

LE MISURE PROTETTIVE E CAUTELARI NELL'AMBITO DEL PROCEDIMENTO UNITARIO

Laura Baccaglioni

(in corso di pubblicazione in *Giur. Comm.*, 2025)

Sommario: 1. Dagli effetti protettivi alle misure protettive – 2. La *ratio* di una trattazione unitaria e congiunta delle misure protettive e cautelari – 3. Le misure protettive cd. tipiche: il loro contenuto e i loro effetti immediati – 4. Le misure protettive cd. atipiche – 5. Le misure cautelari - 6. Protezione e cautela in pendenza del termine per il deposito della proposta, del piano o dell'accordo.

1. Dagli effetti protettivi alle misure protettive

Uno dei temi centrali nella crisi d'impresa è sempre stato quello delle forme di protezione del patrimonio che debbono accompagnare le trattative con i creditori per garantirne il successo¹.

Nella legge fallimentare, l'art. 168 (pensato per il concordato preventivo, ma applicabile anche agli accordi di ristrutturazione, per effetto del richiamo contenuto nell'art. 182-*bis*, co. 2 e 6) individuava un catalogo tassativo di effetti protettivi, senza peraltro qualificarli come tali.

Quella norma, genericamente rubricata “effetti della presentazione del ricorso”, si limitava a disporre che, dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese e fino a che non fosse divenuto definitivo il decreto di omologazione del concordato, i creditori anteriori non potessero, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore. Le prescrizioni che sarebbero state interrotte per effetto degli atti vietati rimanevano sospese e le scadenze non si verificavano. Erano inefficaci le ipoteche iscritte nei novanta giorni precedenti la domanda di concordato ed era fatto divieto ai creditori di acquistare diritti di prelazione, con efficacia nei confronti dei creditori concorrenti, salvo autorizzazione del giudice.

Questi (e solo questi) erano gli effetti protettivi del patrimonio che operavano nell'ambito degli (oggi rinominati) strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Erano state la dottrina, prima, e la prassi, poi, a qualificare quegli effetti come “di protezione del patrimonio”, a rimarcare la funzione, loro assegnata, di conservazione del complesso aziendale nel tempo necessario al debitore per l'approvazione (e la successiva omologazione) della proposta di concordato o dell'accordo di ristrutturazione².

La finalità conservativa rivestita dagli effetti previsti dall'art. 168 l. fall. era certamente accostabile al ruolo ricoperto dalle misure cautelari che, con il d. lgs. n. 5/2006, avevano fatto ingresso nell'istruttoria prefallimentare. Anche in quel contesto, si trattava pur sempre di preservare provvisoriamente il patrimonio dell'impresa, questa volta dal compimento di atti pregiudizievole del debitore fallendo. Nel caso previsto dall'art. 15, co. 8, l. fall. si trattava, d'altra parte, di provvedimenti destinati ad operare non automaticamente, ma solo su istanza di coloro che avevano domandato l'apertura del fallimento e previo vaglio giudiziale, a valle di un procedimento che la prassi, nel silenzio del legislatore, aveva ricostruito secondo le norme del procedimento cautelare uniforme³. L'obiettivo, tuttavia, restava pur sempre quello preservare l'integrità e il valore del patrimonio dell'impresa a beneficio dei creditori⁴.

Le analogie tra effetti protettivi, che si accompagnavano alla domanda di concordato o di omologa di accordi di ristrutturazione, e le misure cautelari, concesse in pendenza dell'istruttoria prefallimentare, non erano limitate al piano funzionale: gli uni e le altre avevano natura provvisoria e durata circoscritta, proprio perché funzionali alla omologazione del concordato o dell'accordo, o alla dichiarazione di fallimento, e quindi destinati a cessare con esse.

¹ PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Società*, 2019, 438.

² MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, 634 ss.; FABIANI, *Il concordato preventivo*, Bologna, Zanichelli, 2014, 427.

³ Per tutti, DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, Cedam, 2012, 502 ss.

⁴ FABIANI, *Tutela cautelare e amministrazione dell'impresa nel processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 929 ss.; PAGNI, *I provvedimenti cautelari a tutela del patrimonio e dell'impresa nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali tra dottrina e giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2011, 217 ss.; PAGNI, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2011, 854 ss.

Gli effetti protettivi, però, operavano per il solo fatto che la domanda *ex artt.* 161 o 182-*bis* l.fall., anche in bianco, fosse stata pubblicata nel registro delle imprese, in assenza di qualsiasi controllo giudiziale che *a priori* ne vagliasse la necessità o *a posteriori* ne disponesse eventualmente la revoca in presenza di circostanze sopravvenute (come accadeva per le misure cautelari di cui all'art. 15, co. 8, l. fall.)⁵.

