. n. 78/2010, convertito in L. n. 122/2010 (successivamente modificato dal D.L. n. 83/2012, convertito in L. n. 134/2012), invero, il Legislatore per la prima volta ha previsto che il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive potesse essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di ristrutturazione mediante deposito, presso il tribunale competente ai sensi dell'art. 9 l.fall., della documentazione richiesta per la domanda di concordato preventivo (art. 161, commi 1 e 2, l.fall.) e di una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore stesso, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti.

Le misure <<protettive>>, così battezzate da parte del codice della crisi, in realtà, non sono, dunque, un totale *novum* giuridico, ma rappresentano, limitatamente a taluni istituti, una mera riproposizione, secondo modalità più articolate, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, di istituti già presenti nell'ordinamento giuridico.

Nondimeno, di essi si impone una rilettura alla luce dei principi generali dell'ordinamento giuridico, anche sovranazionale.

Il legislatore ha voluto ampliare le potenzialità operative di queste misure e tale diversità fra le due discipline ha chiare conseguenze sull'eventuale applicazione nel tempo delle stesse.

Peraltro, nella prospettiva dell'efficientamento dello strumentario rimediario, previsto dalla vecchia disciplina fallimentare, si pone il problema della idoneità della stessa direttiva comunitaria a porsi quale fonte per l'esegesi della disciplina del '42. Ciò, in adempimento dell'obbligo di interpretazione comunitariamente conforme della legislazione nazionale⁵.

Per quanto concerne, in particolare, i profili di novità del Codice della Crisi, con riguardo alle misure protettive tipiche, si devono evidenziare i seguenti aspetti.

Oggetto delle misure protettive tipiche, sono, ora, anche beni che non sono nella titolarità dell'imprenditore, ma, eventualmente, anche di terzi, purché concorrano funzionalmente alla sua impresa.

Quindi i beni, oggetto di affitto o di eventuale comodato sono tutti oggetto delle misure protettive.

E questa che potrebbe apparire una effettiva novità normativa, non è da considerarsi veramente tale, perché, già in sede interpretativa, un'acuta giurisprudenza milanese e romana aveva individuato la possibilità che le misure protettive tipiche potessero avere ad oggetto anche i beni non nella titolarità dell'impresa, purché, comunque, a vario titolo, facenti parte del compendio aziendale e strumentali all'esercizio dell'attività d'impresa.

Sotto il profilo soggettivo, invece, la versione originaria del codice della crisi prevedeva una limitazione delle misure protettive ai creditori anteriori rispetto al deposito della domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi.

⁵ Si è, infatti, affermato che "Non sembra, però, che le regole interne ad oggi vigenti possano essere interpretate — in mancanza di una specifica deroga — nel senso di introdurre la totale soggezione della controparte in bonis, come invece parrebbero consentire gli artt. 6 e 7 della proposta di direttiva. Se tale deroga fosse ammessa, infatti, vi sarebbe una discontinuità tra i principi di diritto concorsuale e di diritto comune, nella misura in cui quest'ultimi disciplinano espressamente alcuni strumenti a tutela del sinallagma e del contraente adempiente (per reagire all'inadempimento dell'altro)".

Questa limitazione, sotto il profilo della selezione dei destinatari delle misure, nella versione recata dal decreto legge 83 del 2022, e' scomparsa, per cui si deve ritenere che il divieto di acquisizione di prelazioni operi per tutti i creditori sia anteriori, rispetto al deposito del ricorso volto all'accesso agli strumenti di regolazione della crisi, sia successivi.

In particolare, il riferimento e' ai titolari di pretese prededucibili perché connesse a contratti che siano stati autorizzati come atto di straordinaria amministrazione, perché funzionali alla migliore riuscita, sotto il profilo della redditività economica, dello strumento di regolazione della crisi e, dunque, al miglior soddisfacimento del ceto creditorio.

Dalla piana lettura della norma si evince come il divieto legale non investa l'eventuale promozione di un'azione di cognizione promossa da un creditore, sia nelle forme ordinarie, sia in quelle sommarie del procedimento per decreto ingiuntivo.

E ciò conferma la scelta del legislatore fallimentare del '42 di limitare l'inibizione del diritto, costituzionale (e sovranazionale), di agire in giudizio alle sole iniziative giudiziali, dotate di maggior impatto sul patrimonio aziendale e sull'esercizio dell'impresa, ovvero quelle cautelari e quelle esecutive.

Cio', in quanto:

a) le prime sono volte ad anticipare un effetto, in termini di conseguimento del bene della vita agognato, a seguito di una cognizione, inadeguata, perché sommaria e che sarà perseguito in sede di cognizione ordinaria;

b) le seconde sono preordinate a dare attuazione al comando giuridico o negoziale, già conseguito, mediante una modificazione della realtà materiale, spesso irreversibile, o, comunque, lesiva per la continuità dell'impresa.

Da notare, come per quanto concerne le tipologie di misure protettive azionabili, esista una differenza contenutistica fra l'ipotesi della composizione negoziata e quella degli strumenti di regolazione.

Infatti, anche per l'art. 18 CCI - come già per l'art. 6, D.L. n. 118/2021 - deve evidenziarsi la mancanza di qualsiasi cenno alla sospensione delle prescrizioni e all'impedimento di decadenze.

In relazione alla formulazione di cui D.L. n. 118, invero, una parte della dottrina rilevò che "naturalmente, al divieto di azioni esecutive e cautelari si accompagna la sospensione di ogni termine di prescrizione e l'impedimento delle decadenze" e

da ciò sarebbe conseguita l'inutilità di un'espressa previsione normativa, volta a esplicitare un effetto già operativo.

Secondo un secondo approccio dottrinale, invece, "diversamente dalla disciplina degli effetti delle misure protettive in caso di domanda di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione il legislatore non ha previsto in questo caso che le prescrizioni rimangano sospese e le decadenze non si verifichino. Non si apre infatti in questo caso il concorso dei creditori".

Questa discrasia contenutistica si è rinnovata con il Codice vigente tra la disciplina della composizione negoziata, in cui è assente il riferimento a prescrizioni e decadenze, e quella dell'art. 54, comma 2, CCII, in cui sono disposte la sospensione della prescrizione e l'impedimento di decadenze. E tale scelta contenutistica induce a ritenere la correttezza dell'impostazione, seguita dalla seconda delle posizioni dottrinali menzionate.

5.La riemersione della discrezionalità dell'autorità giudiziaria per le misure tipiche

Si è già descritto il meccanismo di semiautomaticità che connota le m.p. tipiche e la conseguente compressione del potere valutativo del Tribunale della crisi.

In relazione alle stesse, la discrezionalità dell'autorità giudiziaria riemerge in sede di conferma o di revoca di modifica delle misure.

A tal fine, l'articolo 55, comma 3, CCII "*non dispone che la domanda venga portata a conoscenza dei controinteressati; non detta forme di comunicazione del decreto differenti dalla iscrizione del registro delle imprese*" (Tribunale di Roma del 21 luglio 2022).

Infatti, la norma processuale non prescrive al giudice la fissazione di un'udienza *ad hoc*, nè pone l'obbligo di concedere ai creditori alcun diritto di formulare osservazioni o contestazioni funzionali alle proprie determinazioni; nè, in genere, di sentire, anche solo *verbis*, le parti.

E ciò, peraltro, è desumibile anche dalla forma prescelta per il provvedimento del Giudice che non è quella dell'ordinanza, bensì quella del decreto, previsto dal codice di rito, per le sole determinazioni giudiziali unilaterali e esulanti dall'osservanza del contraddittorio.

Tale profilo procedimentale consente di differenziare le misure protettive previste dagli articoli 54 e seguenti CCII da quelle previste nella composizione negoziata della crisi, nel qual caso, infatti, è, invece, prevista la fissazione di una specifica udienza.

In tale momento processuale, il potere discrezionale valutativo del magistrato si espande nella sua fisiologia per poter modulare l'effetto *ex lege* in considerazione di tutte le caratteristiche della fattispecie concreta. E ciò dovendosi – in armonia con il dato normativo speciale -contemperare il valore impresa, a certe condizioni considerato prevalente, con l'interesse del ceto creditorio.

Infatti, molte pronunce si esprimono in termini di necessità di una valutazione complessiva, conformata dai principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

Anche in tal caso viene in rilievo il rapporto con i principi, ed, in particolare, con il secondo che proviene dall'ordinamento comunitario.

Come noto, la prima volta che tale principio ha fatto capolino in sede civile è stato in materia di protezione ambientale, ma ciò proprio perché si era di fronte all'applicazione di una disciplina, come quella in esame, anch'essa di provenienza comunitaria, in una materia a competenza concorrente Unione-Stati membri.

Il nostro ordinamento non conosceva la proporzionalità quale principio espresso ovvero esternato in un dato normativo positivo.

Nondimeno, lo stesso aleggiava in sede interpretativa, in quanto la Corte costituzionale l'aveva desunto, in alcune pronunce, dal principio di uguaglianza, questo sì' oggetto di espressa previsione, peraltro, al livello più elevato delle fonti.

Altre volte, la fonte era stata il principio di ragionevolezza, a sua volta, agganciato all'art. 3 Cost.⁶, in considerazione della irragionevolezza intrinseca di una previsione di legge che tratti in maniera omogenea fattispecie, portatrici di valori giuridici diversi.

D'altronde, il nostro ordinamento è oramai plurilivello e in esso la singola fattispecie, il singolo caso, deve ritenersi oggetto di una disciplina concorrente da parte di più livelli di normazione: il livello di normazione interno, ma anche il livello di normazione comunitaria, il livello di normazione convenzionale con quelle distinzioni in termini di efficacia diretta delle norme comunitarie e indiretta di quelle convenzionali che la nostra Corte Costituzionale, con le sentenze gemelle nn. 347 e 348 nel 2007, ha voluto delineare e che costituiscono ancora l'ossatura della riflessione del giudice delle leggi.

E ciò rileva perché, anche dai livelli sovranazionali, sono traibili i principi, atti a conformare istituti già operanti ma da ricostruire (e da interpretare) alla luce dei primi.

⁶ La ragionevolezza è, invece, un principio tipico del nostro ordinamento, perché il giudice delle leggi lo ha ricavato dal principio di uguaglianza, ex art. 3 Cost.

Ciò premesso, la giurisprudenza si esprime, quindi, in termini di ragionevole e proporzionato contemperamento degli interessi in gioco, proprio per alludere al fatto che la scelta assunta dal giudice in sede di conferma, revoca o modifica, deve attuare un ragionevole contemperamento degli interessi in gioco, scegliendo la soluzione esegetica, che imprima all'interesse considerato, eventualmente, recessivo o subvalente, il minore sacrificio possibile.

Quindi, proporzionalità da intendersi anche come ragionevolezza della scelta.

6.L'istituto totalmente nuovo delle misure protettive atipiche

L'altra novità e' costituita dall'introduzione delle misure di protezione atipiche, ovvero non predeterminate *a priori* dal legislatore quanto a contenuti assumibili.

In ogni caso, si tratta di un'«atipicità parziale», o meglio sono istituti «nominati», ma atipici perchè non sono oggetto di espressa definizione sotto il profilo contenutistico, con la conseguenza che possono essere modulati dall'imprenditore secondo le specifiche esigenze di tutela poste dalla fattispecie concreta. Ciò, invero, secondo la logica della misure cautelari atipiche.

L'art. 54 CCI prevede, infatti, la facoltà del debitore di *“richiedere al tribunale, con successiva istanza, ulteriori misure temporanee per evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza”*.

Invero, una lettura «epidermica» del testo normativo sembrerebbe suggerire che le misure atipiche (come anche quelle cautelari) siano richiedibili solo in via accessoria rispetto alle misure protettive “tradizionali”, con conseguente non configurabilità in via autonoma.

Le stesse sono, infatti, declinate dal legislatore speciale, quali misure “*ulteriori*”, suscettibili di richiesta con “*successiva istanza*”).

Accedendo a tale ricostruzione, dovrebbe concludersi che non possano essere né richieste, né concesse laddove non sia intervenuta una misura di tipo “classico”.

Così da una lettura piana del dato testuale, secondo taluni autori, sembrerebbe potersi desumere che le stesse possano essere richieste solo nel corso della procedura, quando quelle tipiche si siano dimostrate insufficienti rispetto al fine di tutela perseguito.

Tale esegesi, però, sarebbe in contrasto con la finalità di assicurare la piena effettività del piano rimediale.

Per contro, la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata e che consenta la tenuta della norma rispetto al principio di effettività della tutela

giurisdizionale - quale imposta da norme di rilievo sia costituzionale negli art. 24 e 113 Cost., sia sovranazionale negli art. 6 e 13 Cedu e 47 Cdfue - deve indurre a ritenere che per le misure atipiche debba essere possibile un'anticipazione del momento della loro accedibilità alla presentazione del piano o della proposta di concordato in bianco.

Dunque, deve ritenersi, più ragionevolmente, che tali misure siano, normalmente, richiedibili in via successiva alle tipiche, richieste in sede di deposito della domanda di concordato o di accordo di ristrutturazione, ma che, all'occorrenza, quando indispensabile per preservare l'integrità del patrimonio aziendale e, quindi, la funzionalità dell'impresa, possano richiedersi anche contestualmente o, persino, in difetto delle stesse.

Come già evidenziato, le atipiche, però, sono previste soltanto in relazione alle procedure di regolazione della crisi, in relazione, quindi, al concordato e agli accordi di ristrutturazione, non sono oggetto di espressa previsione in materia di composizione negoziata.

Dunque, in relazione a tal ultima, non sembrerebbero accedibili.

Ciò, anche in virtù del principio per cui *ubi lex voluit, ubi noluit tacuit*.

Dispone, infatti, l'art. 18 CCI che l'istanza di applicazione delle misure deve essere pubblicata nel Registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori interessati non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa, mentre non sono inibiti i pagamenti.

