

Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le misure protettive e cautelari: confronto con altri strumenti ed inquadramento sistematico. – 3. Misure protettive e cautelari nel D.L. 118/2021: tipicità ed atipicità. – 4. Prime applicazioni e questioni procedurali. – 4.1 Deposito del ricorso prima della pubblicazione dell’istanza. – 4.2. Omessa pubblicazione del numero di ruolo generale. – 4.3 Mancata fissazione udienza entro il termine di dieci giorni dal deposito del ricorso. – 4.3.1 Approfondimento sui rimedi organizzativi e tabellari adottati dagli uffici per consentire l’immediata trattazione dei procedimenti ex art. 7. – 4.4 Casi di rigetto del ricorso senza fissazione udienza – 4.5. La notifica del ricorso e del decreto di fissazione udienza – 5. L’udienza ed il sindacato del giudice. – 6. Il ricorso ex art. 7 in pendenza di prefallimentare.

1. Premessa.

Il D.L. 24 agosto 2021, n. 118, recante misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale, conv. con modificazioni in L. 21 ottobre 2021, n. 147 ed in vigore per la parte che qui interessa dal 15 novembre 2021, ha introdotto nell’ordinamento nazionale la procedura di composizione negoziata della crisi, nuovo istituto volontario – a cui si accede tramite una piattaforma telematica nazionale - che offre all’imprenditore l’affiancamento di un esperto terzo e indipendente per agevolare, in maniera riservata, le trattative con i creditori.

Il risanamento precoce dell’impresa sovente richiede l’apertura di tavoli di trattative con i principali creditori, ma espone inevitabilmente l’imprenditore alle iniziative di singoli *stakeholders* che non sino interessati alla ricerca di soluzioni condivise, ma ad acquisire posizioni di vantaggio sugli altri potenziali concorrenti in vista della possibile apertura di una procedura concorsuale.

L’anticipazione di tutele tipiche delle procedure concorsuali ad una fase puramente negoziale mira, dunque, ad offrire all’imprenditore un quadro di ristrutturazione precoce coerente con i modelli previsti dalla Direttiva Insolvency¹, nel cui ambito egli possa, se necessario giovare di misure, che agevolino le trattative con i creditori “così da poter continuare a operare o almeno mantenere il valore della sua massa fallimentare durante le trattative” (*considerando 32 della Direttiva*).

A questa finalità rispondono le misure protettive e cautelari previste dagli artt. 6 e 7 del citato decreto, che solo in parte recepiscono modelli procedurali e caratteristiche sostanziali di istituti già noti alla materia concorsuale aventi analoga denominazione (dove

¹ Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

nel prosieguo è indicato solo il numero dell'articolo e non il riferimento normativo si intenda quest'ultimo D.L. 118/2021).

2. Le misure protettive e cautelari: confronto con altri strumenti ed inquadramento sistematico.

Dalle misure protettive di cui all'art. 168 (concordato preventivo) l.f. e all'art. 10 l. 3/2012 (accordi di composizione della crisi) quelle regolate dalla legge in commento si differenziano:

- per essere fruibili in una fase anteriore all'apertura della procedura concorsuale e dunque in un momento in cui il debitore è nella piena e libera disponibilità del suo patrimonio, essendogli consentito il compimento di atti di ordinaria e straordinaria amministrazione senza necessità di autorizzazione giudiziale e con piena efficacia nei confronti dei creditori;
- per non essere necessariamente strumentali all'apertura di una procedura concorsuale, bensì esclusivamente a favorire il buon esito di trattative fra privati, luogo privilegiato di confronto per il risanamento precoce dell'impresa; esse non sono dunque destinate a realizzare la massima soddisfazione dei creditori, bensì a porre i negoziati al riparo da iniziative opportunistiche o ostruzionistiche di questi ultimi, con il solo limite del "pregiudizio sproporzionato".

Dalle misure protettive di cui sopra e da quelle di cui all'art. 182 bis (accordi di ristrutturazione) l.f. si differenziano:

- per essere potenzialmente selettive, ovvero destinate a limitare le iniziative di singoli creditori o categorie di essi (con espressa esclusione dei diritti di credito dei lavoratori);
- per essere destinate a salvaguardare non solo il patrimonio del debitore, ma più in generale il complesso dei beni produttivi organizzati dall'imprenditore, anche se di proprietà di terzi.

Dalle misure cautelari previste dall'art. 15 co. 8 l.f. si differenziano:

- per essere concesse su richiesta del debitore e non dei creditori o del pubblico ministero;
- per essere dunque strumentali anch'esse allo svolgimento delle trattative con i creditori ed al conseguimento del risanamento aziendale, analogamente alle misure protettive, e non ad assicurare provvisoriamente gli effetti di una procedura liquidatoria del patrimonio.

Pur facendo pendere l'ago della bilancia verso la tutela del debitore il legislatore ha tuttavia avvertito l'esigenza di un bilanciamento degli interessi coinvolti affidando al giudice il compito:

- tutelare i creditori e i terzi da potenziali abusi dello strumento protettivo e cautelare verificando, con l'ausilio dei professionisti coinvolti (l'esperto e l'ausiliario) l'effettiva

esistenza delle condizioni per la loro concessione, ovvero l'esistenza di concrete prospettive di risanamento (*fumus boni iuris*) e la loro effettiva idoneità ad assicurare il buon esito delle trattative (*periculum in mora*);

- stabilire la durata delle misure non eccedente complessivamente, in caso di proroga, i duecentoquaranta giorni;

- modificare o revocare le misure quando sproporzionate rispetto al sacrificio che esse arrecano ai creditori o terzi che ne siano coinvolti.

Nella legislazione concorsuale, pur con le differenze dettate dalle peculiarità delle singole procedure, due sono i macro-modelli applicativi delle misure di protezione/conservazione del patrimonio del debitore:

A) la concessione da parte del giudice su istanza dell'interessato (è il caso delle misure cautelari di cui all'art. 15 co. 8 l.f.; delle misure protettive del preaccordo di cui all'art. 182 bis co. 6 l.f.; delle misure protettive dell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento);

B) l'efficacia automatica a seguito di iscrizione nel registro delle imprese (c.d. *automatic stay*), su iniziativa dell'imprenditore, salvo il successivo potere di revoca da parte del giudice quando vengano meno i presupposti di ammissibilità della procedura strumentali o siano compiuti atti in frode (è il caso delle misure protettive del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f.).

Il legislatore della composizione negoziata ha adottato per le sole misure c.d. protettive un terzo modello, che prevede come quello sub B) l'automatica produzione degli effetti protettivi, ma in via solo provvisoria, occorrendo una successiva (ed urgente) conferma giudiziale tramite un procedimento giurisdizionale incidentale regolato secondo il rito cautelare uniforme².

Ne è derivato un più complesso *iter* introduttivo della tutela - già foriero di problemi applicativi all'indomani della riforma - caratterizzato da due fasi, una amministrativa ed l'altra giurisdizionale, fra loro indissolubilmente connesse e connotate da una scansione rigorosa di adempimenti urgenti, tutti incidenti sulla produzione e conservazione degli effetti protettivi.

Il modello descritto non si applica a tutte le misure protettive di nuovo conio.

² Lo schema descritto differisce anche da quello pensato dal Codice della Crisi d'Impresa - sul punto non ancora entrato in vigore - per la composizione assistita della crisi, in cui l'analoga finalità di salvaguardia delle trattative per il risanamento dell'impresa non arriva sino al punto da consentire una produzione automatica degli effetti protettivi, occorrendo pur sempre l'adozione di un provvedimento giudiziale (art. 20 CCI che attribuisce peraltro la competenza alla sezione specializzata in materia di imprese).

Sono state infatti previsti particolari ulteriori misure di protezione del patrimonio e dell'impresa i cui effetti automatici, esattamente come nel modello sub B), conseguono alla mera iniziativa del debitore, indipendentemente da ogni sindacato giudiziale, e perdurano fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, non ammettendo dunque né la conferma, né la revoca da parte del tribunale.

E' il caso dell'inibitoria alla dichiarazione di fallimento (art. 6 co. 4) e dell'esenzione dell'imprenditore dall'osservanza degli obblighi di ricapitalizzazione per perdite superiori ad un terzo o al di sotto del limite legale e di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale (art. 8).

Parrebbe infatti che quelle da ultimo indicate non siano misure in senso proprio, bensì "vantaggi collaterali aggiuntivi", in quanto esse non mirano a favorire il buon esito delle trattative, bensì lo stesso svolgimento alla procedura di composizione negoziata, la quale resterebbe inevitabilmente compromessa dallo spossessamento dell'imprenditore conseguente al suo fallimento o dal verificarsi di una causa di scioglimento della società con conseguente limitazione dei poteri gestori dell'organo amministrativo.

Quanto alle misure cautelari l'art. 7 ha preferito il modello sub A), prevedendone la concessione con provvedimento giudiziale e senza alcuna possibilità di produzione anticipata degli effetti.

Si riporta di seguito una tabella riassuntiva delle caratteristiche delle singole misure cautelari e protettive previste dalla normativa vigente in materia di crisi di impresa.