Con l'entrata in vigore del CCII, lo statuto della protezione del patrimonio muta volto: a partire dalle scelte terminologiche compiute dal legislatore, che poi si riflettono sulla disciplina introdotta⁶.

Non si parla più di effetti, ma di misure, a rimarcare la necessità di una apposita istanza di parte e di un provvedimento del giudice che ne condizioni di regola il consolidamento degli effetti, e talvolta la stessa decorrenza.

La previsione di un intervento giudiziale, sconosciuta alla legge fallimentare ma imposta dalla dir. UE n. 1023/2019, argina il rischio che il debitore pretenda di avvalersi della protezione del patrimonio senza dimostrare un'effettiva volontà di risolvere la situazione di crisi dell'impresa, magari al solo fine di precludere qualsiasi iniziativa stragiudiziale o processuale dei creditori sul patrimonio del debitore o di ritardare immotivatamente l'apertura della liquidazione giudiziale. Un'eventualità, questa, che il legislatore cerca di evitare anche circoscrivendo la durata della protezione del patrimonio a dodici mesi (art. 8 CCII).

2. La *ratio* di una trattazione unitaria e congiunta delle misure protettive con quelle misure cautelari

Dando attuazione ad un criterio direttivo contenuto nell'art. 5 lett. c) della l. delega n. 155/2017, il CCII rinuncia ad una disciplina settoriale della protezione del patrimonio, pensata cioè in funzione dei singoli strumenti di regolazione della crisi, e ne introduce una trattazione organica negli artt. 54-55, a chiusura del terzo titolo del CCII, relativo al procedimento unitario⁷. Quel binomio normativo, però, non si occupa solo del contenuto delle misure protettive e del procedimento volto alla loro conferma (o concessione, a seconda dei casi), revoca e proroga, ma disciplina anche le misure cautelari.

Le ragioni sottese alla scelta di destinare una trattazione congiunta della protezione e della cautela, nell'ambito del procedimento unitario, sono più d'una.

La prima si deve certamente alla immanente natura cautelare che caratterizza sia le misure protettive sia quelle cautelari propriamente dette, come si evince già dalle definizioni contenute nell'art. 2, lett. p) e q)⁸. Si tratta, infatti, di forme di tutela giurisdizionale, soggette ad istanza di parte, il cui tratto caratterizzante è rappresentato dalla strumentalità, vuoi alla buona riuscita delle trattative (nel caso delle misure

⁵ FARINA, *Tutela esecutiva individuale, misure protettive e procedure negoziali di composizione della crisi: un (complesso) ménage à trois in evoluzione*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, 274.

⁶ In arg., senza pretesa di esaustività oltre ai richiami nelle note precedenti, si v. PAGNI, *Il "sistema" delle misure protettive e cautelari negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza: note a margine di un provvedimento del Tribunale di Milano*, in *Fallimento*, 2024, 273 ss.; ID., voce *Misure cautelari e protettive (diritto dell'insolvenza)*, in (a cura di DI MARZIO) *Enc. dir.*, volume tematico *Crisi di impresa*, 2024, 869 ss.; FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi di impresa*, Piacenza, La Tribuna, 2025, 172 ss.; ID., *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi di impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 849; DE SANTIS, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2021, 1536 ss.; ID., *Sub artt. 8-18-19*, in (diretto da) SANTANGELI, *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2023, 62 ss. e 116 ss.; ID., *Le novità in materia di misure protettive e cautelari*, in *Procedure concorsuali e crisi di impresa*, 2025, 36 ss.; GIORDANO, *Sub artt. 54-55*, *ivi*, 377 ss.; DIDONE, *Le misure protettive/cautelari*, in *Fallimento*, 2022, 1251 ss.; BACCAGLINI, CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2022; PAGNI, BACCAGLINI, *Misure cautelari e misure protettive nel Codice della Crisi: una chiave di lettura per l'impiego anche combinato dei diversi strumenti di tutela*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2024; ROLFI, *Il procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2023, 85; BOZZA, *Le misure protettive e cautelari*, in (diretto da) CAGNASSO – PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, I, Vicenza, 2025, 802 ss.; ma già ID., *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ilcaso.it, 18 luglio 2021; LEUZZI, *Cautela e protezione dell'impresa nelle procedure concorsuali*, *ivi*, 11 maggio 2019; CARRATTA, *Le misure cautelari e protettive nel CCII dopo il d.lgs. 83/2022*, in *Dir. fall.*, 2022, I, 875; BOGGIO, *Codice della crisi: tra novità e dubbi (ir)risolti (I parte) – Misure protettive e cautelari: riflessioni sulla strumentalità nei diversi contesti procedurali*, in *Giur. it.*, 2023, 1450 ss.; MANCUSO, *Le misure cautelari e protettive*, in (diretto da) IRRERA, CERRATO, *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo ter*, I, Bologna, Zanichelli, 2024, 949 ss.; BACCAGLINI, LEUZZI, *Su natura, funzione e limiti delle misure protettive e cautelari nel sistema concorsuale (considerazioni a margine di un recente rinvio pregiudiziale e di altre ordinanze)*, www.dirittodellacrisi.it, 10 febbraio 2025.