Orbene, in via interpretativa, muovendo dall'assunto per cui l'elenco delle misure protettive, contenuto nell'art. 18 CCII, sarebbe da ritenersi tassativo e, dunque, di stretta interpretazione, si ritiene che non siano richiedibili quelle atipiche⁷.

⁷In particolare, si è affermato che quelle "il legislatore ha stabilito, in deroga alla normativa di rango parimenti ordinario prevista dal codice civile, l'inibitoria di autotutela negoziale dei creditori a salvaguardia della continuità aziendale dell'impresa debitrice solo in casi tassativamente predeterminati, ovvero in sede di composizione negoziata ex art. 18 comma 5 CCII, in caso di domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 64 CCII, in caso di domanda 'piena' di concordato preventivo in continuità aziendale ex art. 94 bis CCII" (Tribunale Milano Sez. II Decr., 30 marzo 2023).

Da ciò la non accedibilità del suddetto divieto, particolarmente invasivo della sfera dell'autonomia negoziale, al di fuori di tali ipotesi tipiche e tassative.

Nondimeno, “la protezione del patrimonio - funzionale alla buona riuscita delle trattative -

Infatti, "dove la disgregazione del patrimonio non possa essere evitata per il tramite delle misure protettive, soccorrono i provvedimenti cautelari che il giudice, su istanza del debitore, può concedere", come è previsto dall'art. 19 CCII.

Dunque, in relazione alla composizione negoziata, avendo attuato il legislatore una forma di <<compensazione normativa>>, sovviene la possibilità, da parte dell'imprenditore di fare ricorso alle misure cautelari che sono accedibili anche in sede di strumenti di regolazione della crisi, categoria naturalmente <<aperta>>.

Peraltro, le misure protettive non riguardano i diritti di credito dei lavoratori, come previsto peraltro dalla Dir. UE 2019/1023.

Per quanto concerne le misure protettive atipiche, non può prescindersi dalla considerazione per cui l'avvio o la prosecuzione di azioni esecutive e cautelari rientra, di per sé, nell'oggetto delle misure protettive “classiche”.

Ci si interroga se, con esse, si possa fare richiesta dell'inibizione dei creditori della facoltà di proporre un'azione di mera cognizione, in forma ordinaria o anche sommaria.

A tale interrogativo pare doversi rispondere negativamente.

Ciò anche in considerazione dell'inidoneità della stessa a interferire con il buon esito della procedura e, dunque, quale fine ultimo, con il risanamento dell'impresa.

Quindi, abbiamo un quadro, ordinamentale e rimediabile particolarmente composito, che richiama - e' inevitabile il riferimento alla riflessione interpretativa in sede comunitaria - quel piano mobile dei rimedi di cui parla autorevole dottrina italiana, quando dice che ormai la tutela che l'ordinamento deve apprestare, in questo caso al valore impresa, non può essere limitata a specifici e predeterminati strumenti privatistici o a specifici strumenti pubblicistici.

Tutta la disciplina ordinamentale è nel senso di un abbandono di quella tradizionale dicotomia fra diritto pubblico e diritto privato che aveva connotato l'approccio del nostro ordinamento fin dalla sua nascita e anche, diciamo, con l'avvento della Costituzione.

Questa rigida ripartizione, tra diritto pubblico e diritto privato, viene meno a favore di una sinergia fra strumenti rimediali che concorrono tutti a definire l'obiettivo di tutela posto dalla fattispecie concreta.

Piano mobile vuol dire anche giustizia perimetrata sulle esigenze del caso di specie, senza precondizioni e preconstituzioni, secondo quell'approccio sostanzialista che caratterizza la giurisprudenza comunitaria e, da tempo, anche le scelte del legislatore nazionale.

È questa la scelta che ha perseguito anche il legislatore fallimentare, così come il legislatore del codice della crisi, nella misura in cui amplia il ventaglio di rimedi accedibili prevedendo le misure protettive atipiche, valorizzando le misure cautelari, proprie dell'ambito privatistico, arricchendo, così, il ventaglio dei rimedi senza limite (in punto di strumentalità), se non quello della funzionalità rispetto alla buona riuscita dello strumento di regola della crisi oppure della composizione negoziata.

7. Differenze procedurali fra misure protettive tipiche e misure protettive atipiche.

Come già evidenziato, per quanto concerne le misure protettive tipiche - che il codice della crisi mutua dalla legge fallimentare, quindi, dagli artt. 51 e 168 - il divieto d'inizio di azioni esecutive e cautelari, il divieto di acquisizione di prelazioni, la sterilizzazione delle ipoteche giudiziarie, si producono semiautomaticamente, secondo una logica di <<produzione effettuale>> che succede all'automatismo di cui al quadro normativo previgente.

Nella vigenza della legge fallimentare, la sospensione delle azioni e la loro inibizione si produceva *ope legis*, senza che sull'imprenditore gravasse alcun onere.

Con l'entrata in vigore del CCI, invece, questi effetti tipici non si producono per effetto del mero deposito nel registro delle imprese della domanda volta all'accesso ad uno strumento di regolazione della crisi, ma devono essere richiesti, contestualmente al ricorso, volto ad accedere allo strumento di regolazione della crisi.

E', cioè, necessario che l'imprenditore richiede specificatamente la misura tipica o, in generale, le misure tipiche perché l'effetto si possa produrre.

Deve ritenersi, in omaggio a quel principio, comunitario, di effettività della tutela che deve costituire indefettibile criterio esegetico, che non siano necessarie formule sacramentali, né l'esplicita enucleazione di tutte le misure tipiche, ma sia sufficiente una esternazione della volontà di tutela con riferimento alla categoria generale delle m.p. t..

Peraltro, si ritiene che vi possa essere una scissione fra tale adempimento e l'esplicitazione della richiesta delle misure.

La giurisprudenza di merito⁸ ha avuto modo di chiarire come sia possibile richiederle anche in via successiva con istanza a parte, da depositarsi presso il registro delle imprese e nel rispetto delle stesse formalità della domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi.

D'altronde, in tal senso depongono anche considerazioni di carattere logico - intuitivo:

1. le cause, che rendano auspicabile la paralisi delle azioni, potrebbero verificarsi successivamente alla presentazione del ricorso introduttivo;
2. il debitore potrebbe incorrere in una mera "dimenticanza".

Diversamente, dovrebbe ritenersi che l'imprenditore sia costretto a esercitare subito una facoltà processuale che, peraltro, per quanto posta nell'interesse dell'integrità funzionale dell'impresa, ha un impatto non poco invasivo per i creditori.

Il che darebbe luogo ad un esito interpretativo irragionevole e sproporzionato, specie, in relazione all'esigenza di non comprimere eccessivamente le ragioni creditorie.

Peraltro, sotto il profilo del dato normativo vigente, l'attuale formulazione degli artt. 18 e 54 CCI non pone limiti di sorta, limitandosi a prevedere che ove il debitore faccia richiesta dell'inibizione delle azioni esecutive e/o cautelari in sede di domanda *ex art. 40 CCII*, le misure protettive si producano dalla data di pubblicazione della domanda medesima al Registro imprese.

Dunque, la domanda di accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi potrebbe anche non contenere l'istanza di misure protettive tipiche che potrebbe essere presentata in un secondo momento.

Nondimeno, in tal caso, e' necessario che siano rispettate le stesse formalità, tra cui il necessario deposito nel registro delle imprese, pubblicitarie, con conseguente duplicazione delle scadenze procedurali.

Esiste una profonda differenza fra misure tipiche e atipiche sotto il profilo effettuale, ovvero della produzione degli effetti.

A venire in rilievo per le misure tipiche e' un classico esempio di effetto producenti *ex lege* che prescinde dall'assunzione di uno specifico provvedimento del Tribunale che, se assunto, avrebbe una valenza meramente dichiarativa di un

⁸ Provvedimento del 4 novembre 2022.

effetto già prodottosi in virtù del semplice fatto che risultino integrati, nella fattispecie concreta, gli elementi costitutivi che il modello legale prefigura.

Quindi, come già evidenziato, il meccanismo, diversamente dal modello del '42, e' di semiautomaticità, perché gli effetti si producono *ex lege*, ma devono essere comunque richiesti.

In ciò, come già evidenziato, e' evidente lo scarto rispetto al sistema previgente con riguardo alle regole che sono preordinate a inibire i poteri di autotutela dei creditori: "effetto automatico nella liquidazione giudiziale, effetto dipendente dalla domanda del debitore sulle misure protettive nel diritto delle ristrutturazioni".

Per quanto concerne, invece, le m.a., sotto il profilo procedurale, quale modalita', volta ad assicurare un ragionevole contemperamento degli interessi dell'imprenditore e di quelli dei creditori, deve ritenersi che le stesse non possano operare secondo logiche di (semi) automatismo, ma debbano necessariamente passare per il preventivo vaglio giudiziale.

Dunque, le misure protettive atipiche, così come prefigurate dal codice della crisi, similmente alle misure cautelari, non sono semiautomatiche, ma devono essere specificatamente richieste e concesse.

Peraltro, le stesse non potranno essere concesse se non con provvedimento costitutivo che specificatamente le conceda, determinandone l'insorgenza giuridica.

Da ciò la configurabilità, per l'istante, dell'onere di allegazione della specifica misura richiesta da parte dell'impresa, unitamente, ovviamente, in quanto elemento <<consustanziale>> alla stessa, al destinatario della misura.

Ciò, previa instaurazione del contraddittorio con gli interessati, perché mentre le misure protettive tipiche, producendosi *erga omnes*, prescindono dall'instaurazione del contraddittorio con una platea di interessati che risulta indeterminata, le misure protettive atipiche e cautelari non possono prescindere dal rispetto del principio del contraddittorio.

Principio, che, d'altra parte, è indubbio sia un principio generale e di natura costituzionale, costituendo logico corollario del diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost., e, quindi, deve ritenersi di generale vigenza e vincolatività.

Dunque, come emergente dal dato testuale del microsistema della crisi, le misure protettive ulteriori possono essere concesse solamente dal Giudice (al pari di quello che accade per i provvedimenti cautelari *ex art. 54 co. 1 CCII*) che provveda ad accogliere la connessa istanza a seguito della fissata udienza e,

dunque, a fronte dell'ordinaria instaurazione del contraddittorio rispetto ad ogni interessato, oppure, eventualmente, per il mezzo del decreto emessa *inaudita altera parte* (v. Trib. Terni 4 luglio 2023).

8. Le misure cautelari.

8.1. I presupposti applicativi della tutela d'urgenza endoconcorsuale

La definizione di "misura cautelare" è contenuta all'art. 2 (dedicato alle "definizioni") lett. q, CCII, ai sensi del quale debbono intendersi come misure cautelari: *"I provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio e dell'impresa del debitore che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza"*.

La norma è stata tacciata di eccessivo rigore nei confronti del debitore e, inoltre, si è evidenziato che assimila "impropriamente, sul piano degli effetti, il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione alla liquidazione giudiziale".

In forza del nuovo art. 54 CCII (Misure cautelari e protettive) – ma analoga previsione è presente con riguardo alla composizione negoziata – nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione e del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione di strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza.

La finalità delle stesse è, dunque, quella di garantire provvisoriamente l'esito delle trattative, nel caso della composizione negoziata, o gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi, nel caso di provvedimenti richiesti ex art. 54, quale condizione logica per l'eventuale risanamento e salvataggio del valore – impresa di rilievo anche sovranazionale.

Come evidenziato dalla giurisprudenza di merito, le misure cautelari del Codice sono provvedimenti "evidentemente atipic(i), a contenuto conservativo o anticipatorio, senza che questo significhi che in concreto il contenuto della misura possa essere determinato direttamente dal giudice, prescindendo dall'applicazione del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, che, invece, anche in questo caso assume diretta rilevanza".

Deve, dunque, ritenersi l'imperatività del principio della domanda, come ribadito del resto dall'art. 54, comma 1, che richiama, in modo espresso, con riferimento ai provvedimenti cautelari, la necessità dell'istanza di parte. Ciò anche al fine di ovviare alle problematiche, registrate nella vigenza della legge fallimentare, in cui era invalsa la prassi, giustificata dalla volontà di tutela del valore-impresa, di accordare provvedimenti, resi ex art. 15, comma 8, L. fall., con un contenuto diverso da quello richiesto dall'impresa (ma non concedibile).

A venire in rilievo, come per le protettive atipiche, sono misure destinate ad operare in modo <<selettivo>> ovvero solo contro i destinatari specificatamente determinati.

Anche in tal caso non si è presenza di un *novum giuridico*, dal momento che il previgente art. 15, comma 8. l. fall. conteneva un'espressa regolamentazione del fenomeno⁹.

Coerentemente con la predetta norma definitoria, il primo comma dell'art. 54 CCII prevede che *“nel corso del procedimento di accesso ad una della procedure di regolazione della crisi, segnatamente apertura della liquidazione giudiziale, procedimento di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, su istanza di parte⁵, il tribunale, può emettere provvedimenti cautelari che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione”*.

Dunque, sotto il profilo funzionale, è evidente l'attenuazione della strumentalità (vedi paragrafo successivo), ravvisabile nell'evidenziata loro generica attitudine funzionale.

Venendo in rilievo delle misure cautelari, il creditore che agisca ai sensi dell'art. 54 CCII deve, in armonia con lo schema codicistico, fornire prova della ricorrenza dei presupposti della tutela cautelare, ovvero *periculum in mora* e *fumus boni iuris*¹⁰.

D'altronde, se è vero che alcune disposizioni del rito cautelare uniforme sono derogate perchè escluse espressamente dal legislatore speciale, tal ultimo non ha

⁹ La norma prevedeva che *“Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento (6), che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza”*.