Misure	Soggetto legittimato a chiederle	Efficacia	Durata	Destinatari
Cautelari ex art. 15 co. 8 l.f.	Creditore, P.M., Debitore (?)* *è discussa in dottrina la legittimazione del debitore	Non automatica, occorre provvedimento giudiziale	Durata del procedimento prefallimentare. Sono caducate dal decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, ovvero revocate o confermate dalla sentenza di fallimento	Il debitore; Terzi titolari di beni strumentali all'esercizio dell'impresa
Protettive nel concordato preventivo ex art. 168 l.f.	Debitore	Automatica	Dalla data del ricorso all'omologa	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore
Protettive ex art. 161 co. 6 l.f. (preconcordato)	Debitore	Automatica	180 giorni compresa proroga	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore
Protettive negli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis co. 3 l.f.	Debitore	Automatica	Sessanta giorni non prorogabili	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore

Protettive ex art. 182 bis co. 6 l.f.	Debitore	Non automatica, occorre provvedimento giudiziale	Non oltre sessanta giorni non prorogabili, a cui si aggiunge il tempo compreso fra la pubblicazione dell'istanza del debitore ed il decreto di fissazione udienza (da tenersi entro trenta giorni)	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore. E' possibile però concordare prelazioni volontarie.
Protettive nelle convenzioni di moratoria ex art. 182 octies l.d.	Debitore	Non automatica, occorre comunicazione della convenzione di moratoria	Durata prevista dalla convenzione di moratoria	I singoli creditori anche non aderenti (se non oppositori o se l'opposizione abbia avuto esito sfavorevole) destinatari delle misure stabilite dalla convenzione
Protettive nell'accordo di composizione della crisi ex art. 10 co. 2 lett. c) L. 3/2012	Debitore	Non automatica, occorre il provvedimento giudiziale	Dalla data del decreto del giudice che le concede fino all'omologa	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore
Cautelari nel procedimento unitario ex art. 54 co. 1 CCI	Creditori, PM, Debitore, Organi di vigilanza e controllo	Non automatica, occorre provvedimento giudiziale	Durata del procedimento unitario di regolazione della crisi	Il debitore; Terzi titolari di beni strumentali all'esercizio dell'impresa
Protettive nel procedimento unitario ex art. 54 co. 2 CCI	Debitore	Automatica ma provvisoria, occorrendo provvedimento confermativo del giudice	Non superiore complessivamente a dodici mesi (compresi i rinnovi e le proroghe) ex art. 8 CCI	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore
Protettive nella composizione assistita della crisi ex art. 20 CCI	Debitore	Non automatica, occorre provvedimento giudiziale	Non superiore complessivamente a sei mesi (comprese le proroghe)	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore
Cautelari DL 118	Debitore	Non automatica, occorre provvedimento giudiziale	Non superiore complessivamente a 240 giorni (comprese le proroghe)	I creditori o terzi titolari di diritti sul patrimonio del debitore che siano destinatari del provvedimento cautelare
Protettive DL 118	Debitore	Automatica ma provvisoria, occorrendo provvedimento confermativo del giudice	Non superiore complessivamente a 240 giorni (comprese le proroghe)	I singoli creditori o le categorie di creditori destinatari delle misure, i terzi che vantino diritti su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, anche se appartenenti a terzi (es. l'immobile di proprietà del socio in cui è esercitata l'impresa; i beni concessi in leasing in caso

				di contratti già risolti anteriorente)
--	--	--	--	---

3. Misure protettive e cautelari nel D.L. 118/2021: tipicità ed atipicità.

Resta da chiedersi, vista la suesposta identica finalità di misure protettive e cautelari e la comune iniziativa riservata all'imprenditore, la ragione della distinzione normativa fra i due strumenti non solo sul piano terminologico (e non definitorio, mancando nel D.L. 118 una norma che ne fornisca la nozione), ma anche procedurale.

Ebbene l'intervento giudiziale preventivo richiesto per i provvedimenti cautelari si giustifica a ben vedere per almeno due ragioni:

- la prima è che mentre le misure protettive sono tipiche e rappresentano un *numerus clausus*, sicché la discrezionalità dell'imprenditore nella fase di loro prima applicazione è ridotta sostanzialmente all'individuazione selettiva dei diritti/beni o dei creditori/categorie di essi su cui sono destinate ad operare, le misure cautelari sono invece atipiche ed innominate, e ciò impone una verifica rafforzata sull'effettiva loro strumentalità e direi opportunità rispetto agli scopi della procedura (buon esito delle trattative);

- la seconda è che mentre le misure protettive operano tendenzialmente nei confronti dell'universalità dei creditori, analogamente alle consimili previste nelle procedure concorsuali, o di una fetta più o meno ampia di essi che ne siano "interessati", le misure cautelari richiedono necessariamente nell'oggetto della domanda giudiziale l'individuazione del destinatario sui cui diritti o facoltà andrà ad "incidere".³

Tale ultima distinzione si riverbera anche sull'estensione dei poteri del giudice che, nel caso delle misure cautelari si limita alla concessione del provvedimento, mentre nel caso delle misure protettive, attraverso la "modifica", modella il sistema di protezione alle concrete esigenze della composizione negoziata in corso a seguito dell'audizione delle parti e dell'esperto.

Secondo alcuni interpreti le caratteristiche descritte potrebbero inoltre condurre a diverse soluzioni in ordine alla disciplina del contraddittorio. Ed infatti se non pare in alcun modo discutibile che il ricorso per la concessione misure cautelari debba essere notificato al singolo destinatario, per converso quello per la conferma delle misure protettive, soprattutto se generalizzate, potrebbe prescindere dal rigoroso coinvolgimento processuale di tutti i creditori⁴.

La ritenuta tipicità delle misure protettive, in gran parte già note ai concorsualisti, esclude la necessità di esaminarle analiticamente, salvo doversi osservare che nel set di tutele

³ Vi è da chiedersi peraltro se anche le misure protettive possano riguardare soggetti terzi non creditori, come sembra consentire l'art. 7 co. 4, vale a dire soggetti che vantino ragioni di credito ad esempio verso il socio e che possano aggredire beni di proprietà di quest'ultimo destinati all'esercizio dell'impresa (si immagini l'immobile in cui è esercitata l'attività aziendale) o se una simile iniziativa protettiva debba passare necessariamente per le maglie procedurali più strette della tutela cautelare.

⁴ La questione sarà approfondita nel prosieguo e la tesi confutata.

possibili il decreto sulla composizione negoziata ha escluso quello consistente nella neutralizzazione degli effetti delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori all'apertura del procedimento, scelta verosimilmente giustificata (analogamente a quanto accade negli accordi di ristrutturazione) dalla natura negoziale e privatistica della procedura, che come detto non consente anticipazione di effetti tipicamente concorsuali, ragion per cui ritengo che tale esclusione difficilmente sia emendabile con il ricorso a misure cautelari.

Altra novità assoluta è la speciale protezione riconosciuta all'imprenditore dall'art. 6 co. 5.

La norma da ultimo richiamata stabilisce che *“i creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza”*.

L'imprenditore che abbia in corso contratti sinallagmatici può dunque impedire ad uno o più contraenti la risoluzione di contratti rimasti in tutto o in parte inadempiti ex latere debitoris ed addirittura inibire l'autotutela contrattuale esperibile mediante eccezione di inadempimento o dichiarazione di decadenza dal beneficio del termine.

Si tratta a bene vedere di una tutela ben più ampia di quella che può essere conseguita con il concordato preventivo, procedura che ammette solo la sospensione o scioglimento dei contratti pregiudizievoli, ma non la prosecuzione coattiva di quelli favorevoli, tanto meno se inadempiti, e che appare più simile invece a quella prevista dall'art. 182 septies co. 8 l.f. per gli accordi di ristrutturazione e le convenzioni ad efficacia estesa, ma in questo caso a prescindere dal raggiungimento di qualsivoglia maggioranza.

Quanto ai provvedimenti cautelari, essendo essi atipici, appare del tutto superfluo, almeno in questa prima fase applicativa, tentare di fornirne un elenco anche solo esemplificativo, essendo peraltro assai verosimile che essi saranno particolarmente utilizzati per ottenere la sospensione (non già lo scioglimento, stante la loro natura appunto cautelare e provvisoria) di contratti pendenti non utili alla prosecuzione dell'impresa o addirittura dannosi, analogamente a quanto previsto dall'art. 169 bis l.f., essendo quest'ultima una cautela non rientrante nel perimetro delle misure protettive, che, come appena visto, attendono all'opposta finalità della conservazione dei contratti essenziali⁵.

Più utile appare dunque l'individuazione dei limiti estrinseci delle misure cautelari, onde poter selezionare in termini più generali le tutele incompatibili con le caratteristiche e/o la funzione che ad esse riconosce la legge.

E dunque può ben considerarsi che i provvedimenti cautelari:

⁵ Va peraltro considerato che la previsione di un indennizzo, indicata come contropartita della sospensione dall'art. 169 bis l.f. risulta pienamente compatibile con la facoltà riconosciuta al giudice dall'art. 669 undecies c.p.c. di imporre al ricorrente una cauzione a copertura del danno arrecato alla controparte.

- sono provvedimenti provvisori perché strumentali al buon esito di trattative e per questo motivo soggetti ad un termine di durata, sicché è da escludere che possano comportare un definitivo mutamento di una situazione giuridica in essere, come ad esempio lo scioglimento di un contratto o la rinuncia ad un credito;
- sono strumentali al solo svolgimento delle trattative e al loro buon esito, non già, o comunque non necessariamente, all'apertura di una procedura concorsuale, sicché è da escludere che essi consentano la produzione anticipata di effetti che trovano ragione nella tutela della *par condicio creditorum* (es. inefficacia delle ipoteche iscritte nei novanta giorni anteriori o restituzione di pagamenti ricevuti nel periodo sospetto);
- sono 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, ma non ad ottenere coattivamente l'esecuzione di nuove prestazioni, il conseguimento di utilità altrimenti non dovute o l'instaurazione di nuovi rapporti giuridici, sicché è da escludere la concessione di nuovi affidamenti bancari, l'erogazione di nuove prestazioni, la reviviscenza di contratti già risolti, ed, a me pare, anche il rilascio del DURC in assenza delle condizioni legittimanti.⁶

4. Prime applicazioni e questioni procedurali.

4.1. Deposito del ricorso prima della pubblicazione dell'istanza.

Cosa accade se l'imprenditore presenta il ricorso per la concessione delle misure protettive prima della pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza applicativa da eseguirsi unitamente all'accettazione dell'esperto?