⁷ La legge delega chiedeva di assimilare la disciplina delle misure protettive degli accordi di ristrutturazione dei debiti a quella prevista per la procedura di concordato preventivo, in quanto compatibile.

⁸ FABIANI, *Sistema, principi e regole* (nt. 6), 174; PAGNI, voce (nt. 6), 870; MANCUSO, (nt. 6), 953; dubitativo, CARRATTA, (nt. 6), 867; BACCAGLINI, LEUZZI, (nt. 6), spec. par. 1.

protettive), vuoi ad assicurare provvisoriamente gli effetti degli strumenti o delle procedure di insolvenza, ovvero l'attuazione delle relative decisioni (nel caso delle misure cautelari). Le une e le altre misure presuppongono un intervento giudiziale che, verificata la fondatezza dell'istanza e la sussistenza di un *periculum* da evitare, condizioni (o consolidi, v. *infra*) la decorrenza dei loro effetti. Il provvedimento di accoglimento della domanda ha in ogni caso durata circoscritta nel tempo: una durata che, per le misure protettive tipiche, il giudice è tenuto a stabilire *a priori*, nel rispetto del termine massimo annuale (art. 8 CCII).

La seconda ragione, che spiega la scelta del CCII di disciplinare congiuntamente gli istituti della protezione e della cautela, si deve alla codificazione di un procedimento unitario per la trattazione e la decisione di contrapposte domande di merito (di accesso ad uno degli strumenti, da un lato, e di apertura della liquidazione giudiziale, dall'altro).

Il fatto che le misure protettive si accompagnino ad una domanda di accesso allo strumento, mentre quelle cautelari possano essere chieste dai creditori, dai sindaci o dal p.m. quando è proposta una domanda di apertura della liquidazione giudiziale (oltre che, come si dirà in seguito, dal debitore che chiede l'accesso a uno strumento), ha spinto il legislatore ad immaginare, insieme ad un procedimento destinato alla contestuale trattazione di quelle domande di merito tra loro incompatibili (artt. 7 e 40, co. 9-10 CCII), un procedimento unitario per la trattazione delle istanze di protezione, *lato sensu* intese, del patrimonio⁹.

In altri termini, si è ritenuto opportuno che fosse il giudice chiamato a decidere se l'uscita dal dissesto debba realizzarsi con l'omologazione di uno strumento o con la liquidazione, a soppesare anche la verosimile fondatezza delle eventuali contrapposte istanze di protezione del patrimonio del debitore, stabilendo in che termini ciò possa avvenire, se limitando i poteri e le facoltà dei creditori o quelle del debitore, trattandosi nell'uno e nell'altro caso di preservare quanto più possibile intatto il valore del compendio aziendale nell'attesa di decidere in che modo soddisfare i creditori¹⁰.

Bene sarebbe se la prassi tabellare prevedesse che fosse non solo lo stesso ufficio giudiziario, ma anche lo stesso magistrato a doversene occupare. Il che, nel concreto, non sarà sempre possibile anche in ragione delle specifiche del processo telematico che assegna numeri di registro diversi già alle singole domande di accesso allo strumento e di liquidazione giudiziale¹¹.

In verità, sia la definizione che si legge nell'art. 2, lett. q), sia la previsione contenuta nell'art. 54, co. 1, dimostrano come le misure cautelari non si pongano sempre in un rapporto conflittuale con le misure protettive. Appare, anzi, più corretto parlare di una relazione tra loro a geometria variabile¹²: in pendenza di una domanda di omologa di uno strumento, infatti, il CCII riconosce al debitore (e, in verità, a lui solo¹³) la legittimazione a domandare provvedimenti cautelari, dal contenuto atipico, volti ad assicurare provvisoriamente l'attuazione della sentenza di merito. In questo caso, protezione e cautela diventano misure tra loro complanari, perché caratterizzate da finalità che non sono esattamente le stesse ma che certo possono considerarsi convergenti¹⁴: portare a termine le trattative significa giungere all'omologazione dello strumento; l'omologa ha un senso se si è poi in grado di assicurare l'attuazione del piano. Se si vuole, l'esigenza cautelare delineata per le misure protettive dall'art. 2, lett. p) ("assicurare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza") può ben dirsi compresa in quella espressa dalla successiva lett. q) con riferimento alle misure cautelari ("assicurare [...] l'attuazione delle decisioni" di omologazione degli strumenti): l'iniziativa presa con la proposta di uno strumento ha il suo naturale esito, appunto, nella realizzazione del piano e nell'attuazione della proposta omologata¹⁵.