¹⁰ Il primo è ravvisabile nel pregiudizio cui è esposto il diritto (o la diversa situazione giuridica fatta valere) a causa dell'ordinaria tempistica del processo, laddove il *fumus* deve essere declinato come verosimile e, dunque, probabile - e non meramente possibile -esistenza del diritto azionato.

in alcun modo eliso la duplice valutazione tipica che presiede alla concessione delle misure cautelari.

Nondimeno, si ritiene, ragionevolmente, che per quanto concerne il primo presupposto ovvero il *periculum*, lo stesso debba ritenersi *in re ipsa*, perchè insito nel fatto che l'imprenditore sia in stato di allerta o di crisi, con conseguente esonero dell'istante dalla connessa prova.

Per contro, prevale l'opinione per cui, nella vigenza della disciplina precedente, dettata dalla legge fallimentare, l'istante soggiacesse ad un onere puntuale di allegazione e dimostrazione probatoria del *periculum*, sempre ovviamente nei limiti di una cognizione sommaria e semplificata, quale e' quella imposta dalla sede cautelare.

La facoltà per l'imprenditore di richiedere i provvedimenti cautelari, di volta, in volta, maggiormente idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza, richiama l'analogo dato testuale dell'art. 700 c.p.c. e consente, dunque, di ritenere l'atipicità dei contenuti articolabili in sede di ricorso.

Unico limite, di natura processuale, dev'essere individuato, nell'operare del già menzionato principio della domanda, per cui il giudice dovrà, pur sempre, pronunciare nel rispetto di quel principio e di quello di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, con conseguente esclusione di un potere generale di cautela da parte del tribunale.

7.2. L'attenuazione della strumentalità

Sotto il profilo contenutistico, invece, in conformità ai principi tradizionali che conformano il sistema della tutela cautelare innominata, prevale l'opinione per cui, anche nel contesto di quel microsistema che e' costituito dalla regolazione della crisi d'impresa, la tutela d'urgenza non conosca limiti contenutistici precostituiti, ma sia soggetta, tanto in seno alla composizione negoziata quanto come in sede di strumenti di regolazione della crisi, ad un'apprezzabile attenuazione del requisito della strumentalità.

Lo schema tipico della tutela ex art. 700 c.p.c. esigerebbe, infatti, che l'istante:

a) espliciti, in sede di istanza di concessione del provvedimento cautelare, la tutela di merito cui lo stesso deve ritenersi strumentale, con conseguente onere da adempiersi sul piano allegatorio;

b) instauri il giudizio di merito prefigurato.

Dupliche onere che si rende indispensabile ai fini della stabilizzazione della misura cautelare conseguita, la quale, in difetto, sarebbe destinata a divenire, irreversibilmente, inefficace.

Ciò, salva ovviamente le ipotesi di ultrattività dei provvedimenti cautelari c.d. anticipatori quali normati alla disciplina del rito cautelare uniforme dettata dall'art. 669 bis e ss c.p.c., così come novellata dalla legge n. 80/2005.

Infatti, sono da considerarsi provvedimenti c.d. anticipatori, per i quali il successivo giudizio di merito deve considerarsi solo eventuale, quelli che risultino, di per sé, idonei a produrre effetti sulla realtà materiale o giuridica, così da non richiedere necessariamente l'introduzione del giudizio di merito. Solamente, in tali casi, come autorevolmente evidenziato, è escluso che il giudice della cautela debba - o anche solo possa - fissare un termine per l'inizio del giudizio di merito e, questo, ove introdotto dalla parte soccombente in sede cautelare, si conforma abitualmente quale giudizio di accertamento negativo del diritto azionato in sede cautelare.

Nell'ipotesi delle misure cautelari endoconcorsuali, invece, non solo non deve essere introdotto il giudizio di cognizione ordinaria, ma, in sede di domanda di accesso alla misura cautelare, l'imprenditore è esonerato dall'enucleare una tutela di merito che non è tenuto a richiedere e che, anzi, secondo taluni autori, sarebbe affetta da radicale inammissibilità per difetto di interesse ad agire ex art. 100 cpc.

Ciò, in quanto l'istante avrebbe già, pienamente, conseguito il bene della vita anelato anche perché il fine ultimo della misura cautelare viene a coincidere con l'eventuale successo dei tentativi di composizione negoziata, o, in alternativa, con il proficuo accesso agli strumenti di regolazione della crisi (non <<composta>>).

Dispone, infatti, l'art. 54 CCI che “*Non si applicano l'articolo [669 octies](#), primo, secondo e terzo comma*” - che prevedono la necessaria introduzione del giudizio di merito nel termine fissato dal giudice della cautela o in quello massimo di legge - “*e l'articolo [669 novies](#), primo comma, del codice di procedura civile*” in materia di perdita di effetti della concessa cautela per l'ipotesi di mancata introduzione di giudizio di merito o di sua successiva estinzione.

8.3. Le nuove misure cautelari in favore dell'imprenditore e il rapporto con quelle richiedibili dai creditori.

Sotto il profilo della legittimazione processuale attiva, come già evidenziato, l'art. 54 CCI richiede, quale condizione per l'emissione del provvedimento, l'istanza di parte.

Al riguardo, peraltro, è stato obiettato che "su istanza di parte" significa che le misure cautelari "potranno essere richieste dai creditori soltanto quando questi siano parte di quel procedimento, ossia abbiano agito per ottenere la dichiarazione di insolvenza" – o siano intervenuti nella procedura con un sempre possibile intervento adesivo- "e non nel caso in cui il debitore abbia presentato domanda di accesso ad una delle procedure regolatrici previste dal Codice e i creditori non abbiano preso l'iniziativa dell'art. 41".

Dunque, sotto il profilo della legittimazione processuale attiva, le misure cautelari, diversamente dalle protettive, sarebbero richiedibili anche da parti processuali diverse dall'imprenditore.

Ciò premesso, s'impone una precisazione, in quanto, da un lato, la dichiarazione giudiziale di fallimento (ora liquidazione giudiziale) preclude la proposizione di azioni cautelari da parte dei creditori e in generali dei terzi, dall'altro, nell'ottica della salvaguardia del valore-impresa, l'imprenditore è legittimato alla proposizione di istanze di natura cautelare.

Quanto ai rapporti tra le eventuali misure cautelari disposte ai sensi dell'art. 15 l.fall. che, nella giurisprudenza di merito, avevano assunto il contenuto più disparato e le misure disciplinate dal D.L. 118, in dottrina si è rilevato che il riferimento letterale che l'art. 6 del decreto fa ai "creditori" consentirebbe di affermare "che le azioni inibite sono quelle individuali, e che perciò le misure cautelari dell'art. 15, 8° comma, l.fall. non dovrebbero venire colpite dal divieto dato che, sebbene siano anch'esse chieste dai creditori, vengono concesse, tuttavia, a protezione di un interesse collettivo".

Dunque, esisterebbe una differenza sotto il profilo dell'inibizione o meno della tutela cautelare, a secondo del profilo funzionale (interesse individuale ed egoistico, da un lato; interesse sovraindividuale o, comunque collettivo, dall'altro) cui la misura richiesta sia preordinato.

Invero, a fronte di un dato normativo univoco nell'individuare il proprio oggetto (le azioni cautelari promosse), distinguere, in relazione alle iniziative promosse contro l'imprenditore, in base al profilo <<teleologico>>, di volta, in volta, perseguito, seppur ricostruibile sulla base del tenore degli atti processuali, appare frutto di un'interpretazione forzata, o, comunque, <<barocca>>.

Inoltre, si è già avuto modo di evidenziare che le misure cautelari richieste dall'imprenditore sono funzionali al buon esito degli strumenti di regolazione della crisi o della composizione negoziata, quale fine <<immediato>> che prelude al fine ultimo o <<mediato>> del risanamento dell'impresa.

Quando, invece, l'iniziativa sia assunta dai creditori o dagli altri legittimati a richiedere l'apertura della liquidazione giudiziale, il fine tipico, rilevante sul piano della strumentalità, sarebbe quello non di preservare gli effetti delle sentenze che accolgano tale richiesta, ma, semmai, la loro attuazione.

In particolare, la decisione di merito, rispetto alla quale vagliare la strumentalità, sarebbe rappresentata dalle sentenze di apertura della liquidazione o di omologa del concordato con gli effetti che ne conseguono in termini di indisponibilità del patrimonio. Indisponibilità che è totale nell'ipotesi di una finalità liquidatoria, meramente relativa se il concordato sia congegnato con continuità dell'attività d'impresa

9. Contenuti assumibili dalle misure cautelari e differenze rispetto alle misure protettive atipiche

Sotto il profilo contenutistico ci si è chiesto quale contenuto possano assumere sia le misure protettive atipiche, sia le misure cautelari.

Generalmente, in presenza di un dato normativo, come già visto, laconico, si tende a rimarcare la ricorrenza di differenze di non poco conto.

Deve premettersi che l'individuazione di eventuali criteri qualificatori atti a distinguerle non è agevole, così come non è unanime l'opinione per cui si sarebbe in presenza di istituti, effettivamente, differenziabili, sotto il profilo della natura giuridica.

Si è, infatti, affermato che “quando vengono chieste dal debitore, le misure cautelari assomigliano alle misure protettive atipiche, e non è semplice differenziarle”.

Per quanto si ritenga, in genere, che le misure cautelari non debbano tangere l'ambito operativo delle prime, “l'intreccio, in realtà, è postulato fin dalla norma definitoria: seppur con parole diverse, ma dal medesimo significato, infatti, tanto la lett. p) quanto la lett. q) dell'art. 2, alludono, entrambe, all'unica esigenza di assicurare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza”.

Dunque, sarebbe la stessa norma previsionale, per la sovrapposibilità della descrizione che opera delle stesse, a rendere, difficilmente, enucleabili delle differenze fra le due misure.

D'altronde, il legislatore ha cercato di moltiplicare le forme rimediali, al fine di ovviare a qualunque bisogno di tutela, che possa manifestarsi in concreto e ciò in omaggio al principio di effettività della tutela giurisdizionale il cui substrato fondativo può essere riconosciuto sia, a livello di ordinamento interno, seppur al livello più alto delle fonti, negli artt. 24 Cost., sia a livello sovranazionale, negli art. 6 e 13 CEDU e 47 CDFUE.

Muovendo dalla tutela cautelare, per natura atipica, tal ultima non ha, neanche in questa sede, una disciplina contenutistica specifica, perché altrimenti lo strumento processuale non sarebbe coerente con la funzione di necessaria <<specializzazione>> e modulazione della tutela accordabile, a secondo delle peculiari esigenze legate al caso di specie, che è carattere connaturato alla tutela d'urgenza.

Si è già menzionata la norma con finalità definitoria di cui all'art. 2, lett. q, che fa riferimento al buon esito delle trattative e agli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza, quale fine, per così dire, <<immediato>> che prelude all'obiettivo finale di risanamento.

A tal riguardo, si è affermato che la strumentalità sarebbe stata concepita come "solo funzionale e non anche strutturale, perché non c'è, propriamente, una causa di merito la cui mancata introduzione o estinzione possa determinare l'inefficacia della misura".

Anche per tali ragioni, ci si è espressi in termini di misure cautelari *sui generis*, oppure ancora si è evocato genericamente l'esistenza di un *tertium genus*, accostabile alle misure cautelari classiche e consegnateci dalla tradizione giuridica, solo per la loro lata e generica strumentalità.

Da tale assetto regolatorio discende anche l'elaborazione della categoria della c.d. strumentalità attenuata.

A dimostrazione dei tratti di specialità della tutela cautelare endoconcorsuale, si è affermato che tal ultima derogherebbe rispetto allo schema codicistico, anche sotto un altro e rilevante profilo.

Ciò, in quanto "la similarità delle misure cautelari del Codice col provvedimento d'urgenza del codice processuale, che può essere concesso solo quando non è

prevista una misura tipica, non implica necessariamente l'applicazione del principio di residualità¹¹.

Dunque, le misure cautelari endoconcorsuali sarebbero applicabili anche ove una tutela analoga sia conseguibile con altro strumento processuale, anch'esso d'urgenza, e in altra sede, come, per esempio, davanti al Tribunale ordinario.

Il problema si propone, *mutata mutandis*, anche con riguardo al vaglio di residualità per quanto concerne la concessione di misure atipiche in sede di processo civile ordinario. A tal riguardo, nel presupposto, invero contestato della non esclusività della competenza del tribunale della crisi, si è, condivisibilmente, affermato che *“sotto il profilo dell'osservanza del requisito della residualità, quale condizione per l'ammissibilità della tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c., tal ultima non può considerarsi pienamente <<surrogabile>> da parte dal sistema delle misure protettive e cautelari, delineato dal Codice della Crisi. E ciò in quanto le stesse, avendo una finalità endoconcorsuale, non precludono ne' consentono l'introduzione di un giudizio di merito, volto all'eventuale stabilizzazione della tutela, accordata in via interinale”* (Trib Brindisi, ordinanza coll. del 2.10.2024).

Dunque, deve ritenersi che l'accedibilità delle misure concorsuali non elida la facoltà di adire il Tribunale ordinario, al fine di richiedere la tutela c.d. innominata di cui al rito cautelare uniforme, in quanto tale eventualità processuale non è ostativa alla possibilità di considerare tal ultima come effettivamente residuale.

E ciò in quanto il risultato conseguibile in sede endoconcorsuale non è il medesimo, in termini qualitativi, a quello ottenibile in sede di giudizio soggetto al rito civile cautelare, che solo consente un accertamento, a cognizione piena, di spettanza del bene della vita, a fini condannatori o di altra natura.