- Il ricorso è inammissibile ed il giudice lo dichiara con decreto senza fissare udienza
- Il giudice assegna un termine per regolarizzare il ricorso e fissa l'udienza di comparizione
- Il giudice dichiara inammissibile il ricorso per misure protettive e fissa udienza per esaminare eventuali istanze cautelari

La questione nasce dalla già richiamata struttura bifasica del procedimento di applicazione delle misure protettive, la cui efficacia immediata richiede:

A) l'adempimento di un obbligo amministrativo di pubblicità, consistente nell'iscrivere al registro delle imprese nel cui ambito territoriale si trova la sede legale un duplice atto: 1)

⁶ E' noto che la regolarità contributiva deve ritenersi sussistente anche in caso di sospensioni nei versamenti a seguito di disposizioni legislative e che la giurisprudenza ha individuato, fra queste, l'ipotesi di apertura di una procedura concordataria (anche in bianco), che impedisce il pagamento dei debiti anteriormente scaduti; e tuttavia è agevole considerare che nel caso di accesso alla composizione negoziata della crisi l'imprenditore resta al contrario libero di eseguire i pagamenti così come espressamente stabilito dall'art. 6 co. 1.

l'istanza di applicazione delle misure protettive; 2) l'atto di accettazione dell'esperto (art. 7 co. 1);

B) l'adempimento di un onere processuale consistente nel deposito del ricorso per la conferma/modifica delle misure richieste dinanzi al giudice competente ai sensi dell'art. 9 l.f., da eseguirsi "lo stesso giorno" della pubblicazione sub A.

Va precisato, per completezza illustrativa, che la richiesta di applicazione delle misure protettive - cui inevitabilmente consegue la perdita di riservatezza della procedura evidentemente giustificata dalla compressione coattiva di diritti e facoltà dei creditori - può intervenire anche successivamente all'avvio del procedimento di composizione della crisi, quando cioè l'esperto abbia già accettato l'incarico.

A quelli sopra visti la legge aggiunge un ulteriore adempimento:

C) la pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato da eseguirsi entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive.

Tanto premesso vi è da considerare che il ritardo nella compilazione dell'elenco degli esperti, all'interno del quale la commissione competente deve individuare il nominativo del professionista da incaricare, ha determinato la presentazione di ricorsi giudiziali (anche al fine di frenare istanze di fallimento) anticipati rispetto all'esecuzione dell'adempimento pubblicitario sopra richiamato.

*Il caso è stato esaminato dal **Tribunale di Brescia decreto 2 dic. 2021**, (ifallimentarista.it fasc. 15 dicembre 2021, con nota adesiva di F. Cesare "La prima decisione sulle misure protettive: per la convalida occorrono pubblicazione e accettazione"; nonché su dirittodellacrisi.it con nota adesiva di F. De Santis "Istanza di conferma delle misure protettive e coeva pendenza delle procedure giudiziali pattizie: primi rompicapi interpretativi").*

Il tribunale brianzolo ha dichiarato inammissibile l'istanza atteso che alla data di deposito del ricorso non era ancora intervenuta la nomina dell'esperto e la sua accettazione - non risultandone ancora la pubblicazione nel Registro Imprese - reputando che l'automatic stay consegue (sia pure in via provvisoria) solo all'assunzione delle funzioni e delle responsabilità dell'esperto.

Fra gli argomenti espressi a sostegno della tesi, oltre a quello letterale, secondo cui il ricorso va presentato "lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto", il giudice ha enunciato due ulteriori motivi di carattere sistematico, ovvero che il procedimento di composizione negoziata "può dirsi effettivamente avviato soltanto con l'accettazione dell'esperto, che di detto procedimento costituisce il motore, essendogli affidato il compito sostanziale di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa", nonché che fra i documenti da allegare al ricorso vi è, alla lett. f), "l'accettazione dell'esperto".

*Caso analogo è stato esaminato dal **Tribunale di Palermo nella sentenza n. 124/2021 del 29 novembre 2021** (su www.dirittodellacrisi.it), nel respingere l'eccezione di inammissibilità della sentenza di fallimento in conseguenza della mera presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto.*

Il collegio siciliano ha ritenuto che la pronuncia del fallimento non è preclusa finché l'imprenditore non abbia provveduto a pubblicare nel registro delle imprese l'istanza applicativa delle misure protettive così come previsto dall'art. 6 co. 4 D.L. 118/2021, pubblicità nella specie mancante per come evincibile dalla visura camerale aggiornata.

La soluzione adottata nei due precedenti giurisprudenziali richiamati, sia pur rigorosa nelle conseguenze che ne sono derivate, appare del tutto in linea con il dato normativo, che subordina l'efficacia delle misure protettive, compreso il divieto di pronunciare la sentenza di fallimento, alla pubblicazione dell'istanza da eseguirsi unitamente a quella dell'atto di accettazione dell'esperto.

Ne consegue che finché l'accettazione non vi sia stata, non essendo ovviamente consentito il chiesto adempimento pubblicitario, resta preclusa anche l'efficacia delle misure protettive.

Neppure è previsto in materia di composizione negoziata un meccanismo di nomina sostitutiva del professionista incaricato della gestione della procedura ad opera del giudice, così come invece consente l'art. 15 co. 8 l. 3/2012 per il caso di mancata costituzione dell'OCC.

Quanto alla possibilità che il giudice adito, in luogo della dichiarazione di inammissibilità, assegni un termine per la regolarizzazione, se del caso provvedendo all'immediata fissazione dell'udienza onde non far trascorrere il termine di dieci giorni di cui si dirà dopo, si tratta di soluzione poco condivisibile per le seguenti ragioni:

- a) non tiene conto del fatto che le misure protettive non possono esistere al di fuori della procedura di composizione negoziata, a cui sono funzionali, il cui avvio coincide con la nomina dell'esperto, come si desume dall'art. 5 co. 5;
- b) non considera che l'imprenditore che deposita ricorso per la conferma di una misura che non ha ancora prodotto provvisoriamente i suoi effetti, in assenza di pubblicazione dell'istanza applicativa, dovrebbe essere ritenuto *ab initio* privo di interesse.

Non diversamente dovrebbe ragionarsi in caso di richiesta di concessione delle misure cautelari prima dell'accettazione dell'esperto, essendo esse necessariamente strumentali ad una procedura di composizione negoziata in atto.

E tuttavia poiché le misure cautelari non producono effetti provvisori potrebbe giungersi a diversa conclusione nell'ipotesi, che pare invero di scuola, in cui l'accettazione dell'esperto vi sia stata, ma l'imprenditore abbia semplicemente ommesso di eseguirne la pubblicità. In questo peculiare caso, oltre a doversi rilevare che vi è in effetti una composizione negoziata in atto, dovrebbe tenersi conto altresì del fatto che la misura è disposta in via esclusiva dal giudice e che la pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese non pare dunque necessaria a tutela delle ragioni del destinatario, venendone egli a conoscenza con la notifica del ricorso.

4.2. Omessa pubblicazione del numero di ruolo generale.

4.2. Cosa accade se l'imprenditore non chiede alla camera di commercio la pubblicazione del numero di ruolo generale del procedimento instaurato entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive? Il rispetto di questo termine comporta cancellazione dell'iscrizione e perdita immediata di efficacia delle misure anche quando il ricorso giudiziale sia stato depositato?

- Le misure protettive perdono efficacia anche se il ricorso è stato tempestivamente depositato
- Le misure protettive perdono efficacia solo se il ricorso non è stato tempestivamente depositato

Se non è stato depositato alcun ricorso per la conferma delle misure protettive la cui istanza sia stata tuttavia pubblicata, il creditore o un terzo interessato possono chiedere al giudice di dichiarare l'inefficacia delle misure e la cancellazione della pubblicità?

- Sì ma solo decorsi trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure
- Sì anche prima dei trenta giorni quando il ricorso non è stato depositato
- No il giudice non può pronunciarsi, l'istanza di cancellazione va presentata alla Camera di Commercio decorsi i trenta giorni

La pubblicazione del numero di ruolo generale del procedimento giudiziale promosso dall'imprenditore per la conferma/modifica delle misure di protezione assolve almeno a due finalità:

- informare i creditori e i terzi interessati della pendenza di una procedura giudiziale, onde consentire a questi ultimi in ogni tempo di intervenire e formulare eventuali contestazioni;
- creare una connessione indefettibile fra l'iter amministrativo e quello giurisdizionale in modo che il venir meno di quest'ultimo o la sua mancata instaurazione comporti la caducazione degli effetti provvisori delle misure protettive.

L'art. 7 co. 1, secondo periodo, stabilisce quanto segue “entro trenta giorni dalla pubblicazione di cui al medesimo articolo 6, comma 1 l'imprenditore chiede la pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato”.

Ad una prima lettura la disposizione non pare contenere un'espressa previsione di inefficacia delle misure protettive conseguente all'inadempimento di questo obbligo di pubblicità.

Parrebbe dunque che una sanzione di tal fatta sia esorbitante nell'ipotesi in cui il ricorso giudiziale sia stato invero tempestivamente depositato e l'omissione in esame sia frutto di una mera dimenticanza, tanto più che nelle more potrebbe addirittura essere stato adottato un provvedimento giudiziale di conferma, che, come anche stabilito, va comunicato dalla cancelleria al registro delle imprese. In una circostanza del genere è verosimile che sarà consentito all'imprenditore di sanare l'irregolarità senza che gli effetti protettivi delle misure siano caducati.