D'altronde, nel senso della non esclusività della competenza ex art. 54 e 55 CCI, depone, oltre all'assenza di una previsione espressa, anche la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata e rispettosa del principio di effettività della tutela, quale imposta da norme di rilievo sia costituzionale negli

¹¹ D'altronde, sotto il profilo dell'osservanza del requisito della residualità, quale condizione per l'ammissibilità della tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c., tal ultima non può considerarsi pienamente <<surrogabile>> da parte dal sistema delle misure protettive e cautelari, delineato dal Codice della Crisi. E ciò in quanto le stesse, avendo una finalità endoconcorsuale, non precludono ne' consentono l'introduzione di un giudizio di merito, volto all'eventuale stabilizzazione della tutela, accordata in via interinale.

Dunque, nel senso della non esclusività della competenza ex art. 54 e 55 CCI, depone anche la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata e rispettosa del principio di effettività della tutela, quale imposta da norme di rilievo sia costituzionale negli art. 24 e 113 Cost., sia sovranazionale negli art. 6 e 13 Cedu e 47 Cdfue

art. 24 e 113 Cost., sia sovranazionale negli art. 6 e 13 Cedu e 47 Cdfue.

Principio di cui s'impone il rispetto, specie, quando a venire in rilievo, sia la tutela d'urgenza oppure quella con finalità protettiva (e temporanea) delle procedure concorsuali.

Sotto il profilo, invece, dei limiti individuati all'operare della tutela cautelare atipica e delle eventuali differenze con le atipiche, si ritiene che sia, comunque, impossibile, per l'imprenditore, imporre un *facere* negoziale. D'altronde, si evidenzia come tale tipologia di tutela non sarebbe conseguibile neppure in sede di un ipotetico (e, forse, inammissibile) giudizio di merito.

Dunque, in via interpretativa, oltre alla generica strumentalità rispetto al buon esito di procedura, viene individuato un altro limite "occulto", sintetizzabile nella formula per cui e' chiedibile solo cio' che sia conseguibile a seguito di un giudizio a cognizione piena.

Quindi, si e' in presenza, sicuramente, di limiti molto generici all'ammissibilità della tutela cautelare che sono individuati nell'impossibilità di richiedere l'imposizione di un *facere* negoziale. Il medesimo limite contenutistico viene, di norma, affermato in relazione alle misure protettive cosiddette atipiche.

Per esempio, ha affermato la giurisprudenza milanese, che non e' conseguibile l'instaurazione di un rapporto *ex novo*, né in sede di richiesta di misura protettiva tipica, né in sede di accesso alle misure cautelari, né sarebbe possibile imporre alla controparte contrattuale la rinnovazione del rapporto già in essere, perché questo tipo di risultato non sarebbe conseguibile neanche in sede di tutela del merito¹².

¹² v. Trib. Modena, 26 dicembre 2022, secondo cui "non rientra nel perimetro applicativo dell'art. 18, comma 5, CCII, la possibilità di imporre di proseguire un rapporto contrattuale ormai cessato per il decorso del suo naturale termine in quanto tale norma si riferisce ai rapporti pendenti sino alla loro naturale scadenza; se infatti si ritenessero ammissibili misure che di fatto impongono un *facere* integrante l'instaurazione di una relazione giuridica, la misura cautelare consentirebbe non solo un esito che non sarebbe raggiungibile nemmeno in via contenziosa, ma che non rappresenta nemmeno un'anticipazione dell'eventuale percorso di ristrutturazione". In sostanza, il tribunale 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); Tribunale di Salerno, 22 Febbraio 2024. Est. Sicilia, secondo cui "le misure cautelari nell'ambito della composizione negoziata della crisi d'impresa sono provvedimenti provvisori in quanto strumentali al buon esito delle trattative e sono altresì provvedimenti idonei ad incidere in termini inibitori su diritti di creditori e terzi onde preservare il patrimonio del debitore e i rapporti negoziali funzionali all'esercizio dell'impresa. Detti provvedimenti, tuttavia non possono valere ad ottenere coattivamente l'esecuzione di nuove prestazioni, il conseguimento di utilità altrimenti non dovute o l'instaurazione di nuovi rapporti giuridici, ed è dunque da escludere che si giunga ad ottenere la reviviscenza di contratti già risolti".

Nel caso in esame, dall'accoglimento della richiesta di adozione della misura cautelare di sospensione del lodo arbitrale sarebbe derivata la reviviscenza di un contratto ormai risolto e, dunque,

Le medesime conclusioni sono estese anche all'ipotetica proroga di un rapporto negoziale in essere.

Unica ipotesi dubbia sarebbe quella della rinegoziazione del contenuto di un rapporto già instaurato e ancora pendente.

Si può discutere, cioè, se possa essere oggetto di una misura protettiva atipica o, in alternativa, di una misura cautelare, o, ancora di entrambe, l'imposizione di un obbligo di rinegoziare le condizioni di un rapporto, si pensi, per esempio, a un rapporto in essere con il ceto bancario.

Ecco, in relazione all'obbligo di rinegoziazione, in sede di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi o alla composizione negoziata, la giurisprudenza di merito tende a escludere che si possa richiedere questo. Nondimeno, questo principio interpretativo dovrebbe essere rivisto alla stregua di quella evoluzione interpretativa, seppur in materia di giudizio ordinario, che, poi, è stata fatta propria anche dalla Cassazione in una relazione molto articolata sugli effetti della pandemia rispetto ai rapporti in essere¹³.

Nella stessa si è affermato che il principio generale di buona fede oggettiva, sancito dagli art.1375 e 1175 del codice civile, ma che ha anche un fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost., sarebbe idoneo a generare un generale obbligo di rinegoziare le condizioni del rapporto contrattuale. Ciò, ove risulti apprezzabilmente sbilanciato da una determinata sopravvenienza (in fatto o in diritto) di carattere eccezionale. In alternativa all'equità, la Suprema Corte ha richiamato il dovere di correttezza contrattuale che non sarebbe soltanto una clausola generale, operante in sede contrattuale, "destinata a regolare le trattative, la conclusione, l'interpretazione e l'esecuzione del rapporto, ma è anche una fonte di integrazione del contratto, in quanto richiamata dall'art. 1374 sub specie di legge".

D'altronde, la buona fede oggettiva ha valenza di norma di ordine pubblico, "collocandosi fra i principi portanti del nostro ordinamento sociale, "anche perché attuativa e inerente quel principio solidaristico che innerva il nostro sistema, con riferimento al quale ogni interpretazione restrittiva della clausola generale anzidetta smarrisce ogni significato".

un ripristino della situazione preesistente rispetto all'emanazione del lodo, funzione, questa, che non è quella propria delle misure cautelari laddove l'obiettivo del provvedimento cautelare è quello di cristallizzare la situazione esistente al momento in cui le trattative vengono iniziate, al fine di agevolarne l'esito positivo-

¹³ Rel. n. 20 Roma, 10 marzo 2021; OGGETTO: PROCEDIMENTO CIVILE - IN GENERE - Emergenza epidemiologica da Covid-19 - Misure urgenti per il contrasto - Depositi telematici in Cassazione.

In alternativa alla buona fede oggettiva, la relazione ha prefigurato l'ammissibilità di una richiesta di rinegoziazione delle condizioni contrattuali, in applicazione della *clausola rebus sic stantibus*, che sarebbe, tacitamente, operante per tutti rapporti di durata perché eterointegrata in ogni contratto, destinato a proiettare i propri effetti nel tempo.

Si afferma, testualmente, che "i contratti sembrano dover essere rigidamente rispettati nella loro formulazione primigenia nella sola misura in cui rimangono inalterati i presupposti e le condizioni di cui le parti hanno tenuto conto al momento della stipula".

Nondimeno, "ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico su cui si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata *in executivis* deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni".

Dunque, qualora a lungo termine, e, dunque, di durata, gli accordi negoziali potrebbero valere "rebus sic stantibus" e, dunque, a condizione dell'invarianza dei presupposti di fatto e di diritto che hanno presieduto alla loro stipula.

Laddove le parti rifiutino immotivatamente la rinegoziazione dell'equilibrio contrattuale originario, sarebbe richiedibile un intervento giudiziale, da operarsi, non secondo la mutevole sensibilità del singolo decisore, bensì facendo uso dei valori economici, di per sé oscillanti ma secondo <<un criterio di universalità>>, rinvenibili sul mercato.

A tal riguardo, si richiama l'art. 1374 c.c. che prevede la possibilità di un sindacato diretto sul contratto squilibrato da parte del giudice, in ossequio ad un principio di eterointegrazione correttiva del contratto secondo equità.

Tale norma che inerisce agli effetti legali del contratto, operanti anche in assenza di un'espressa pattuizione, ha consentito di sottendere "nei contratti a lunga durata una clausola di rinegoziazione, "in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno".

Ciò, in quanto l'equità c.d. integrativa obbligherebbe "i contraenti a riscrivere il contratto, rinegoziandolo".

Orbene, l'invocabilità in sede di cognizione di merito, della richiesta di rinegoziazione, per il principio della strumentalità (e potenziale anticipatorietà) della tutela cautelare, deve far ritenere che la formulazione della medesima istanza sia prefigurabile anche in sede cautelare.

Ciò, anche in virtù del già menzionato principio di effettività della tutela che non può non operare anche in sede cautelare, essendo la stessa, di per sé, primariamente delegata dall'ordinamento giuridico ad assicurare il bene della vita.

Quindi, si è in presenza di una giurisprudenza, in fase di assestamento e forse di cambiamento, che esclude la possibilità di imporre un obbligo negoziale, anche solo di rinegoziazione, delle condizioni originarie del rapporto contrattuale ma le cui conclusioni potrebbero essere riviste alla luce di un'interpretazione sistematica e di quello che la stessa Cassazione ha avuto modo di affermare in un altro ambito.

D'altronde, è evidente la necessità di un'interpretazione non <<atomistica>> bensì il più possibile idonea a preservare la coerenza del sistema.

Il nostro ordinamento non può fornire risposte di tutela differenti a seconda dell'ambito di disciplina che venga in rilievo.

Dunque, si deve ritenere che l'obbligo di (ri)negoziazione, a certe condizioni, quale *facere* di natura negoziale, possa essere imposto sia in occasione dell'instaurazione di un giudizio di merito, sia a seguito della richiesta di una misura cautelare, non, invece, di una misura protettiva atipica.

Secondo un'impostazione ancora più largheggiante di quella esposta, sempre in sede concorsuale, in sede di accesso alla tutela cautelare atipica, sarebbe possibile anche l'imposizione di un qualunque *facere* attivo, anche di natura negoziale.

In tal senso, deporrebbero due ordini di ragioni:

1. per le m.c.e. la strumentalità (e la residualità) risultano essere attenuate: la strumentalità, in particolare, da strutturale è divenuta di tipo funzionale, dovendosi guardare la sua preordinazione all'obiettivo di assicurare gli effetti della sentenza di liquidazione o del provvedimento di omologa;

2. quale profilo di carattere generale, nella logica di un'interpretazione sistematica, è possibile individuare un percorso evolutivo che, in relazione al modello della tutela cautelare, muove dall'iniziale esclusione della possibilità di richiedere l'imposizione di un *facere*, anche se infungibile, quale oggetto del ricorso cautelare, per arrivare ad ammetterlo ¹⁴.

¹⁴ V. Tribunale Trieste Ord., 20/09/2006, secondo cui è ammissibile un provvedimento d'urgenza che obblighi ad un *facere* infungibile, per tutelare, in via cautelare, la libertà contrattuale del contraente debole, in caso di violazione dell'art. 9 della legge n. 192 del 1998, in Giur. It., 2007, 7, 1737, v. in senso contrario, le più remote pronunce:

Tribunale Roma, 12/09/2002, secondo cui "posto che: a) non è ammissibile la condanna all'adempimento di un'obbligazione avente ad oggetto un "facere" infungibile; b) attraverso la tutela cautelare atipica non può essere alterata la struttura dei rapporti sostanziali discendenti da un contratto; non sussistono i presupposti per accogliere il reclamo proposto avverso l'ordinanza che

Si pensi in materia amministrativa, alla oramai conclamata possibilità di ottenere l'ammissione con riserva ad una procedura concorsuale relativa al pubblico impiego o all'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Ciò, d'altronde, e' coerente con lo stesso modello <<atipico>> della tutela cautelare d'urgenza che si può "snodare" sia nella prescrizione di comportamenti attivi, sia nell'inibizione di condotte di contenuto positivo.

Per contro, tale risultato non sarebbe conseguibile a mezzo di una m.p.a.

L'oggetto della misura protettiva atipica, cioè, differentemente dall'oggetto della tutela cautelare atipica, potrebbe consistere, al più, nella richiesta in via d'urgenza dell'imposizione del divieto di esercizio di una facoltà contrattuale o *ex lege*, per esempio, di un recesso convenzionale oppure *ex lege* o, ancora, del diritto ad una revisione del rapporto contrattuale, mediante l'esercizio di uno *ius variandi* previsto sempre dal regolamento contrattuale. Si volga l'attenzione, sempre a titolo esemplificativo, al divieto di esercizio della facoltà di avvalersi di una clausola risolutiva espressa o di una decadenza dal beneficio del termine o *dell'exceptio inadimplenti non est adimplendum*.

Ciò, nella consapevolezza che comunque il regolamento contrattuale ha, non soltanto gli effetti sui propri che discendono dall'assetto negoziale così come congegnato dalle parti, ma ex 1374 c.c. quel regolamento deve ritenersi arricchito anche dai cosiddetti effetti *ex lege*, cioè quegli effetti che imperativamente

aveva rigettato il ricorso con cui un'impresa fornitrice di prodotti destinati alla cosmesi chiedeva di inibire in via d'urgenza l'interruzione delle relazioni commerciali intrattenute con il committente, nonchè il conferimento ad altra impresa dell'incarico di provvedere alla fornitura degli stessi prodotti"; Tribunale Catania Sez. IV Ord., 05/01/2004, secondo cui "Posto che il provvedimento ex art. 700 c.p.c. ha ormai assunto non soltanto una funzione meramente conservativa, ma anche anticipatoria degli effetti del provvedimento di merito, dovendo garantire anche ordini aventi contenuto positivo, mette conto rilevare come, in caso di un rapporto giuridico contrattuale, in cui venga in considerazione l'obbligo della parte contrattualmente più forte e considerata inadempiente, di fornire un dato materiale alla parte economicamente dipendente, la condanna consiste nel compimento non di un *facere* infungibile, quanto di un obbligo di dare un prodotto di sicura fungibilità e di indubitabile eseguibilità, in obbedienza, tra l'altro, alle esigenze di tutela della parte più debole"; Tribunale Catania Sez. fall. Ord., 25/07/2022, secondo cui "In materia di composizione *negoziata*, la misura della sospensione dei pagamenti delle rateizzazioni in corso deve essere considerata quale misura *cautelare*, trattandosi di misura non tipizzata dal legislatore e pur tuttavia considerata dall'imprenditore necessaria alla soluzione della propria crisi. Tale misura presenta caratteristiche analoghe allo strumento della sospensione dei rapporti pendenti disciplinato nell'ambito delle procedure concorsuali prima dall'art. 169-bis, R.D. n. 267/1942, ora all'art. 97, codice della crisi d'impresa. Deve ritenersi, quindi, che il legislatore immagini la possibilità che, nell'ambito dell'individuazione di un percorso di risanamento aziendale, sia imposto alla controparte dell'imprenditore un "pati" legato a un provvedimento giurisdizionale che, in via provvisoria, gli precluda l'afflusso finanziario derivante dall'esecuzione del *contratto* sospeso. Deve, invece, escludersi la possibilità di imporre un "*facere*" alla controparte coinvolta dalle trattative posto che - diversamente ragionando - tramite la negoziazione l'imprenditore potrebbe ottenere risultati vuoi non diversamente ottenibili nemmeno all'esito di un contenzioso giudizio (si pensi alla possibilità di imporre l'esecuzione coatta di una fornitura al fornitore che, malgrado la previsione dell'art. 6, comma 5, D.L. n. 118/2021, si rifiuti non voglia eseguire il contratto) ovvero che comunque richiedono un contenzioso".

l'ordinamento ricollega al regolamento contrattuale, in virtù della sua stessa esistenza giuridica (ed efficacia).

A dimostrazione dell'estrema varietà delle soluzioni che discende dalla genericità classificatoria del dato normativo, si è affermato, in senso diametralmente opposto, che mentre le m.p.a. potrebbero assumere contenuto <<proattivo>> potendo originare l'imposizione di un *facere* anche negoziale, specie in termini di proroga o rinegoziazione di un rapporto in essere (si pensi all'imposizione di una fornitura essenziale per la continuità dell'impresa), le misure cautelari non potrebbero assumere il suddetto contenuto, per via della loro strumentalità ad un supposto (e non previsto, né necessario) giudizio di merito che non potrebbe assumere il medesimo oggetto. Ciò, proprio perché le prime non soggiacciono ad alcuna strumentalità, anche solo attenuata, come si registra per le misure cautelari endoconcorsuali.

A tal riguardo, in particolare, in relazione alle m.p.a. si è affermato che "trattasi.....di misure dal contenuto non specificato, che possono rivolgersi anche verso "iniziative" dei creditori, e non soltanto verso "azioni" in senso tecnico, quali sarebbero le azioni esecutive o quelle cautelari, già colpite dalle misure tipiche".

D'altronde, nell'ambito delle norme definitorie, la lett. p) dell'art. 2, farebbe riferimento ai provvedimenti che interferiscono sulle "azioni" dei creditori, presupponendo la volontà del legislatore speciale di interferire anche con le mere condotte, poste in essere sul piano sostanziale o stragiudiziale.

Orbene - ed è questo il punto focale - ci si è interrogati se il ricorso alla parola "azioni" indichi solo comportamenti di natura attiva, oppure anche condotte di natura omissiva.

Secondo la suddetta, invero ardita, ricostruzione, verrebbero in rilievo, anche condotte violative di obblighi di fare o di dare il proprio consenso.

Ne conseguirebbe che, con la misura protettiva atipica, sarebbero richiedibili anche provvedimenti che impongano un *facere* attivo.

Nondimeno, v'è da dire che la prospettata estensione del termine <<azioni>> al di fuori del piano processuale non è unanimemente accolta, anche per il senso comunemente attribuito alla suddetta parola e che ne evoca la sola declinazione processuale.

Da ciò l'obiezione per cui l'art. 54 comma secondo terzo periodo CCII "testualmente parl(a) di 'azioni' dei creditori" e, dunque, "si riferisce quindi ad atti introduttivi di procedimenti giudiziari di natura esecutiva e cautelare".

Invero, sono tutte considerazioni e riflessioni che si muovono in un vero e proprio magma interpretativo che richiede, a sommosso avviso di questo remittente, un intervento chiarificatore da parte del giudice della Nomofilachia.

Dunque, a differenziare le due tipologie di misure sarebbe il contenuto da esse, concretamente, assumibile.

10. *Le altre differenze individuate dalla dottrina fra le misure protettive, specie atipiche, e quelle cautelari: profilo temporale e legittimazione processuale attiva*

Invero, in dottrina, quale criterio discrezionale fra le misure protettive, specie atipiche, e quelle cautelari, si sono adombrati anche quello meramente temporale così come quello relativo alla legittimazione attiva alla loro proposizione oltre, al già visto, criterio finalistico che, muovendo dal dato normativo, coglie il diverso profilo di tutela cui le une e le altre, per scelta del legislatore speciale, sono preordinate.

Sotto il primo profilo, sarebbe lo stadio di progressione della procedura a determinare la tipologia di misura accessibile dall'impresa.

A tal riguardo, come già evidenziato, si afferma che le misure protettive (tipiche) potrebbero accompagnarsi solo ad una domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza (concordato, accordi o piano di ristrutturazione soggetto ad omologa), per quanto in bianco e non definita nel suo contenuto.

Invero, esistono pronunce che, disattendendo tale impostazione, ritengono che le stesse siano richiedibili anche con successiva istanza, purché soggetta ai medesimi adempimenti pubblicitari della domanda.

Per contro, le misure protettive atipiche - non fruibili in sede di composizione negoziata - sarebbero richiedibili non con la domanda iniziale di accesso ai predetti strumenti, ma solo successivamente e, alcuni aggiungono, a condizione che si siano rivelate come insufficienti quelle tipiche.

Le stesse considerazioni valgono per le misure cautelari che, stando al dato testuale e meramente descrittivo, parrebbero accessibili solo successivamente all'istanza di accesso alle m.p.t..

In tal senso, in materia di composizione negoziata, deporrebbe l'art. 19 CCI, secondo cui *“Quando l'imprenditore formula la richiesta di cui all'articolo 18, comma 1, con ricorso presentato al tribunale competente ai sensi dell'articolo 27, entro il giorno successivo alla pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto,*

chiede la conferma o la modifica delle misure protettive e, ove occorre, l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative”.

Così in materia di strumenti di regolazione della crisi, l'art. 54 CCI prevede che, *“nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione e del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari”.*

Invero, anche questa diversificazione temporale non è coerente con il principio di effettività della tutela, perché si appalesa idonea a ingessare eccessivamente le possibilità rimediali coltivabili dall'impresa, in contrasto con la naturale poliformità e imprevedibilità delle esigenze cautelari.

Per quanto concerne il secondo criterio di differenziazione, ovvero quello della legittimazione processuale attiva, o meglio del diritto ad agire in giudizio, si ritiene, invece, che le m.p. siano appannaggio del solo debitore e mirino ad impedire che le iniziative individuali dei creditori sul patrimonio e sull'impresa ostacolino il buon esito delle trattative o degli strumenti di regolazione.

Le misure cautelari, invece, potrebbero essere domandate solo in pendenza del procedimento di apertura di uno strumento di regolazione della crisi anche da soggetti che siano parte degli stessi in quanto abbiano proposto ricorso ex art. 40 CCII ovvero siano creditori, dal P.M. e dagli organi di controllo o di vigilanza.

Peraltro, a dimostrazione dell'estrema eterogeneità delle posizioni interpretative, frutto di un dato normativo laconico, chi non rinviene una differenza ontologica fra le due tipologie di misura, evoca, quale criterio discretivo, anche quello della direzione soggettiva degli effetti della misura.

Si evidenzia, come dalla lettura del dato normativo di cui alla lett. p) dell'art. 2, siano da considerarsi misure protettive, quelle preordinate a contrastare le azioni intraprese dai creditori.

Per contro, invece, le misure cautelari di cui alla lett. q), per quanto costruite come provvedimenti selettivi, non avrebbero un destinatario predeterminato *ex lege*, la cui specifica individuazione, per contro, s'imporrebbe, di volta in volta, a seconda dello specifico bisogno di tutela, azionato.

Si pensi all'ipotesi del terzo o della controparte contrattuale che non vanti alcun credito (attuale) nei confronti dell'impresa.

E anche sotto tale profilo è evidente la comunanza con lo schema cautelare atipico, delineato dal Codice del '42, “aperto” anche sotto il profilo della

legittimazione passiva e, dunque, dell'astratta evocabilità in giudizio e, dunque, azionabile nei riguardi del *quivis de populo*, (fosse anche una P.a.).

Ai fini della loro richiedibilità e concedibilità, e' sufficiente che si tratti di provvedimenti preordinati alla tutela del patrimonio aziendale o dell'impresa che risultino, secondo un accertamento *case by case*, più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e delle procedure di insolvenza.

11.La natura delle misure protettive. La tesi della natura cautelare e quella che ne sostiene la diversità ontologica rispetto alle misure cautelari

Inquadrate le due distinte forme rimediali, deve tornarsi a evidenziare come sia dubbia la natura delle misure protettive.

In particolare, l'incertezza inerisce alla loro ascrivibilità o meno al *genus* di quelle cautelari, da cui discende, ovviamente, l'individuazione del tipo di vaglio rimesso al giudice nelle misure protettive in punto di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Si tratta, invero, rispetto al precedente quadro regolatorio della misure protettive, di "un tema inedito, visto che fino all'entrata in vigore del Codice la protezione del patrimonio era automatica. Solo nel caso del preaccordo è prevista".-

Ovviamente, tale dibattito investe tanto le tipiche quanto le atipiche, in quanto la loro comune denominazione ne sottende, ovviamente, la natura omogenea. Né esistono elementi testuali o sistemici per poter argomentare la differente natura delle due fattispecie rimediali.

Invero, come già evidenziato, taluni interpreti argomentano dal tenore dell'art. 54, comma 2, terzo periodo, che prevede la facoltà di conseguire l'inibitoria di un'azione nei confronti di determinati creditori, per sostenere che tra le stesse esisterebbe una diversità di carattere meramente temporale e/o contenutistico, con la conseguenza che anche le prime, rispondendo ad esigenze cautelari, sarebbero ascrivibili al novero delle seconde.

Tale (mera) divergenza per profili <<marginali>> - che ne lascerebbe immutata la sostanza giuridica - si riverbererebbe anche sul piano oggettivo, oltre che soggettivo.

Alla stregua di tale inquadramento concettuale, si e' , consequenzialmente, affermato che la qualificazione, come l'una o l'altra, della singola misura richiesta, assumerebbe la valenza di una questione meramente teorica.

Ciò, in quanto il regime ad esse applicabile sarebbe lo stesso.

In particolare, si è affermato che “stabilire a priori se la misura che il debitore intenda richiedere sia qualificabile come misura protettiva atipica, ovvero come misura cautelare, assume un significato quasi teorico, posto che il regime cui sono assoggettate le misure protettive atipiche è il medesimo delle misure cautelari”.

Dunque, il legislatore delegato avrebbe dettato “una disciplina congiunta alle misure protettive e cautelari” e tale scelta riverrebbe la propria ragion di essere “nella finalità comune a questi istituti” che sarebbero accomunati dall’essere “misure provvisorie, funzionali ad evitare la dispersione dei valori dell’impresa nel tempo necessario a dichiarare aperta una procedura concorsuale”.

Invero, tal tesi si presta ad un’obiezione logica evidente. Sostenendo la comune natura cautelare, con la configurabilità di differenze marginali fra le due categorie, si genererebbe una <<superfetazione normativa>> delle misure protettive e ciò anche in forza della connaturata atipicità del contenuto delle cautelari. La prima diverrebbe, cioè, una categoria inutile, perché già coperta, nel suo ambito operativo, dalle seconde.

D'altronde, non è possibile affermare che, a parità di natura, le prime siano tipiche e le seconde atipiche, in quanto, per espressa previsione normativa, anche le m.p. possono essere atipiche.

Altri, tra cui rientra anche questo Giudice remittente, a tal riguardo, ritengono di dissentire da tale opinione in quanto ogni misura di carattere cautelare, anche in un contesto di strumentalità attenuata, deve soggiacere alla valutazione circa la ricorrenza del duplice presupposto relativo al *fumus e al periculum*, in quanto consustanziali alla tutela cautelare.

In particolare, non s’intende disconoscere l’esistenza di regole comuni alle due tipologie di misure ma si ritiene che tale sovrapposibilità della disciplina sia solo parziale e inerisca a profili <<estrinseci>> ovvero formali e procedurali, e, quindi, non ontologici, che non ne esauriscono il relativo statuto normativo.

Il regime delle stesse dovrebbe essere costruito per sottrazione rispetto a quello delle misure cautelari con le quali condividerebbero solo un <<segmento>> del proprio statuto normativo.

Si tratterebbe di un parziale rinvio *quoad ad disciplinam* che non sarebbe idoneo a ascrivere le misure protettive nell’alveo di quelle cautelari.

Da ciò l’importanza di qualificare la richiesta in oggetto - ovvero quella relativa al divieto di portare all’incasso le cambiali e gli assegni postdatati - in un senso o

nell'altro, appunto, per la diretta incidenza della riconduzione all'uno o all'altro schema, sulla disciplina applicabile.