La carenza informativa per i creditori derivante dall'omissione sarà a sua volta evitata laddove il giudice abbia ordinato comunque la notifica del ricorso e del decreto di fissazione udienza a tutti i creditori, tema sul quale ci soffermeremo in seguito.

Ben diverso è il caso in cui l'imprenditore si sia limitato ad avviare la procedura di composizione negoziata iscrivendo l'istanza di applicazione delle misure protettive, ma abbia poi omesso di rivolgersi al tribunale per ottenerne la conferma.

Una simile condotta può assumere i connotati di un abuso dello strumento, comportando il procrastinarsi di effetti protettivi provvisori al di fuori di un controllo giudiziale.

E' tuttavia da escludere a mio giudizio che la soluzione all'inerzia dell'imprenditore sia il riconoscimento di una legittimazione dei creditori ad adire il tribunale al solo fine di ottenere la revoca immediata della misura, atteso che la legittimazione ad introdurre il procedimento di cui all'art. 7 è riconosciuta al solo imprenditore e che la capacità di agire in giudizio in sostituzione di altri richiede un'espressa previsione di legge (art. 81 c.p.c.).

L'interesse alla cancellazione, senz'altro esistente, potrebbe del resto essere garantito dall'instaurazione di un giudizio ordinario, senza che possa richiamarsi la speciale procedura di revoca prevista dall'art. 7 co. 6.

In realtà la soluzione all'abuso dovrebbe essere già nel sistema, benché si convenga con gli autori che hanno stigmatizzato la lunghezza del termine dell'adempimento in commento, posto che è senza dubbio fra i compiti dell'esperto quello di vigilare sulle condotte abusive e/o fraudolente dell'imprenditore richiedendo l'immediata cancellazione dell'iscrizione *de qua*, avendo la stessa perso ogni ragion d'essere.

Consegue che ove il ricorso giudiziale non sia depositato, ma vi siano trattative effettivamente in corso, ben difficilmente occorrerà attendere il termine di trenta giorni per far cancellare, su iniziativa dello stesso imprenditore se del caso sollecitato dall'esperto, la formalità in questione, ferma restando la possibilità per i creditori o i terzi, decorso il termine indicato, di richiedere l'adempimento alla Camera di Commercio che non vi abbia provveduto d'ufficio.

4.3. Mancata fissazione udienza entro il termine di dieci giorni dal deposito del ricorso.

Cosa accade se il giudice non fissa l'udienza entro dieci giorni dal deposito del ricorso? Come assicurare il rispetto di questo termine?

- Le misure protettive perdono efficacia ed il giudice deve prenderne atto con apposito provvedimento
- Il giudice che ritenga non imputabile al debitore il ritardo può rimetterlo in termini e fissare udienza per la conferma/modifica delle misure
- Le misure protettive perdono efficacia senza che il giudice debba adottare alcun provvedimento e l'imprenditore può fare reclamo al Collegio avverso il silenzio-dissenso
- In ogni caso il giudice deve fissare udienza quando sono richieste anche le misure cautelari

Una delle disposizioni maggiormente criticate dai primi interpreti è quella che prevede la caducazione automatica degli effetti protettivi nel caso in cui, pur avendo il debitore tempestivamente depositato il ricorso, il giudice non provveda alla fissazione dell'udienza entro il termine di dieci giorni (art. 7 co. 3).

Va detto che il meccanismo caducatorio, pur non trovando corrispondenze nella vigente disciplina processual-civilistica, fa propria una scelta che è già stata assunta dal legislatore del codice della crisi di impresa nell'art. 55 co. 3 CCI (norma ancora non entrata in vigore), dove pure si fa dipendere la cessazione degli effetti protettivi delle misure dal puro e semplice ritardo nello svolgimento di un'attività giurisdizionale, questa volta consistente nella mancata conferma delle stesse entro il termine di trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese.

La *ratio* di questa disposizione, analogamente a quella del codice della crisi, è quella di assicurare il celere svolgimento della procedura, evitando che il procrastinarsi dei tempi della giustizia si rifletta a danno dei creditori con protrazione *sine die* degli effetti provvisori delle misure protettive.

Orbene, premesso che il termine di dieci giorni di cui all'art. 7 non è riferito né alla data dell'udienza da fissare, né tantomeno alla data di adozione dell'ordinanza modificativa/confermativa, bensì letteralmente alla data, evidentemente di deposito, del decreto di "fissazione dell'udienza", sembra del tutto incongruo che il mero decorso di questo arco temporale, invero assai esiguo ove si consideri l'inevitabile burocrazia sottesa

all'attività di iscrizione a ruolo, si rifletta a danno dell'incolpevole imprenditore senza che vi sia stato alcun vaglio giudiziale sulla fondatezza del ricorso.

Senza voler entrare in questa sede nel merito della possibile violazione del principio del giusto processo, ci si limita a dare atto delle soluzioni prospettate, in un'ottica per così dire costituzionalmente orientata, al fine di evitare il ravvisato ingiusto pregiudizio per l'impresa da risanare, peraltro contrario allo spirito stesso della riforma.

Anzitutto l'ipotesi di rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, co. 2 c.p.c. appare una scelta possibile, ma che sconta alcuni significativi ostacoli di sistema.

Ed infatti pur sussistendo il presupposto soggettivo dell'incolpevole decadenza e quello oggettivo del termine perentorio, non pare potersi trascurare che la perentorietà eccezionalmente riguarda l'ufficio e non la parte, sicché sarebbe abnorme ipotizzare una rimessione in termini del giudice. Un accorto creditore potrebbe contestare la perdurante efficacia delle misure già automaticamente caducate nonostante il decreto di rimessione in termini, se del caso impugnando l'ordinanza confermativa dinanzi al Collegio, avendo peraltro facile appiglio normativo anche nella previsione secondo cui le misure protettive già venute meno non possono essere concesse *ex novo* dal tribunale ma solo confermate o modificate.

Cosa accadrebbe poi se il giudice competente non provvedesse a dichiarare l'intervenuta decadenza per decorrenza del termine di dieci giorni, sul presupposto che un provvedimento di tal fatta, da adottarsi *de plano* e senza fissazione dell'udienza, è espressamente richiesto nel solo caso di tardivo deposito del ricorso, ma non in quello diverso di tardiva fissazione dell'udienza?

Ne sarebbero pregiudicati non solo l'imprenditore, privato della facoltà di chiedere la rimessione in termini o l'emissione di nuove misure, ma anche i creditori, ai quali il procedimento instaurato resterebbe di fatto ignoto.

La risposta ai problemi sopra evidenziati è stata allora ricercata da alcuni interpreti in una presunta equipollenza *iuris et de iure* fra la mancata fissazione dell'udienza ed il rigetto del ricorso (silenzio-dissenso), il che consentirebbe quanto meno al ricorrente di proporre reclamo nelle forme dell'art. 669 terdecies c.p.c., facendo valere in quella sede le ragioni di fondatezza del ricorso implicitamente disattese dal primo giudice.

La soluzione da ultima prospettata è a mio giudizio la più convincente, in quanto per un verso coerente con la lettera della norma laddove prevede l'immediata caducazione delle misure protettive in conseguenza dell'omessa fissazione d'udienza senza richiedere un esplicito provvedimento reiettivo, per altro verso con le esigenze di tutela del diritto di difesa dell'imprenditore, a cui si darebbe la possibilità di coltivare ulteriormente la domanda investendone il collegio entro il termine di quindici giorni dalla formazione del silenzio qualificato.

Venendo poi al caso di ricorso per conferma di misure protettive che contenga altresì richiesta di misure cautelari, il giudice adito che non provveda nel termine di dieci giorni alla fissazione dell'udienza, non potrebbe esimersi dall'adottare comunque il provvedimento di comparizione delle parti, atteso che la sanzione di inefficacia colpisce le sole misure protettive. In questo caso, non potendo ipotizzarsi un reclamo parziale, il debitore dovrebbe attendere l'esito del procedimento per proporre impugnazione al Collegio.

4.3.1. Approfondimento sui rimedi organizzativi e tabellari adottati dagli uffici per consentire l'immediata trattazione dei procedimenti ex art. 7.

Le non poche criticità sopra rilevate suggeriscono di individuare delle soluzioni organizzative - eventualmente adottate unitamente alla variazione tabellare urgente che stabilisca i criteri di attribuzione dei procedimenti introdotti con ricorso cautelare ex art. 7 – finalizzate a dare immediata notizia del ricorso al giudice designato, onde consentirgli la tempestiva adozione del decreto di fissazione udienza.

Va precisato che D.G.S.I.A., con recente modifica evolutiva, ha stabilito che il procedimento in esame sia iscritto nel registro della volontaria giurisdizione con assegnazione del codice oggetto "Misure protettive e cautelari (risanamento aziendale)" a cui è assegnato il n. 400404.