Invero, si evidenzia come duplici siano le ragioni che ostano alla configurazione delle misure protettive in termini cautelari.

In primis, se così fosse le prime sarebbero un doppione rispetto alle seconde e tale esegesi indurrebbe indefettibilmente a ritenere che si sia in presenza di una superfetazione normativa e, dunque, di una previsione <<inutile>>, priva, cioè, di reale valenza precettiva.

E nella dottrina costituzionale non si dubita dell'estendibilità all'esegesi della norme del principio conservativo, desumibile, seppur dettato in tema di interpretazione del contratto, dall'art. 1367 cc. secondo cui *“Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”*.

Inoltre, se si considerano come cautelari, le misure protettive non sarebbero accordabili se non nell'ipotesi in cui sia superata la duplice valutazione di cui sopra.

Ciò avrebbe l'effetto di restringere l'accesso alle misure protettive in chiaro contrasto, non solo con il principio di effettività della tutela, ma anche con la finalità di particolare favore per il valore impresa, che è sotteso all'intero impianto della novella, così come alla direttiva che ne costituisce il fondamento giuridico e al complessivo sistema comunitario; favore che, invero, già aleggiava nelle maglie dei diversi innesti normativi intervenuti in relazione alla legge fallimentare.

Da ciò l'interesse alla chiarificazione, ad opera del Supremo Consesso, della natura della chiesta tutela, se cautelare o protettiva, nonché del consequenziale regime applicabile.

A sommosso avviso di questo Giudice remittente, le misure protettive dovrebbero essere considerate come avulse dall'alveo della tutela cautelare, per quanto possa essere riconosciuto ad esse funzione latamente cautelare, in quanto concepite al fine di preservare l'impresa da fenomeni disgregativi o che, di fatto, ne inducano la paralisi totale o parziale.

In favore della tesi non cautelare, si è espresso anche chi sostiene che la disciplina prescelta costituirebbe un'ipotesi paradigmatica di rinvio ad un modello procedimentale: “la scelta del procedimento cautelare uniforme sottende - per condivisibili ragioni di snellezza e di economia processuali - l'opzione del solo

modello procedimentale, non anche della natura giuridico-processuale del provvedimento che definisce il giudizio cautelare di diritto comune”.

Per contro, il legislatore non avrebbe, in alcun modo, “preso posizione sulla natura giuridica delle misure protettive, che pur presentano, per molti aspetti, i tratti "conservativi" e, più ancora, "inibitori" di alcuni provvedimenti cautelari”.

Muovendo da tale ricostruzione, ovvero in termini di misure latamente cautelari delle misure protettive (tipiche quanto atipiche), ma non riconducibili allo schema tipico di cui all'art. 700 cpc, unico vaglio, spettante al Giudice, sarebbe quello di strumentalità rispetto al buon esito delle trattative, così come all'integrità del patrimonio aziendale e alla continuità aziendale. Ciò anche nella prospettiva di un'eventuale possibile conclusione del procedimento di composizione negoziata e di apertura della liquidazione giudiziale.

Pertanto, pur in assenza del doppio vaglio *fumus/periculum*, si richiederebbe, pur sempre, una prognosi, giudiziale, positiva in ordine al buon esito delle iniziative assunte o prospettate per la regolazione della crisi o dell'insolvenza

E' stato, ad esempio, affermato che *“L'accesso al procedimento di composizione negoziata della crisi non è di per sé precluso dalla condizione di insolvenza dell'imprenditore, ma dalla sua irreversibilità, presupposto questo che costituisce anche condizione necessaria per la conferma delle misure protettive, posto che soltanto una prognosi positiva in ordine al buon esito delle iniziative assunte o prospettate per la regolazione della crisi o dell'insolvenza può giustificare un provvedimento giudiziale di compressione delle azioni dei creditori in un contesto di natura stragiudiziale, come quello della composizione negoziata, privo delle garanzie che assistono gli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza quali gli obblighi informativi periodici e la nomina di un commissario giudiziale che riveste la qualità di pubblico ufficiale”* (Tribunale Ravenna Ord., 17/03/2023).

Dunque, accedendo a tale ricostruzione, permarrebbe la sola necessità di una valutazione prognostica con tutte le difficoltà e i limiti di un giudizio proiettato al futuro in presenza di variabili economiche, destinate a naturali oscillazioni e, dunque, difficilmente, governabili.

Ciò e' evidente dalla disamina del contenuto tipizzato per quelle c.d tipiche, consistente, a titolo esemplificativo, nell'impossibilità per i creditori di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o di provocarne la risoluzione, anticiparne la scadenza o modificarli in danno all'imprenditore.

12. Presupposti per l'ammissibilità del rinvio ex art. 363 bis cpc.

12.1. Rilevanza ai fini del caso di specie e la novità della questione per la mancanza di una precedente pronuncia della Suprema Corte. Le gravi difficoltà interpretative

La questione della natura delle misure protettive (tipiche e atipiche) presenta gravi difficoltà interpretative, essendosi già manifestati contrastanti orientamenti sia in giurisprudenza sia in dottrina, senza che il Supremo Consesso, fin ora, abbia avuto la possibilità di esprimersi.

A sostegno della natura di misura cautelare delle misure protettive *tout cour* – e, quindi, della necessità del duplice vaglio del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, si sono espresse diverse pronunce:

1. Tribunale Avellino, 07/12/2022, secondo cui “la proroga delle *misure protettive* e cautelari disposte nell'ambito della composizione negoziata della crisi deve assicurare il buon esito delle trattative e può essere accordata se ricorrono i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* da ravvisarsi, il primo, nella esistenza di un piano di risanamento analitico già oggetto di discussione con almeno una parte del ceto creditorio e, il secondo, nella pendenza di trattative in uno stato tale da potersi formulare una ragionevole previsione circa la loro residua durata e la loro utile conclusione”;

2. Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 20/10/2022, secondo cui la proroga delle misure protettive e cautelari disposte nell'ambito della composizione negoziata della crisi può essere concessa se ricorrono i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, nella particolare declinazione che tali presupposti assumono in materia, e dunque se, riguardo al primo, sussistono concrete prospettive di risanamento e, riguardo al secondo, se la proroga è strumentale al buon esito delle trattative che devono essere pendenti e si devono svolgere secondo correttezza e della buona fede, in modo da garantire ai creditori interessati una completa informazione, con una gestione del patrimonio e dell'impresa tale da non pregiudicarne ingiustamente gli interessi, e sempre che, nel contemperamento dei contrapposti interessi, la proroga delle misure non sia sproporzionata rispetto al pregiudizio in concreto subito dai creditori;

3. Tribunale Trento, 23/09/2022. Il Giudice trentino, prendendo le mosse dalle definizioni generali di misure protettive e cautelari di cui all'[art. 2, lett. p\) e q\) CCII](#), esamina i requisiti per la concessione di tali misure, ovvero il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, cogliendone la specificità che le caratterizza con riferimento

alla composizione negoziata della crisi ovvero la loro strumentalità rispetto al buon esito delle trattative e al risanamento dell'impresa.

Quanto al requisito del *fumus boni iuris*, il Giudice di prime cure sottolinea che l'imprenditore che chiede le misure protettive non fa valere un diritto immediatamente collegato ad un bene della vita, ma chiede protezione e cautela rispetto all'intavolazione delle trattative. Conseguentemente è con riferimento a questo diritto alle trattative in un contesto protetto che deve essere valutata la concessione della misura.

Quanto al requisito del *periculum in mora*, il Giudice trentino precisa che il pericolo deve essere valutato con riferimento alla possibilità che le trattative possano venire ostacolate o impedito, dovendosi salvaguardare il diritto ad accedere alla composizione negoziata, riconosciuto dalla legge all'imprenditore al ricorrere di determinati requisiti.

A tale riguardo, il Giudice trentino, nell'accertare la sussistenza di tali requisiti nel caso concreto, prende le mosse dalla valutazione positiva espressa dall'esperto in merito sia alla concessione delle misure protettive richieste, sia al piano di risanamento dell'impresa prospettato dalla debitrice: l'esperto ha, infatti, valutato possibile la rinegoziazione del contratto di locazione finanziaria, attualmente gravoso per la Società, sulla quale si fondava essenzialmente il piano del debitore, anche in considerazione delle alternative liquidatorie alquanto peggiorative anche per la società di leasing, e ha valutato positivamente il piano di risanamento prospettato dalla Società, dovendosi ravvisare le cause incolpevoli dello squilibrio della Società esercente attività alberghiera nella pandemia da Covid-19 e nell'incremento dei prezzi dell'energia.

Alla luce di tali considerazioni, il Giudice ritiene che non vi sia ragione per non salvaguardare il diritto della debitrice di dare corso alla procedura di composizione negoziata e, quindi, alle trattative al riparo da iniziative dei creditori che possano pregiudicarne il buon esito. Tutto ciò, nonostante la società di leasing abbia in via preliminare espresso il proprio rifiuto rispetto alla proposta della debitrice. Il Giudice ha, infatti, ritenuto che il comportamento ostruzionistico da parte di creditori che, come nel caso di specie, hanno espresso il rifiuto rispetto alla proposta di risanamento della debitrice a monte dell'inizio delle trattative e dei contatti con l'esperto, debba essere considerato contrario ai doveri di collaborazione e non possa, come tale, influenzare il giudizio circa la sussistenza dei presupposti per la concessione delle misure protettive. Il Giudice di prime cure

evidenzia come la volontà dei creditori debba essere espressa all'esito delle trattative stesse, svolte con l'assistenza di un esperto, e alla luce delle acquisizioni raccolte *medio tempore*: diversamente si precluderebbe l'accesso alla composizione negoziata per la sola circostanza che i creditori, o anche uno soltanto – allorchè sia in posizione nevralgica rispetto al piano di risanamento –, abbiano espresso una volontà precostituita negativa rispetto alla proposta formulata. Conseguenza che il Giudice ritiene paradossale.

Invero, le suddette pronunce sembrano dilatare il requisito tradizionale del *periculum in mora* al di là del suo tradizionale significato e, dunque, del suo abituale ambito operativo, essendo incontestato, in via interpretativa, che, ai fini della concessione delle tradizionali misure cautelari, il vaglio del *periculum* debba avvenire con riguardo alla sfera giuridica dell'istante (e non, invece, di terzi soggetti).

Si tratta di un principio che la manualistica tradizionale consegna all'interprete in una logica di assolutezza e non superabilità.

D'altronde, se per identificare il *periculum* si ricorre, invece - come accade, talvolta, nella prassi applicativa relativa al Codice della Crisi - al pericolo, non per la sfera giuridica di chi aneli ad una misura protettiva, bensì' del ceto creditorio, evidentemente il *periculum in mora*, viene ad essere ricostruito in maniera difforme dallo schema tipico della misura cautelare.

E' evidente il tentativo da parte di tali pronunce di evocarlo, <<trasfigurandone>>, al contempo, il contenuto di fronte alle oggettive difficoltà applicative.

Altri tribunali, con un'interpretazione maggiormente aderente al dato testuale delle norme e al profilo funzionale delle misure protettive, hanno affermato la necessità dell'accertamento di una loro necessità o utilità ai fini tipizzati dal Codice della crisi, senza richiedere anche quell'esame bifasico che e' a fondamento della concessione della tutela cautelare:

1. Tribunale Padova Sez. I Ord., 02/03/2023, secondo cui la valutazione cui è chiamato il Tribunale ai sensi dell'art. 19 CCII ha ad oggetto la meritevolezza della conferma delle misure protettive da ravvisare nella funzionalità delle misure rispetto alla salvaguardia di trattative serie in corso con il ceto creditorio tenuto conto del pregiudizio che l'adozione delle misure protettive possa arrecare ai creditori attinti. Per altro verso, il vaglio giudiziale deve poter escludere che le misure protettive siano incapaci di supportare la conduzione delle trattative

ovvero che siano sproporzionate rispetto al pregiudizio concretamente arrecato ai creditori, circostanza già riconosciuta come presupposto per la revoca delle misure ai sensi dell'art. 19, comma 6 CCII.

Né l'eventuale pregiudizio sofferto, anche solo in potenza, potrebbe essere elevato a oggetto del vaglio, tipico della tutela cautelare, del pericolo in quanto, nello schema della tutela cautelare codicistica atipica, il pericolo viene rapportato e deve essere esaminato, primariamente, con riguardo alla sfera giuridica dell'istante che, nel tempo necessario per il conseguimento della tutela ordinaria, potrebbe correre il rischio della compromissione della situazione giuridica azionata.

Il richiamo agli interessi dei creditori, dunque, in tale visione prospettica, non evoca il *periculum* cautelare, ma la necessità di quel ragionevole e proporzionato contemperamento di interessi, che, ponendosi quale limite all'esercizio della discrezionalità giudiziale, la conforma nel suo esercizio.

La scelta assunta dal giudice in sede di conferma, revoca o modifica, deve, cioè, attuare, necessariamente, un vaglio complessivo della singola istanza di tutela, avendo riguardo anche all'intreccio di rapporti e interessi all'interno del quale la stessa si pone;

2. Tribunale Bergamo Sez. II Ord., 15/02/2022 secondo cui “non può essere accolta la domanda di conferma della misura protettiva ai sensi dell'art. 7, D.L. n. 118/2021, convertito in L. n. 147/2021, nel caso in cui l'impresa versi in stato di liquidazione e non sia dedotta, né documentata la sussistenza dei presupposti per la revoca della causa di scioglimento e dello stato di liquidazione a mente dell'art. 2487 ter c.c., essendo il procedimento di composizione negoziata riservato alle ipotesi in cui risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa”;

3. Tribunale Padova Sez. I, 03/06/2022, secondo cui “Le misure protettive di cui all'art. 6 del D.L. n. 118 del 2021, richieste dall'imprenditore nell'ambito del procedimento di composizione negoziata, vanno confermate dal Tribunale qualora ricorrano i seguenti *presupposti*:

A) nel parere l'esperto nominato ai sensi degli artt. 2 e 5 del D.L. n. 118 del 2021 abbia ritenuto la ravvisabilità:

- a) sia di condizioni di equilibrio patrimoniale ed economico-finanziario;
- b) sia, d'altro canto, di elementi che fanno ritenere allo stato astrattamente e ragionevolmente conseguibile il risanamento dell'impresa;

B) il Tribunale ritenga che, allo stato e sulla base delle informazioni acquisite, nonché in assenza di contestazioni da parte dei creditori (e dunque di pregiudizi

sproporzionati per i creditori, al momento da alcuno evidenziati o prospettati) possa ritenersi sussistente una ragionevole prospettiva di conseguire un, seppur parziale, risanamento della impresa ricorrente;

4. Tribunale Lecco Sez. I, 02/01/2023, per cui “l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento da intendersi come ragionevole possibilità di superamento degli squilibri finanziari, patrimoniali ed economici da parte dell'impresa costituisce non soltanto un presupposto necessario per l'avvio e il fisiologico svolgimento della composizione negoziata ma anche una condizione imprescindibile per la conferma delle misure protettive. Un provvedimento giudiziale di compressione delle azioni dei creditori sul patrimonio dell'impresa debitrice può trovare la sua legittimazione, invero, soltanto in un giudizio - seppur sommario - su una prognosi favorevole circa l'esito delle iniziative già intraprese e/o da intraprendersi da parte dell'imprenditore debitore per la regolazione della crisi o dell'insolvenza”;

5. Tribunale Padova Sez. I Ord., 20/07/2022, secondo cui “in tema di composizione negoziata della crisi, ai fini dell'ammissibilità della richiesta dell'imprenditore per la conferma delle misure protettive di cui all'art. 6 del D.L. n. 118/2021, il Tribunale deve effettuare una serie di accertamenti, pur con i limiti derivanti dalla cognizione sommaria che caratterizza il procedimento. Il Tribunale deve verificare la sussistenza dei presupposti di accesso al percorso per la composizione negoziata ex artt. 2 e ss del D.L. n. 118/2021, valutando, in particolare, la funzionalità delle misure richieste al soddisfacimento degli obiettivi della procedura, ovvero al risanamento dell'attività di impresa ed al buon esito delle trattative per la risoluzione della crisi. Il giudice deve, inoltre, effettuare un bilanciamento, "ex ante" e in concreto, tra l'interesse del debitore alla soluzione negoziale della propria crisi e quello dei creditori a non subire un pregiudizio irreparabile dall'applicazione delle misure”;

6. Tribunale Salerno Sez. III Ord., 30/01/2023, secondo cui “L'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento intesa come ragionevole, ovvero basata su dati attendibili e ipotesi realistiche, deve implicare una possibilità di superamento degli squilibri finanziari, patrimoniali ed economici dell'impresa e ciò costituisce non soltanto un *presupposto* necessario per l'avvio e il fisiologico svolgimento della composizione negoziata, ma anche una condizione imprescindibile per la conferma delle *misure protettive*, atteso che soltanto una prognosi positiva in ordine al buon esito delle iniziative, già assunte o prefigurate, per la regolazione della crisi o

dell'insolvenza può giustificare un provvedimento giudiziale di compressione delle azioni dei creditori sul patrimonio del debitore, in un contesto, quello della composizione, marcatamente connotato in senso stragiudiziale e privo delle garanzie disposte per l'ipotesi di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva dall'art. 44 C.C.I.I. (nomina di un commissario giudiziale che riveste la qualità di pubblico ufficiale e obblighi informativi periodici)”. Da richiamarsi per la sua focalizzazione sul profilo di stretta funzionalità rispetto al buon esito della procedura e’ anche: Tribunale Livorno Ord., 08/02/2023, secondo cui, in tema di procedura negoziata di composizione della crisi, *presupposto* per la conferma delle *misure protettive* è la ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa, inteso come riequilibrio finanziario e patrimoniale che consenta all'impresa medesima di restare sul mercato; tale finalità può essere perseguita solo attraverso la continuazione dell'attività da parte dello stesso imprenditore o la cessione dell'azienda a terzi;

7. Tribunale Padova 20 luglio 2022; Tribunale Bergamo 5 aprile 2022), le misure protettive vengono concesse, accertata la sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi richiesti e di una ragionevole possibilità di risanamento, qualora esse siano utili a tutelare in concreto il debitore da iniziative ostili dei singoli creditori che possano pregiudicare il risanamento aziendale e il buon esito delle trattative, bilanciando *ex ante* e in concreto l'interesse del debitore alla soluzione negoziale della propria crisi e quello dei creditori a non subire un pregiudizio irreparabile dall'applicazione delle misure;

Parimenti problematica e foriera di interpretazioni diametralmente opposte e’ la questione relativa alla qualificazione della richiesta di sospensione dei pagamenti, formulata nel caso di specie, quale misura protettiva o cautelare.

A titolo semplificativo, in favore della natura cautelare della richiesta, e’ richiamabile:

- Tribunale Catania Sez. fall. Ord., 25/07/2022, secondo cui “in materia di composizione negoziata, la misura della sospensione dei pagamenti delle rateizzazioni in corso deve essere considerata quale misura cautelare, trattandosi di misura non tipizzata dal legislatore e pur tuttavia considerata dall'imprenditore necessaria alla soluzione della propria crisi. Tale misura presenta caratteristiche analoghe allo strumento della sospensione dei rapporti pendenti disciplinato nell'ambito delle procedure concorsuali prima dall'art. 169-bis, R.D. n. 267/1942, ora all'art. 97, codice della crisi d'impresa. Deve ritenersi, quindi, che il legislatore

immagini la possibilità che, nell'ambito dell'individuazione di un percorso di risanamento aziendale, sia imposto alla controparte dell'imprenditore un "pati" legato a un provvedimento giurisdizionale che, in via provvisoria, gli precluda l'afflusso finanziario derivante dall'esecuzione del *contratto* sospeso. Deve, invece, escludersi la possibilità di imporre un "*facere*" alla controparte coinvolta dalle trattative posto che - diversamente ragionando - tramite la negoziazione l'imprenditore potrebbe ottenere risultati vuoi non diversamente ottenibili nemmeno all'esito di un contenzioso giudizio (si pensi alla possibilità di imporre l'esecuzione coatta di una fornitura al fornitore che, malgrado la previsione dell'art. 6, comma 5, D.L. n. 118/2021, si rifiuti non voglia eseguire il *contratto*) ovvero che comunque richiedono un contenzioso”;

- Tribunale , Catania , Sez. spec. Impresa , 14/06/2022 che presuppone la natura cautelare delle misure in questione, quando afferma che in assenza di un piano di risanamento già redatto, per accedere alla procedura di composizione negoziata della crisi d'impresa, l'imprenditore deve effettuare una valutazione preliminare della complessità del risanamento attraverso il rapporto tra l'entità del debito e l'entità dei flussi finanziari liberi. Ciò vuol dire che, nel momento in cui l'imprenditore richiede di accedere alla procedura, l'impresa deve già aver individuato, sia le ragioni della propria crisi, sia il percorso di risanamento. Partendo da queste premesse, il tribunale di Catania ha ritenuto che, al fine di concedere e confermare le misure cautelari (ossia, la sospensione dei pagamenti nei confronti di alcuni creditori) o le misure protettive (ossia, l'inibizione delle azioni esecutive), non è sufficiente la volontà espressa dall'imprenditore di instaurare delle trattative con i debitori ma è necessario che questo allegghi e dimostri l'esistenza di una finalità di tutela del patrimonio o dell'impresa in una prospettiva di effettivo avvio di un percorso di risanamento.

A sostegno della tesi opposta e', invece, richiamabile:

1. Tribunale Salerno, 10 ottobre 2023. Il Tribunale ha disposto, *inaudita altera parte*, quale misura protettiva atipica, l'inibitoria a carico dei creditori portatori di assegni post datati di negoziarne l'incasso nel breve lasso temporale decorrente tra la data di deposito dell'istanza di conferma della misura e la data di emissione del provvedimento all'esito dell'udienza, escludendo un concreto pregiudizio a carico dei creditori intestatari degli assegni, ed avendo valutato, invece, che la messa all'incasso degli assegni avrebbe potuto pregiudicare il buon esito delle

trattative da condursi in buona fede e secondo correttezza tra debitore e creditori e senza alcuna pressione impressa dalla sorte della negoziazione dei titoli;

2. Tribunale Trento, 23/09/2022. Nell'ambito di un procedimento di composizione negoziata della crisi, il tribunale ha ritenuto che non siano concedibili le misure protettive volte a: a) inibire la possibilità di proporre ricorsi per ingiunzione di pagamento; b) conseguire l'inibizione dell'iscrizione a ruolo dei debiti tributari; c) ottenere l'inibizione di qualsivoglia forma di pagamento di somme di denaro; d) disporre il divieto di proporre domande di liquidazione giudiziale.

13. La fungibilità delle misure protettive con quelle cautelari una volta esauriti gli effetti delle prime

Strettamente connessa alla questione qualificatoria delle misure protettive e' quella relativa alla loro fungibilità con quelle cautelari una volta esauriti gli effetti delle prime.

Ciò in quanto - si afferma - la possibilità di sostituzione delle seconde alle prime ne presupporrebbe la comunanza di natura giuridica.

A tal riguardo, il panorama interpretativo appare variegato.

Di recente, il tribunale di Imperia¹⁵ ha fornito a tale interrogativo una risposta affermativa, recependo un'autorevole opinione dottrinale, invero, avversata dalla maggioranza della giurisprudenza di merito, preoccupata dal rischio di un abuso, in chiave elusiva, del termine massimo delle misure protettive.

La pronuncia e' intervenuta, in materia di composizione negoziata, in una fattispecie in cui l'impresa aveva ottenuto la conferma delle misure protettive così come la proroga delle stesse, raggiungendo la massima durata di legge (ovvero 240 giorni), per, poi, richiedere misure cautelari con contenuto inibitorio di azione esecutive, cautelari e concorsuali.

Analogo problema si pone in relazione al termine (massimo) di dodici mesi, di cui all'art. 8 CCII, in materia di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

A giudizio del Tribunale, il termine perentorio *ex lege* inerebbe al solo "ombrello (delle misure protettive) generalizzato a garanzia della conservazione del patrimonio del creditore nella fase iniziale delle trattative", e non si potrebbe

¹⁵ V. Trib. Imperia, 20 febbraio 2024, Est. Cappello; in tal senso anche: ord. Trib. Torino del 5 dicembre 2023.

“escludere la possibilità di concedere misure determinate e riguardanti singoli creditori qualora queste si rendano necessarie a non pregiudicare la contrattazione (e i risultati già conseguiti, nel caso di trattative avanzate)”. D'altronde, volgendo l'attenzione al piano comunitario di tutela e, dunque, in particolare, alla Direttiva *Insolvency*, la regola comunitaria che ha occasionato l'emanazione dell'art. 8 CCII (art. 6, paragrafo 8), si riferiva, testualmente, al solo generale divieto di azioni esecutive, e non anche a quelle misure concepite come selettive, perché indirizzate a destinatari determinati, quali sono le misure protettive atipiche e le misure cautelari.

Esiste anche un differente orientamento giurisprudenziale¹⁶, secondo cui il contenuto atipico e, dunque, <<aperto>> della fattispecie delle misure cautelari costituirebbe circostanza ostativa al ricorso alle stesse, in quanto se il legislatore avesse voluto, avrebbe precisato, espressamente, che le stesse possono assumere anche il contenuto delle prime e sono adottabili, alla scadenza delle stesse.

Ciò, anche in considerazione della loro idoneità a eludere sostanzialmente la previsione di perentorietà di suddetti termini.

A tal riguardo, il tribunale ligure ritiene che i rischi elusivi siano sterilizzabili “rimettendo al giudice il vaglio concreto della proporzionalità del sacrificio imposto ai singoli creditori oggetto di inibitoria cautelare e la risoluzione negoziata della crisi d'impresa”, “non essendo al giudicante preclusa la fissazione di un ulteriore termine, coerente con la proroga della composizione negoziata, per valutare i contrapposti interessi”.

Nella medesima traiettoria argomentativa si pongono:

a) anche alcuni giudici del Tribunale di Milano¹⁷, secondo cui “*l'art. 19 CCII prevede al comma 1 che l'imprenditore, oltre a richiedere la conferma o la modifica di misure protettive, **ove occorra, possa rivolgersi al Tribunale per ottenere l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative. Appare del tutto coerente al sistema di protezione individuato dal Codice che le istanze cautelari possano essere formulate non solo con il ricorso per conferma delle misure protettive di cui all'art. 19, comma 1, CCII contestualmente alla richiesta di nomina dell'esperto, ma anche***

¹⁶ cfr. in questo senso: ord. Trib. Milano, 22 novembre 2023; ord. Trib. Treviso, Sez. II, 16 giugno 2023.

¹⁷ v. Ord. Trib. Milano, 7 luglio 2024, Estens. De Simone.

successivamente, per tutto il corso della composizione negoziata, laddove le esigenze cautelari siano sopravvenute”;

b) il Tribunale di Udine¹⁸, secondo cui “nell’ambito della procedura di composizione negoziata della crisi sono ammissibili misure cautelari che hanno lo stesso contenuto delle misure protettive tipiche, da far valere nei confronti di determinati creditori, oltre il termine massimo di 240 giorni previsto dall’ultimo periodo del comma 5 dell’ art. 19 c.c.i.i.”.