Fra le buone prassi adottate dagli Uffici si segnalano le seguenti:

- a) prevedere l'assegnazione automatica e non cartacea dei procedimenti iscritti con il suindicato codice oggetto;
- b) prevedere meccanismi di sostituzione automatica del giudice naturale che sia temporaneamente impedito per qualsiasi causa (ferie, congedi, malattia, corsi formativi ecc.);
- c) abilitare all'iscrizione a ruolo dei procedimenti ex art. 7 (oltre che quelli ex art. 10) il personale amministrativo destinato al settore delle procedure concorsuali, che invece normalmente opera in ambiente SIECIC, se, come accade nella maggior parte degli uffici, la materia in esame è assegnata ai giudici delegati;
- d) invitare il personale di altre cancellerie che rilevi al momento dell'iscrizione la richiesta di conferma/modifica delle misure di protezione - indipendentemente dal corretto uso del codice oggetto da parte del ricorrente - a trasmettere immediatamente il fascicolo e gli eventuali atti cartacei alla cancelleria fallimentare, onde consentire l'individuazione del giudice tabellarmente competente, essendo eventuali atti di rimessione al presidente della sezione per incompetenza tabellare incompatibili con i ristretti tempi di adozione del provvedimento;

e) stipulare protocolli con l'avvocatura onde favorire l'uso del corretto codice oggetto per l'iscrizione dei ricorso in esame e l'apposizione dell'*alert* "istanza urgente";

f) aprire un tavolo di confronto con la camera di commercio locale al fine di verificare la possibilità che al momento dell'iscrizione dell'istanza ex art. 6 (che avviene solo nel momento in cui vi sia l'atto di accettazione dell'esperto) ne sia data notizia a mezzo pec alla cancelleria fallimentare, affinché, sulla base della partita iva dell'imprenditore, si attivi una ricerca su tutti i registri di cancelleria volta ad individuare il ricorso che lo stesso è onerato di depositare "il giorno stesso";

g) con comunicazione del magistrato di riferimento dell'informatica informare i giudici incaricati di trattare la materia che l'applicativo *consolle del magistrato* consente di creare apposite cartelle/filtro per l'immediata individuazione dei fascicoli aventi il codice oggetto sopra menzionato.

4.4. Casi di rigetto del ricorso senza fissazione udienza.

Il giudice deve necessariamente fissare l'udienza o può respingere l'istanza in limine? Può essere concesso un termine per l'integrazione documentale?

- Il giudice può dichiarare inammissibile il ricorso senza fissare udienza nel solo caso in cui ne verifichi il tardivo deposito, e sempre che non siano state richieste anche misure cautelari
- Il giudice dichiara inammissibile il ricorso senza fissare udienza quando ne accerti il tardivo deposito anche se siano state richieste misure cautelari
- Il giudice può dichiarare l'inammissibilità del ricorso senza fissare udienza in caso di deposito tardivo ed in ogni altro caso in cui ravvisi la carenza di un presupposto processuale
- Il giudice dichiara l'inammissibilità *de plano* anche in caso di carenza documentale senza potere assegnare termini per l'integrazione
- In caso di accertata carenza documentale il giudice può assegnare un termine per l'integrazione e solo in caso di ulteriore ritardo dichiarare il ricorso inammissibile

L'art. 7 co. 3 secondo periodo stabilisce che "il Tribunale, se verifica che il ricorso non è stato depositato nel termine previsto dal comma 1, dichiara l'inefficacia delle misure protettive senza fissare l'udienza prevista dal primo periodo".

E' dunque riconosciuta al giudice, per evidenti esigenze di celerità volte ad evitare l'indebito procrastinarsi dell'efficacia provvisoria delle misure protettive, la facoltà di respingere *de plano* il ricorso, verosimilmente con decreto (non essendovi interlocuzione con le parti).

Il riferimento generalizzato al ricorso di cui al comma uno sembra far propendere per la tesi secondo cui il tribunale nel caso indicato debba sempre dichiarare l'inammissibilità, pur quando oltre alle misure protettive vi sia stata richiesta di concessione di misure cautelari; e tuttavia un'interpretazione sistematica dovrebbe portare a diversa conclusione, posto che per i provvedimenti del secondo tipo non si pone la medesima esigenza di celerità in quanto misure prive di efficacia provvisoria.

Una volta sdoganato un siffatto modulo definitorio semplificato⁷, che deroga allo schema procedimentale tipico del rito cautelare uniforme - in cui la fissazione udienza, diversamente dal rito camerale, costituisce un momento indefettibile - vi è da chiedersi se possano individuarsi altri casi di declaratoria di inefficacia *in limine*.

Ove si propenda per il carattere eccezionale della disposizione dovrebbe addivenirsi ad una risposta negativa al quesito, e tuttavia le medesime esigenze di immediata definizione del procedimento sottese alla richiamata disposizione potrebbero ravvisarsi almeno nei seguenti ulteriori casi:

- a) carenza documentale;
- b) pendenza di procedure concorsuali incompatibili con l'accesso alla composizione negoziata⁸;
- c) incompetenza del giudice adito.

La prima delle ipotesi enunciate pone l'ulteriore tema della possibilità di concedere, in alternativa, un termine per integrazione documentale, analogamente a quanto stabilito dall'art. 162 co. 1 l.f. per il concordato preventivo e dall'art. 9 co. 3 ter l. 3/2012 per l'accordo di composizione della crisi.

Non appare decisiva al riguardo la pronuncia resa dalla Corte di Cassazione che ha esteso all'accordo di ristrutturazione la disposizione dell'art. 162 co. 1 l.f., avendo il giudice di legittimità tratto argomento dalla comune natura concorsuale delle due procedure, nel caso in esame da escludere in quanto i tratti della concorsualità sono pacificamente estranei alla composizione negoziata⁹.

⁷ Del resto ad analoghe conclusioni si è giunti anche nel caso, in precedenza esaminato, di ricorso depositato prima della pubblicazione dell'istanza e dell'atto di accettazione della nomina.

⁸ L'art. 23 stabilisce l'incompatibilità fra la procedura di composizione negoziata ed i ricorsi per omologa di adr, di concordato preventivo, di accordo di composizione e di liquidazione del patrimonio. Ne deriva, anche per ragioni di evidente incompatibilità, che la procedura *de qua* non può essere neppure attivata dall'impresa che abbia proposto istanza di autofallimento. Sarebbe dunque opportuno che il debitore assolva l'onere di dichiarare la non pendenza di tali procedure o che comunque la cancelleria lo attesti. Va soggiunto per completezza che dall'art. 6 co. 4 ricaviamo *a contrario* che può senz'altro chiedere le misure di protezione l'imprenditore nei cui confronti sia stata proposta e risulti pendente un'istanza di fallimento.

⁹ Il riferimento è a Cass. 12 aprile 2018, n. 9087.

Vi è da aggiungere che la concessione del termine per l'integrazione non accompagnato dalla contestuale fissazione dell'udienza potrebbe vanificare l'intento di salvare il ricorso laddove decorrano intanto i dieci giorni previsti per tale ultimo adempimento.

In senso contrario Trib. Brescia 2 dicembre 2021, che, nell'occuparsi dell'argomento, evidenzia come il beneficio dell'automatic stay previsto dall'art. 6 pone quale contraltare un onere di allegazione e collaborazione rafforzato dell'imprenditore fin dall'incipit del procedimento, dacchè si desume che "l'incompleta produzione dei documenti richiesti dovrebbe produrre l'immediato arresto in rito del procedimento di conferma o modifica".

Venendo al caso sub b), relativo alla pendenza di procedure concorsuali incompatibili, appare invero rispondente ad esigenze di economia processuale consentire un'immediata dichiarazione di inammissibilità/improcedibilità del ricorso ex art. 7, trattandosi in tutta evidenza di una condizione processuale ostativa all'accesso alla procedura che non ammette margine di sindacato alternativo.

Piuttosto vi è da chiedersi, e sul punto sarebbe più che opportuno interloquire con il debitore istante e le parti, se il venir meno di una procedura concorsuale, per inammissibilità, revoca o annullamento o cessazione di effetti, precluda o meno la presentazione del ricorso; ed invero non è previsto, fra i presupposti legittimanti l'accesso dell'imprenditore alla procedura di composizione negoziata, quello del non aver avuto accesso a procedure concorsuali anteriormente.

Si occupa del tema, sia pure marginalmente, il già citato Trib. Brescia 2.12.2021, secondo cui in caso di mera rinuncia al concordato da parte del debitore il ricorso alle misure di protezione resta precluso, occorrendo al fine di rimuovere l'ostacolo processuale il provvedimento collegiale dichiarativo dell'improcedibilità/estinzione della procedura concorsuale; al riguardo è richiamato l'orientamento espresso da Cass. 7 dic, 2020 n. 27936.

Infine l'ipotesi sub c), relativa all'incompetenza del giudice adito, appare incompatibile con l'espressa regolamentazione della declaratoria di incompetenza contenuta nell'art. 669 septies c.p.c., a cui pure rinvia l'art. 7 sia pure nei limiti della compatibilità, sicché pare imporsi in tal caso la forma dell'ordinanza da adottare previa fissazione dell'udienza.

Una piccola digressione va fatta riguardo all'estensione del vaglio giudiziale al momento della presentazione del ricorso e della fissazione dell'udienza.

Trattasi indubbiamente di un sindacato completo, sia pure sommario e sulla base degli atti, ed afferisce: a) alle condizioni processuali per l'accesso quali il deposito tempestivo del ricorso, la pubblicazione dell'istanza nel registro imprese, l'insussistenza di procedure concorsuali in atto; b) alla completezza documentale; c) alla sussistenza delle condizioni soggettive ed oggettive per l'accesso alla tutela (sia pure con la precisazione che, in assenza della relazione dell'esperto, tale verifica pare debba arrestarsi al contenuto della dichiarazione di cui alla lett. e) avente valore di autocertificazione sulle prospettive di

risanamento); d) in caso di richiesta di misure cautelare da disporsi inaudita altera parte si estenderà al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora* della misura richiesta.

4.5. La notifica del ricorso e del decreto di fissazione udienza.

A chi devono essere notificati il ricorso ed il decreto di fissazione udienza? Con la notifica va trasmessa ai creditori anche la documentazione depositata dall'imprenditore? Che termine deve intercorrere fra la data dell'udienza e quella della notifica? Il ricorso va notificato ai lavoratori?

- Il ricorso ed il decreto vanno notificati indistintamente a tutti i creditori inseriti nell'elenco allegato al ricorso, salvo quelli che siano esentati dall'applicazione delle misure protettive**

- Destinatari della notifica sono solo i creditori concretamente "incisi" dalle misure, fra cui vanno annoverati coloro che hanno già proposto iniziative cautelari ed esecutive o istanze di fallimento pendenti**

- Oltre ai creditori "incisi" di cui al punto precedente, la notifica deve essere estesa ai dieci creditori maggiori indicati nell'elenco del debitore**

L'art. 7 co. 3 secondo periodo stabilisce che “il decreto è notificato dal ricorrente con le modalità indicate dal tribunale che prescrive, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., le forme di notificazione opportune per garantire la celerità del procedimento”.

La norma citata si occupa solo delle forme della notifica, precisando che essa può essere effettuata anche con modalità diverse rispetto a quelle tipizzate dal codice di procedura civile e dalle altre norme di legge in materia (fra cui è naturalmente compresa dunque la notifica a mezzo pec), purché autorizzate dal giudice ed idonee ad assicurare la prova della consegna dell'atto e la conoscenza legale dello stesso da parte del destinatario a garanzia del diritto di difesa (Cass. 11 ottobre 2017, n. 23919).

Ne resta perciò esclusa tanto la notifica a mezzo posta elettronica ordinaria, quanto quella mediante deposito in cancelleria (Cass. 18 novembre 2019, n. 29851, che ha escluso la validità della notifica mediante deposito in cancelleria in caso di irreperibilità del destinatario all'indirizzo pec utilizzato dal difensore per la notifica telematica).

Nulla si dice invece riguardo ai destinatari della notificazione.

Un qualche vago riferimento a questo diverso e centralissimo tema si ritrova nel quarto comma dell'art. 7 in cui si legge anzitutto che il giudice provvede “sentiti le parti e

l'esperto" e quindi che se "se le misure protettive o i provvedimenti cautelari richiesti incidono sui diritti dei terzi, costoro devono essere sentiti".

Il tema, proprio a cagione del tenore letterale incerto della norma, è stato affrontato dai primi commentatori con soluzioni tutt'altro che coincidenti.

Secondo una prima impostazione la nozione di "parte" o di "creditore inciso" costituisce un sottoinsieme dell'elenco dei creditori fornito dal ricorrente, sicché il ricorso non andrà notificato a tutti i creditori, ma solo a quelli nei cui confronti la misura protettiva o cautelare va ad incidere, limitandone facoltà processuali o l'esercizio di diritti, gli unici che hanno un reale interesse a resistere.

Se questa conclusione appare *prima facie* condivisibile, essa tuttavia non fornisce una soluzione appagante perché non consente di individuare "in concreto" gli effettivi destinatari delle misure protettive o dei provvedimenti cautelari.

Ed infatti mentre i provvedimenti cautelari sono volti ad incidere su situazioni soggettive riferibili a singoli soggetti o comunque a soggetti ben individuati (si pensi alla sospensione di contratti pendenti), le misure protettive generalmente schermano il patrimonio dell'imprenditore dalle iniziative di una pluralità indistinta di soggetti, come nel caso del divieto generalizzato di azioni esecutive e cautelari.

Si è dunque sostenuto che la notifica debba essere eseguita in questo caso esclusivamente nei confronti creditori che abbiano già intrapreso in precedenza iniziative cautelari, esecutive o fallimentari.

*Sposa questa tesi una delle prime pronunce edite in materia, quella resa con ordinanza del **Tribunale di Firenze del 29 dicembre 2021**. Il giudice toscano, richiedendo il deposito della dichiarazione di cui all'art. 6 co. 2, ha disposto la notifica nei soli confronti di eventuali creditori che avessero agito in via cautelare o esecutiva, ovvero agito per la dichiarazione di fallimento, e ciò sul presupposto che le misure richieste dall'imprenditore avessero portata generalizzata e "non riferita a determinati soggetti".*

In realtà non si comprende la ragione per la quale non debbano avere rituale notizia del procedimento altri creditori che, benché non lo abbiano già fatto, pure potrebbero avere interesse ad intraprendere analoghe iniziative giudiziali.

Si è pure sostenuto che al fine di evitare l'allungamento dei tempi per l'instaurazione del contraddittorio, esteso alla generalità dei creditori, per lo meno in caso di misure protettive generalizzate si debba limitare la notifica ai soli creditori qualificati dall'art. 7 co. 2 lett. c), ovvero i primi dieci per ammontare del credito, essendo l'onere della loro individuazione, peraltro accompagnato dall'indicazione dell'indirizzo *pec*, verosimilmente rivolto a definire l'area del contraddittorio necessario.

In realtà nessuna delle soluzioni prospettate appare in linea con il dato normativo, essendo invece più condivisibile la tesi di chi, prendendo atto dell'assenza di indicazioni in contrario, ha ritenuto che le esigenze di celerità della procedura siano recessive a fronte

della tutela del contraddittorio, da assicurarsi dunque nei confronti della totalità dei creditori, con esclusione solo di quelli espressamente esentati da qualsivoglia limitazione, vuoi per legge (i lavoratori), vuoi per espressa volontà del debitore istante, e sempre che nel corso del procedimento non si ravvisi la necessità di una modifica che estenda l'operativa delle misure anche a costoro.

Il concetto di “parte” utilizzato dal legislatore non può che essere del resto desunto dall'art. 101 c.p.c., posta la natura giurisdizionale del procedimento di cui si discute, sicché “il giudice, salvo che la legge non disponga altrimenti, non può statuire su alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa”.

Tenuto conto di quanto sopra, di sicuro non possono considerarsi parte né i lavoratori, i cui diritti di credito non possono essere attinti dalle misure protettive, né, in caso di misure protettive selettive, i creditori o le categorie di essi che ne sono stati esclusi. A tutti gli altri creditori ed ai terzi titolari di diritti in qualche modo limitati dalla misura cautelare o protettiva il contraddittorio andrà viceversa necessariamente esteso.

La superiore soluzione non pare ostacolare la celerità del procedimento nemmeno sotto il profilo della tenuta della decisione confermativa di misure protettive assunta in assenza di uno o più creditori.

La natura potenzialmente selettiva delle misure protettive ne consente la scindibilità, con la conseguenza che il creditore ingiustamente pretermesso potrà soltanto far valere la violazione del proprio diritto di difesa e l'inopponibilità della misura nei propri confronti, ma non già la nullità *erga omnes* della decisione sul presupposto della violazione del litisconsorzio necessario.

Un'ultima notazione va fatta a proposito della notifica al Pubblico Ministero.

Il carattere privatistico e la natura non concorsuale della procedura di composizione negoziata esclude il coinvolgimento necessario del Pubblico Ministero, salva naturalmente la facoltà di intervento di quest'ultimo laddove ravvisi una ragione di pubblico interesse.

Va rilevato, peraltro, che a diversa conclusione potrebbe giungersi nell'ipotesi in cui la procedura di composizione negoziata si innesti in un procedimento prefallimentare introdotto su iniziativa della Procura della Repubblica.

5. L'udienza ed il sindacato del giudice.

In questo paragrafo occorre occuparsi del sindacato giudiziale e delle attività istruttorie che possono essere compiute ai fini dell'accoglimento o rigetto del ricorso introduttivo.

Si è già accennato delle verifiche che il giudice è chiamato a svolgere al momento della fissazione dell'udienza, sostanzialmente limitate alla legittimazione del ricorrente - peraltro estesa anche al piccolo imprenditore che non abbia raggiunto le soglie dimensionali di cui

all'art. 1 l.f. nel triennio anteriore e all'imprenditore agricolo - all'assenza di condizioni processuali impeditive (competenza, tardività del deposito del ricorso, pendenza di procedure concorsuali incompatibili) e alla completezza documentale. Si è anche già affrontato al riguardo il tema della definizione del procedimento con decreto dichiarativo dell'inammissibilità.

Ogni alta indagine sulle sussistenze delle condizioni soggettive ed oggettive che consentono all'imprenditore l'accoglimento delle istanze cautelari e protettive proposte dovrà essere compiuta in udienza "sentiti le parti e l'esperto e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio".

La natura urgente del procedimento impone che l'udienza, da celebrarsi preferibilmente in videoconferenza, sia fissata in tempi brevi, benché non predeterminati dal legislatore¹⁰, e dunque a mio giudizio non superiori a trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza nel registro dell'impresa onde evitare l'eccessivo procrastinarsi dell'efficacia provvisoria delle misure protettive.

Se poi vi sia stata concessione *inaudita altera parte* di misure cautelari l'udienza andrà fissata nei quindici giorni successivi, in applicazione del disposto dell'art. 660 sexies c.p.c..

Il giudice procede al compimento degli atti istruttori indispensabili in relazione ai provvedimenti richiesti, eventualmente nominando, ove occorra, un ausiliario; definisce eventuali ragioni di contestazione; decide con ordinanza che va comunicata dalla cancelleria al registro delle imprese entro il giorno successivo ed avverso la quale è ammesso reclamo al collegio nei termini e nei modi previsti dall'art. 669 terdecies c.p.c.

L'ordinanza del giudice che accolga il ricorso dell'imprenditore:

- conferma o modifica le misure protettive, eventualmente limitandole "su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto" a determinate iniziative intraprese dai creditori o a determinati creditori o categorie di essi;
- concede i provvedimenti cautelari;
- stabilisce la durata delle misure cautelari e protettive.

La prima domanda che occorre porsi riguarda le condizioni che dovranno essere accertate ai fini della concessione delle misure richieste.

La comune finalità della tutela cautelare e protettiva, di cui si è parlato nel paragrafo introduttivo della relazione, così come il rinvio del legislatore alla disciplina del rito cautelare uniforme, suggerisce di ritenere in linea generale che in entrambi i casi il

¹⁰ Diversamente da quanto accade ad esempio per la procedura di concessione delle misure protettive nel corso delle trattative prodromiche alla conclusione dell'accordo di composizione della crisi (trenta giorni dal deposito dell'istanza v. art. 182 bis co. 6 l.f.).

sindacato del giudice si estenda al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora*, declinati in funzione delle peculiari finalità del procedimento in esame.