E’ evidente, come già condivisibilmente evidenziato da autorevole dottrina che la possibilità di allungare le inibitorie delle azioni esecutive o cautelari presuppone la ricorrenza di “una ragione particolarmente forte”, che dovrebbe tradursi in un irrigidimento della disamina del duplice presupposto del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

In realtà, a ben vedere, tale problematica non ha una diretta incidenza sul problema della natura delle m.p. e ciò in quanto la circostanza che tali ultime siano fungibili con quelle cautelari, non implica, quale esito logico necessitato, che le une e le altre condividano la stessa natura e, dunque, gli stessi elementi costitutivi.

Invero, anche sotto tale profilo, e’ possibile trarre dei (marginali) spunti ricostruttivi dal Correttivo Ter.

14. Il correttivo e il suo impatto sulla disciplina delle misure protettive e cautelari

Il correttivo ha previsto, sotto il profilo generale, alcune novità in materia procedimentale, ma non sembra fornire elementi nuovi per una meno incerta qualificazione della fattispecie concreta, nonché per una ricostruzione sistematica degli istituti.

In relazione all’art. 19 ha introdotto il principio, del tutto innovativo, per cui il decreto di fissazione dell’udienza, per l’eventuale conferma, deve essere pubblicato nel registro delle imprese e il Tribunale può disporre modalità di notificazione *ad hoc*.

In relazione a tale secondo profilo di disciplina, il legislatore ha voluto affrontare e regolamentare una questione che si era posta nella prassi applicativa e che ineriva se e quali forme di pubblicità e/o di partecipazione conoscitiva, dovessero essere osservate in relazione alla procedura giudiziale volta a confermare, revocare

¹⁸ v. Ord. Trib. Udine, 30 aprile 2024.

o modificare gli effetti protettivi producentisi *ex lege* e in maniera generalizzata per effetto della mera pubblicità, nel registro delle imprese, della domanda di accesso al beneficio *de quo*.

Viene, condivisibilmente, introdotto l'obbligo per l'imprenditore, nell'ipotesi in cui addivenga alla determinazione di richiedere misure protettive, di allegare al ricorso una nuova situazione aggiornata a non oltre 60 giorni. La ratio è quella di costringere l'istante ad un - invero non agevole - aggiornamento dei dati contabili dell'impresa in un momento di particolare <<fibrillazione>> dell'attività d'impresa.

Non è mutata, invece, come pure auspicato da molti interpreti, la previsione d'inefficacia delle misure protettive, operante per l'ipotesi di omessa fissazione, da parte del Tribunale, dell'udienza, nel termine perentorio di 10 giorni dal deposito del ricorso. È evidente come il meccanismo processuale prefigurato conduca all'esito, inaccettabile alla luce del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, di far ricadere sull'impresa gli effetti negativi dell'eventuale disefficienza del sistema giudiziario.

Con riguardo, in maniera particolare, ai rapporti bancari e finanziari, il correttivo introduce la regola *iuris* per cui se, da un lato, l'accesso alla composizione negoziata, non costituisce ragione di sospensione dell'erogazione del credito, dall'altro, l'ente creditizio è libero di determinarsi in tal senso, in applicazione della generale disciplina in materia di vigilanza prudenziale.

Dunque, viene, ragionevolmente, bandita ogni forma di automatismo nelle scelte del ceto bancario, confermando la soggezione di tale ambito materiale alla normativa regolativa dell'attività bancaria di concessione del credito, anche in considerazione della sua matrice comunitaria.

Ciò, anche nella consapevolezza che una diversa scelta avrebbe determinato una violazione della disciplina unionale ed, in particolare, delle decisioni della Banca centrale europea che hanno armonizzato, conformandole, le singole regolamentazioni nazionali, nell'interesse alla stabilità del sistema bancario.

Al contempo, viene stabilito l'obbligo specifico per gli intermediari creditizi e finanziari di (immediata) riattivazione delle linee di credito sospese per effetto della richiesta di misure protettive, ma solo ove le stesse siano confermate nei termini di legge.

Ciò, rimanendo impregiudicata, per una ragione di coerenza sistematica della disciplina, la facoltà per gli stessi di conservare la disposta sospensione, proprio in applicazione della disciplina di vigilanza prudenziale.

Previsione che presuppone, in ogni caso, la necessità di una nuova valutazione che si estrinsechi per il tramite di una motivazione specifica che muova proprio dalle regole della vigilanza prudenziale.

I doveri gravanti ex lege sugli intermediari finanziari sono disciplinati, con similare previsione, dall'art. 18, co. 5 che disciplina l'ipotesi specifica dell'inadempimento dell'imprenditore alle proprie obbligazioni pecuniarie in presenza di misure protettive. Viene precluso a banche e società finanziarie di sospendere l'esecuzione dei contratti pendenti, fatta eccezione che in applicazione della disciplina sulla vigilanza prudenziale.

Per quanto concerne le misure protettive, concedibili in sede di accesso agli strumenti di regolazione della crisi (art. 54), ponendo fine ad una *querelle* interpretativa, viene chiarito, in via normativa, che le misure protettive c.d. "atipiche" possono assumere, eventualmente, il medesimo contenuto di quelle "tipiche" con la conseguenza che ne diviene possibile la concessione anche quando siano state concesse quelle tipiche e le stesse abbiano esaurito i propri effetti in virtù del superamento del limite temporale massimo di un anno previsto dall'art. 8).

Nondimeno, ciò può avvenire solo quando l'imprenditore (individuale o collettivo) abbia disvelato il contenuto della propria proposta di accordo, provvedendo al deposito della proposta e del piano.

Nulla viene previsto in relazione alla diversa questione, oggetto della presente remissione, della fruibilità delle misure cautelari dopo l'esaurimento degli effetti di quelle protettive.

Dunque, tornando al contenuto del correttivo, non è possibile ottenere le misure "atipiche" nel contesto del c.d. pre-concordato, nel corso del quale sono fruibili, invece, le misure cautelari, come il Correttivo-ter conferma espressamente.

Proprio tal ultima previsione consentirebbe di abbozzare un possibile criterio distintivo fra misure protettive atipiche e cautelari, rappresentato dal mero dato temporale costituito dal momento procedimentale nel quale l'istanza di tutela sia avanzata.

Lo spartiacque applicativo sembrerebbe essere individuato dal legislatore nella integrazione della domanda prenotativa.

Dunque, viene delineato un quadro giuridico che prevede:

1. il prodursi delle misure protettive tipiche, nel primo segmento procedimentale, per effetto del mero deposito della domanda di accesso ad uno

strumento di regolazione della crisi, così come della richiesta di applicazione delle misure in questione;

2. la facoltà di ricorrere alle m.c. o alle m.p.a. a secondo che sia dato contenuto o meno alla domanda iniziale, provvedendo alla sua integrazione.

Al contempo, la circostanza che sia previsto il ricorso alle une e alle, in virtù del mero dato temporale - secondo talune prime, discutibili, ricostruzioni - costituirebbe una conferma della comune natura cautelare di entrambe le categorie.

15. Sintesi della questione e quesiti posti al vaglio della Suprema Corte

Dunque, a fronte di un dato normativo generico e laconico, che si affida a previsioni, spesso, prive di effettivo contenuto definitorio, s'impone la necessità di un intervento chiarificatore della Suprema Corte, reso imprescindibile dall'estremo caos interpretativo, al fine di chiarire quale natura giuridica abbiano le misure protettive (tipiche e tipiche) e, in particolare, se le stesse siano ascrivibili o meno al *genus* delle misure cautelari atipiche ex art. 700 cpc. Da tale qualificazione conseguirebbe la necessità di accertare, ai fini della loro concessione, i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, seppur da vagliare secondo la peculiare declinazione che gli stessi assumono per le misure cautelari endoconcorsuali.

Ciò, per quanto l'uso del termine <<protettive>> in luogo di <<cautelari>>, nel medesimo contesto regolatorio, sembrerebbe sottendere una diversità di natura giuridica e, dunque, di presupposti applicativi.

E' evidente la restrizione dell'accesso alla tutela speciale che tal ultima opzione esegetica e' idonea a determinare rispetto all'ipotesi in cui il vaglio giudiziale debba limitarsi al generico profilo funzionale dell'utilità o necessità per il buon esito della procedura concorsuale e, dunque, al risanamento dell'impresa che appare la ratio immanente all'intero impianto del microsistema della Crisi e alla Direttiva *Insolvency* che ne costituisce il substrato normativo.

Ciò, tanto più che la ricerca di *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* induce gli interpreti a ricercare, di volta in volta, nella fattispecie concreta elementi fattuali, da valorizzare nella logica dell'accertamento dell'uno e dell'altro presupposto, con soluzioni estremamente oscillanti che non fanno che alimentare il tasso di incertezza applicativa delle decisioni, in un contesto materiale che, per contro, investendo il valore-impresa, abbisognerebbe di un quadro regolatorio il più possibile prevedibile e <<computabile>>.

Al riguardo, esiste, invero, una vasta congerie di opinioni che vanno dall'iscrizione delle due tipologie al medesimo catalogo rimediabile, ovvero quelle delle misure cautelari, con l'individuazione di criteri selettivi e differenziazione contingenti e residuali come quello finalistico, contenutistico, temporale e/o della direzione soggettiva degli effetti richiesti e prodotti – criteri evocati, talvolta, in maniera isolata, altre volte, cumulativamente - a quella, cui aderisce anche questo Giudice remittente, che muove dalla differenziazione, in termini ontologici, delle due forme rimediali e che perviene ad escludere le misure protettive dall'alveo dello strumentario cautelare. Ricostruzione che, peraltro, sarebbe coerente anche con il loro diverso *nomen iuris* che, come già evidenziato, "dovrebbe alludere, di norma, anche ad un diverso substrato ontologico".

Secondo il primo approccio ricostruttivo, ad esempio, per quanto riguarda le misure protettive atipiche, il contenuto potrebbe essere solo l'imposizione di un *pati*, ovvero la tolleranza rispetto ad una certa condotta dell'imprenditore-debitore, oppure l'imposizione di un obbligo di non fare in capo al debitore, mentre, le cautelari potrebbero assumere ad oggetto una prescrizione <<positiva>>, diretta nei confronti dei singoli creditori.

Ancora, mentre le misure protettive sarebbero richiedibili dal solo imprenditore, le cautelari sarebbero appannaggio, indistintamente, di tutte le parti della procedura concorsuale.

Invero, a sommosso avviso di questo Giudice, il fatto che venga in rilievo una materia c.d. a competenza <<mista>>, in cui sono, cioè, competenti anche gli organi con funzione legiferante dell'Unione, dovrebbe indurre a ritenere preferibile la tesi della natura non cautelare delle misure protettive, anche perché maggiormente in linea con il già evidenziato principio (comunitario) di effettività della tutela.

Il problema interpretativo appare dividere fortemente il formante dottrinale e giurisprudenziale, anche in considerazione della natura <<aperta>> di entrambe le fattispecie rimediali: quella protettiva (atipica) e quella cautelare e della conseguente, fisiologica, sovrapposibilità operativa delle stesse.

Dunque, a sommosso avviso di questo Giudice remittente, a fronte della descritta molteplicità delle ricostruzioni, e' opportuno che la Suprema Corte si esprima su quali debbano ritenersi i presupposti applicativi per la concessione delle misure protettive (tipiche e atipiche).

In ultimo, rimangono le questioni, altrettanto controverse, relative:
1. alla sospensione degli effetti cambiari e degli assegni postdatati, così come, in generale, dei pagamenti, dovuti ai terzi, non essendo chiaro se la stessa debba essere qualificata quale misura protettiva atipica o quale misura cautelare, con conseguente riconducibilità del provvedimento suddetto al novero delle une o delle altre;

2. se l'impresa istante possa o meno beneficiare di una misura cautelare dello stesso contenuto di quella atipica richiesta, conseguita e che sia già scaduta.

Ciò, in considerazione del limite, perentorio e improrogabile, di 12 mesi cui soggiacciono le (sole) misure protettive.

Invero, ritiene questo Giudice che l'alleggerimento probatorio in capo all'istante e la maggiore conformità al principio di effettività della tutela renderebbero preferibile la qualificazione in termini di misure protettive atipiche della richiesta di sospensione dei pagamenti.

Lo stesso principio dovrebbe indurre a ritenere praticabile il ricorso alle misure cautelari una volta che siano esauriti gli effetti di quelle protettive.

D'altronde, in tal senso depone anche la necessità di un'interpretazione comunitariamente conforme in una materia, qual è quella di specie, soggetta alla competenza concorrente dell'Unione.

P.Q.M.

Il Tribunale. così provvedendo, ex art. 363 bis cpc, rimette all'ill.ma Suprema Corte le seguenti questioni pregiudiziali di carattere interpretativo, perché la stessa voglia chiarire, ove le ritenga ammissibili:

"1. Quale natura giuridica abbiano le misure protettive (tipiche e atipiche) e, in particolare, se le stesse:

a) siano ascrivibili, in alternativa, al genus delle misure cautelari atipiche ex art. 700 cpc, o siano, comunque, accomunabili alla species delle misure d'urgenza endoconcorsuali, connotate dalla c.d. strumentalità attenuata, con conseguente necessità di accertare in relazione ad esse il duplice requisito del fumus boni iuris e del periculum in mora;

b) abbiano natura non cautelare, con conseguente esenzione dal suddetto vaglio;

2.in ogni caso, quali debbano ritenersi i presupposti applicativi per la concessione delle misure protettive (tipiche e atipiche);

3. Se la sospensione degli effetti cambiari e degli assegni postdatati debba essere qualificata quale misura protettiva atipica o quale misura cautelare, con conseguente riconducibilità del provvedimento suddetto al novero delle une o delle altre e quali ne siano i presupposti applicativi;

4. Se l'impresa istante possa o meno beneficiare di una misura cautelare dello stesso contenuto di quella atipica richiesta, conseguita e che sia già scaduta. Ciò, in considerazione del limite, perentorio e improrogabile, di 12 mesi cui soggiacciono le (sole) misure protettive”.

Così deciso in Brindisi, il 3 dicembre 2024.

Il GD

Antonio Ivan

Natali