Il *fumus boni iuris* è dunque la ragionevole probabilità di perseguire il risanamento in considerazione delle valutazioni compiute dall'esperto, anche all'esito del test pratico disponibile sulla piattaforma telematica, e dell'andamento delle trattative; il *periculum in mora* è il rischio che la mancata concessione delle misure richieste possa pregiudicare lo svolgimento ed il buon esito delle trattative.

Entriamo più nel dettaglio.

5.1. Il fumus boni iuris ed il periculum in mora.

- Il giudice deve verificare che l'impresa versi in condizione di probabile crisi o insolvenza e che vi siano prospettive concrete di risanamento**
- Il giudice estende l'indagine al buon andamento delle trattative e non può concedere la misura quando vi sia opposizione della maggioranza dei creditori**
- Il giudice deve altresì accertare che non siano stati compiuti atti in frode ai creditori**
- Il ricorso può essere respinto quando le misure richieste non siano necessarie o risultino sproporzionate valutando l'assenza del periculum in mora**
- Il giudice può concedere misure protettive in tutto o in parte diverse da quelle richieste dall'imprenditore**

Sulla necessità che il sindacato giudiziale debba estendersi alla verifica delle condizioni soggettive per l'accesso alla procedura di composizione negoziata, così come stabilite dall'art. 2 non pare possano esservi dubbi.

Occorre dunque senz'altro indagare sull'effettiva esistenza della situazione di squilibrio finanziario, economico e patrimoniale dell'impresa alla luce dei dati contabili e della relazione dell'esperto (che opportunamente potrà essere richiesta, ad integrazione della documentazione prodotta, già con il decreto di fissazione udienza), nella quale potranno essere illustrate le ragioni - basate evidentemente su elementi obiettivi ed accertabili ed indici di liquidità – da cui si desume che l'imprenditore, anche in via prospettica, corre il rischio di non poter far fronte in modo regolare alle obbligazioni pianificate.

Vi è da chiedersi se l'accesso alla tutela sia consentito anche ad imprenditori che abbiano superato al soglia della "probabile insolvenza" e versino in una condizione di insolvenza già in atto, eventualmente palesata da indici inequivocabili come la pendenze di procedure esecutive e fallimentari.

La lettera dell'art. 2 nel riferirsi alla probabilità della crisi o dell'insolvenza parrebbe escludere una simile eventualità, e tuttavia ulteriori riferimenti normativi di cui si darà subito contezza fanno propendere per una soluzione opposta.

Anzitutto deve darsi atto di quanto stabilito dall'art. 9 nel testo modificato dalla legge di conversione, ovvero che i poteri gestori dell'imprenditore, pur rimanendo liberi, stante l'assenza di ogni spossessamento benché solo attenuato, vanno esercitati entro margini di discrezionalità diversamente valutati in termini di regolare gestione a seconda che nel corso della procedura di composizione negoziata l'impresa versi solo in stato di crisi ovvero sia risultata insolvente; mentre nel primo caso le scelte gestionali devono essere orientate ad "evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività", nel secondo caso vanno assunte "nel prevalente interesse dei creditori".

Dalla lettera della norma si evince, senza margini di dubbio, che almeno l'insolvenza acclarata in corso di procedura non costituisce ostacolo al prosieguo della stessa.

E tuttavia ritengo, se non altro per ragioni di parità di trattamento, che anche l'impresa insolvente *ab origine* debba poter accedere alla composizione negoziata e dunque alla tutela cautelare e protettiva, tanto più necessaria in presenza di situazioni di inadempimento già in atto o addirittura di avvio delle tutele contrattuali o esecutive da parte dei creditori.

Altro indice normativo a favore della tesi che consente l'accesso delle imprese già in stato di insolvenza alla procedura di composizione negoziata è il disposto dell'art. 6 co. 5, nella parte in cui sancisce che l'istanza di applicazione delle misure protettive può impedire l'esercizio dei poteri di autotutela negoziale delle controparti contrattuali quando si sia già verificato "il mancato pagamento dei loro crediti anteriori", a dimostrazione che l'incapacità di adempiere può essere una condizione preesistente all'apertura del procedimento.

Ciò che conta, come è stato giustamente osservato, non è tanto il livello di progressione negativa raggiunto dalla condizione di squilibrio patrimoniale, economico o finanziario, ovvero la natura strutturale o solo temporanea l'inadempimento, bensì la possibilità concreta di risanamento e ristrutturazione del debito veicolata dalle trattative con i creditori, sia che essa si realizzi conservando all'imprenditore la titolarità dell'attività economica (continuità diretta), sia che si realizzi in via indiretta tramite il trasferimento dell'azienda o di singoli suoi rami a terzi (continuità indiretta).

Secondo questa ricostruzione diviene dunque essenziale che il giudice valuti con attenzione, sempre avvalendosi del contributo qualificato ed indipendente dell'esperto, il secondo perno della coppia di requisiti oggettivi indicati dall'art. 2, ovvero la "ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa".

Nel corso del procedimento si passa infatti dalla verifica formale dell'esistenza dell'autodichiarazione sulle prospettive di risanamento che l'imprenditore deve allegare al ricorso (art. 7 co. 2 lett. e) all'accertamento dell'esistenza di un "concreta prospettiva di

risanamento”, da effettuarsi sulla base delle attestazioni riservate all’esperto: quella di attendibilità della documentazione contabile; quella di affidabilità dei sistemi di allerta interna; quella di fattibilità del piano di risanamento che l’imprenditore avrà elaborato.

Vi è da chiedersi in che misura il giudice eserciterà il proprio sindacato sulle attestazioni dell’esperto, ma è verosimile che anche in questa sede si aprirà il dibattito sulla distinzione fra sindacato di fattibilità giuridica ed economica, quest’ultima suscettibile di negativa valutazione da parte del giudice nel caso di manifesta inidoneità del piano a realizzare gli obiettivi prefissi.

E non è difficile immaginare che su questo terreno andranno progressivamente a delinearsi i compiti dell’ausiliario che il magistrato adito può nominare, professionista verosimilmente chiamato ad esprimere le proprie valutazioni sull’attendibilità di specifici dati contabili forniti dall’imprenditore e sull’effettiva possibilità di raggiungimento degli obiettivi intermedi stabiliti nel piano (*milestones*), ma non a svolgere, anche in considerazione dei tempi del procedimento, attività di verifica generalizzata delle componenti attive e passive del patrimonio tipiche delle funzioni del commissario giudiziale, né del buon andamento delle trattative, essendo a ciò preposto l’esperto.

Trib Firenze 29.12.2021 cit. ha ritenuto necessario analizzare “la ragionevole probabilità di ottenere il risanamento”, nella specie vagliata attraverso il deposito di un “parere dell’esperto” avente ad oggetto: a) esito delle analisi di cui al test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento e delle motivate modifiche dallo stesso esperto apportate (nel caso di specie non era stato ancora redatto un piano di risanamento, bensì un previsionale/ budget per i successivi tre anni); b) affidabilità e correttezza della situazione contabile aggiornata; c) completezza informativa; d) adeguatezza dell’assetto amministrativo della società sulla base delle informazioni acquisite dall’organo di controllo. Il Tribunale ha valutato inoltre la strumentalità delle misure al buon esito delle trattative potendo esse risultare pregiudicate dalle iniziative esecutive e cautelari e dall’acquisizione di prelezioni non consentite.

Occorre ora rispondere alla domanda relativa all’estensione del sindacato all’andamento delle trattative in corso ed al loro prevedibile esito, requisito non richiesto dall’art. 7 co. 4 ai fini della concessione delle misure protettive o dei provvedimenti cautelari.

Un vaglio sullo svolgimento delle trattative è previsto ad esempio nel caso delle misure protettive che assistono la fase preparatoria degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis co. 6 l.f.), ovvero nei casi di composizione negoziata della crisi che estendano effetti ai creditori non aderenti come per gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 182 septies l.f.).

Anzitutto vi è da dire che nella procedura qui in esame difficilmente potrà valutarsi la buona fede tenuta dall’imprenditore nello svolgimento dei negoziati atteso che essi, diversamente da quanto accade nell’omologa degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 182 septies l.f.), sono ancora in corso, mentre è più verosimile che il giudice verifichi che delle trattative si stiano effettivamente svolgendo e valuti la loro potenziale

durata in considerazione della composizione del passivo e della omogeneità/disomogeneità delle categorie di creditori coinvolti.

Potrebbe ritenersi invece rilevante l'accertamento dell'esistenza di un'opposizione da parte di una fetta consistente dei creditori, posto che essa precluderebbe uno dei possibili esiti della procedura di composizione negoziata, vale a dire l'approdo ad una soluzione che preveda il consenso una maggioranza qualificata (accordo di ristrutturazione, concordato preventivo).

L'ipotesi descritta è regolata dall'art. 6 co. 9 lett. a) della Direttiva Insolvency che appunto prevede la possibilità di revoca delle misure protettive "se risulta evidente che una parte dei creditori che ai sensi del diritto nazionale può impedire l'adozione del piano di ristrutturazione non appoggia la continuazione delle trattative".

E tuttavia in assenza di analogo espressa previsione, come invece accade per esempio nella disciplina delle misure prodromiche alla presentazione di un accordo di ristrutturazione (c.d. preaccordo), appare difficile che in un simile scenario il giudice formuli una prognosi di esito negativo delle trattative e respinga la domanda di concessione delle misure, tanto più che fra i possibili sbocchi della procedura *de qua* ve ne sono alcuni che prescindono da ogni regola maggioritaria (es. il contratto di composizione negoziata della crisi o il concordato semplificato). In ogni caso andrebbe diversamente valutata l'opposizione dell'Erario, pur se il credito erariale fosse al cinquanta per cento delle passività, dovendo tenersi conto della nuova regola del *cram down fiscale*.

La norma non menziona, infine, la rilevanza ostativa degli atti in frode alla concessione delle misure e questo costituisce un fuor d'opera rispetto alla normativa delle procedure di composizione della crisi; anzi pare che l'eventuale condotta fraudolenta non rilevi neppure ai fini della revoca delle misure già concesse, essendo essa conseguente esclusivamente all'inadeguatezza delle misure rispetto alla finalità di assicurare il buon esito delle trattative o la loro eccessiva ed ingiustificata lesività per gli interessi dei creditori.

Non mi pare però che possa escludersi un sindacato sulle condotte decettive dell'imprenditore che abbia tenuto nascosto ai creditori un qualche fatto essenziale alla conclusione degli accordi o abbia omesso di fornire all'esperto documentazione necessaria a ricostruire la sua situazione economica e patrimoniale. E' verosimile che in tali casi spetti all'esperto segnalare la cosa eventualmente procedendo all'immediata archiviazione del procedimento di composizione negoziata.

Per espressa previsione normativa determineranno poi la revoca delle misure protettive e cautelari gli atti straordinari e i pagamenti compiuti in violazione delle prospettive di risanamento e delle trattative o pregiudizievoli ai creditori rispetto ai quali l'esperto abbia iscritto il proprio dissenso (art. 9 co. 5).

Irrilevanti sono infine gli atti in pregiudizio dei creditori compiuti prima della composizione negoziata. Ne costituisce dimostrazione il fatto che non è richiesta fra la documentazione da allegare al ricorso l'elenco degli atti compiuti nei cinque anni anteriori.

Venendo al *periculum in mora*, deve ritenersi a ben vedere che trattasi di un requisito declinato dalla normativa in esame in termini ben diversi da quelli tipici della materia cautelare, atteso che le misure di cui all'art. 7 non intendono soddisfare in via anticipata l'interesse sostanziale sotteso alla domanda, né proteggerlo cautelativamente onde evitare che esso sia pregiudicato dalla lunga durata di una successiva fase di merito a cognizione piena, bensì garantire la piena ed integrale soddisfazione di un interesse normalmente confinato nell'arco temporale di durata della misura, quello all'ordinata e positiva conduzione delle trattative.

E' corretto dunque ritenere che sotto questo profilo il giudice sarà chiamato a svolgere un ruolo per così dire conformativo, quanto meno riguardo alle misure protettive, adeguandole alle concrete esigenze del negoziato in corso e bilanciando gli interessi in gioco, onde evitare che il sacrificio richiesto ai creditori non sia eccessivo arrivando a configurare un vero e proprio ingiustificato pregiudizio (classico esempio è quello del creditore che possa subire una procedura di insolvenza a causa del ritardo nella soddisfazione del suo credito).

Ritengo che tale sindacato, espressamente previsto dal comma sesto in caso di apertura di una procedura di revoca delle misure concesse, possa essere anticipato già alla fase di prima deliberazione almeno con riferimento alle misure protettive, per le quali al giudicante è attribuito non solo il potere di conferma, ma altresì di "modifica".

Ciò non vuol significare che al tribunale sia attribuito il potere di decidere *ultra petita partium*, ovvero concedendo una misura diversa da quella richiesta dall'imprenditore, atteso che deve trovare anche in questo procedimento pieno e puntuale rispetto il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, ma appunto che le tutele da quest'ultimo invocate possano essere concesse anche solo in parte bilanciando i diversi interessi in gioco, verosimilmente già in questa fase rappresentati, sulla base di una valutazione di opportunità.

In sintesi il vaglio di proporzionalità potrà essere svolto in termini di accertamento del *periculum in mora* già nel corso dell'udienza di conferma delle misure, non essendovi ragione di dover attendere l'apertura dell'ulteriore procedimento incidentale di revoca o riduzione della durata previsto dal comma sesto.

6. Il ricorso ex art. 7 in pendenza di prefallimentare.

Ultimo tema oggetto di analisi è quello del coordinamento fra il procedimento per conferma o modifica delle misure di protezione e le procedure prefallimentari pendenti.

- Dal momento in cui è pubblicata l'istanza ex art. 6 il procedimento per la dichiarazione di fallimento è sospeso
- La prefallimentare prosegue, ma non può essere pronunciato il fallimento, bensì reso il solo decreto di rigetto
- In ogni caso non possono essere concessi provvedimenti cautelari ai sensi dell'art. 15 co. 8 l.f.
- In pendenza di prefallimentare le misure protettive concesse non possono essere prorogate
- La prefallimentare va coordinata con la procedura ex art. 7 e riprende non appena le misure sono state revocate o siano in altro modo cessate

L'art. 6 co. 4 stabilisce che “dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata”.

Giustamente dalla lettera normativa i primi interpreti hanno ricavato la conseguenza che la misura protettiva non determina la sospensione del giudizio prefallimentare, né impedisce il compimento di atti istruttori, ma costituisce soltanto una condizione ostativa all'accoglimento del ricorso per dichiarazione di fallimento, che peraltro potrà essere respinto ove si ravvisi *prima facie* la sua infondatezza.

Difficilmente ritengo sarà invece possibile dichiarare l'improcedibilità ai sensi dell'art. 15 co. 9 l.f. per mancato raggiungimento della soglia di trentamila euro di debiti scaduti ed insoluti atteso che la notizia della pendenza della procedura di composizione negoziata non potrà che determinare l'acquisizione degli atti ivi presenti, ivi compreso l'elenco dei crediti insoddisfatti.

Il Tribunale di Palermo (sent. 124/2021 cit.) si è occupato della questione dell'inibitoria alla dichiarazione di fallimento conseguente alla mera presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto, ritenendo che il mancato adempimento degli oneri di pubblicazione dell'istanza ai sensi dell'art. 6 co. 2 impedisse il prodursi dell'effetto preclusivo.

Più complessa è la tematica relativa alla possibile concessione di misure cautelari richieste dai creditori o dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 15 co. 8 l.f. , peraltro possibili anche laddove si opti per la tesi della sospensione del processo prefallimentare, giusta quanto previsto dall'art. 669 quater co. 2 c.p.c.

Potrebbe anzitutto sostenersi che tali iniziative, potenzialmente di ostacolo al sereno svolgimento delle trattative, sarebbero inibite dall'effetto di *automatic stay*, in quanto esteso ad ogni iniziativa cautelare, comprese quelle *extra ordinem* previste dalla legge fallimentare.

Per contro alcuni autori sostengono la diversità ontologica fra le misure cautelari in discorso, volte alla salvaguardia di un interesse sovraindividuale rispetto a quelle inibite dall'art. 6.¹¹

In ogni caso dovrebbero restare efficaci le cautele già in precedenza concesse ed attuate (si pensi alla nomina di un custode del patrimonio), non operando lo schermo protettivo sul pregresso, sicché la sopravvenuta apertura delle trattative in seno alla composizione negoziata potrebbe essere al più circostanza da valorizzare ad opera del debitore al fine di richiedere una modifica o revoca del provvedimento al tribunale fallimentare.

La necessità di un coordinamento fra la procedura prefallimentare e quella per la conferma/modifica di misure protettive è evidente e potrebbe essere realizzata con opportuni provvedimenti tabellari che affidino la trattazione del ricorso ex art. 7 al giudice delegato dal collegio all'istruttoria prefallimentare.

E' da escludere tuttavia la riunione fra i due procedimenti, se non altro in considerazione della natura cautelare del rito regolato dal D.L. 118/2021.

Cionondimeno è indispensabile che la revoca delle misure conseguente al provvedimento di archiviazione sia trasmessa al giudice della prefallimentare, ovvero in caso di iniziativa assunta dal Pubblico Ministero che quest'ultimo sia destinatario della notifica del ricorso e del decreto di cui all'art. 7.

Quanto all'influenza della prefallimentare pendente sul termine di durata delle misure ed in particolare sulla loro proroga, non pare possa trarsene argomento dall'art. 161 u.c. l.f., che si riferisce alla procedura di preconcordato, sicché in ogni caso potrà giungersi alla concessione di un termine di durata complessiva pari a duecentoquaranta giorni.

Interessante è notare che la perdita degli effetti delle misure per decorso del termine di durata non dovrebbe provocare per ciò stesso, stando alla lettera dell'art. 6 co. 4, la ripresa del giudizio prefallimentare, essendo la cessazione dell'inibitoria connessa alla diversa condizione della "conclusione delle trattative", ovvero sia alla trasmissione della relazione dell'esperto ai sensi dell'art. 5 co. 8, nella quale si darà atto dell'esito positivo o negativo delle stesse.

¹¹ Sul tema **Trib. Catania 28 febbraio 2019**, che ha ritenuto compatibile l'adozione delle misure cautelari ex art. 15 co. 8 l.f. con la pendenza di una procedura di concordato preventivo, essendo il divieto sancito dall'art. 168 c.p.c. funzionale ad evitare un'alterazione del principio della par condicio in pendenza di concordato, rischio non ipotizzabile per le misure cautelari rese in seno alla prefallimentare, anch'esse volte a preservare il concorso fra i creditori e l'integrità del patrimonio del debitore. Anche qui andrebbe però sottolineato che la procedura di composizione negoziata della crisi d'impresa è procedura non necessariamente finalizzata all'apertura di una procedura concorsuale e che le misure cautelari adottate ai sensi dell'art. 15 co. 8 l.f. potrebbero in effetti determinare un'alterazione degli equilibri delle trattative in corso.