⁹ PAGNI, *La trattazione unitaria dell'alternativa tra la liquidazione giudiziale e gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza nell'art. 7 CCII*, in www.dirittodellacrisi.it, 16 ottobre 2023, 4.

¹⁰ Per un'illustrazione di questa valutazione comparativa di contrapposte istanze di cautela, v. Trib. Foggia, 17 maggio 2024, in bdp.giustizia.it: nella fattispecie, il debitore aveva domandato l'applicazione delle misure protettive tipiche, e, contestualmente, la revoca di misure cautelari concesse in relazione a un'istanza di liquidazione giudiziale.

¹¹ PAGNI, *Le novità del procedimento unitario dopo il D. lgs. 136/2024*, in *Procedure concorsuali e crisi di impresa*, 2025, 29.

¹² ROLFI, (nt. 6), 173 ss.

¹³ Lo si ricava dal concetto di "parte", ruolo che negli strumenti di regolazione della crisi è assegnato al solo debitore: PAGNI, (nt. 1), 441, testo e nt. 4.

¹⁴ PAGNI, *Il "sistema"* (nt. 6), 285.

¹⁵ PAGNI, voce (nt. 6), 871.

Per capire quando il debitore possa avvalersi delle misure protettive e quando, invece, ricorrere alle misure cautelari, sono necessarie alcune puntualizzazioni rispetto al contenuto di queste misure e alla disciplina cui soggiacciono.

Quanto al profilo oggettivo, va rammentato che, diversamente da ciò che accade nella composizione negoziata, in cui operano solo misure protettive dal contenuto predefinito (art. 18)¹⁶, nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza sono ammissibili anche misure protettive il cui *petitum* può essere stabilito dallo stesso debitore, come accade per le misure cautelari. Per questa ragione, si pone, tanto per il debitore che le chiede, quanto per il giudice chiamato a giudicarne la fondatezza, la questione della qualificazione della misura in termini di protezione atipica o cautelare¹⁷.

Il tema verrà trattato più avanti, ma merita sin d'ora anticipare come il problema di distinguere quando si tratti di chiedere (e allora concedere) una misura protettiva atipica in luogo di una cautelare assume portata nominalistica, poiché privo di ricadute pratiche. In entrambi i casi, si è in presenza di provvedimenti provvisori, con destinatari determinati (i creditori, nel caso delle protettive atipiche; anche soggetti terzi nel caso delle cautelari), assoggettati alla medesima disciplina. L'art. 55, co. 2, condiziona gli effetti di qualsiasi misura *ad hoc* (protettiva atipica o cautelare) alla previa instaurazione del contraddittorio con coloro nei cui confronti la misura è richiesta, secondo un *iter* procedimentale che ricalca quello previsto per la tutela cautelare nel processo civile (artt. 669-*bis* ss. c.p.c.) e al vaglio positivo di fondatezza da parte del giudice.

È proprio nel regime degli effetti che si nota la (vistosa) differenza rispetto alle misure cd. protettive dal contenuto stabilito dal legislatore (art. 54, co. 2, primo e secondo periodo). Queste ultime, infatti, prendono effetto da quando sono state domandate, investono la generalità dei creditori e richiedono un intervento giudiziale solo ai fini della conferma degli effetti, senza che sia necessaria la fissazione di una udienza con i destinatari (art. 55, co. 3).

Per questa ragione, se si volesse individuare, nel contesto degli strumenti, un criterio che, da un punto di vista applicativo, permetta di distinguere tra loro le varie forme di tutela cautelare a disposizione del debitore previste dall'art. 54, co. 1 e 2, si potrebbe concludere in questi termini: o la misura ha un contenuto stabilito dal legislatore, e allora gode di un'efficacia immediata, salva conferma successiva da parte del giudice (art. 55, co. 3, CCII); oppure il *petitum* della domanda è ritagliato dal debitore, in base al proprio bisogno di tutela (di protezione del patrimonio o di assicurazione provvisoria degli effetti dell'omologazione), e allora è il giudice, nel contraddittorio con i soggetti interessati (creditori o terzi), a dover stabilire se quell'istanza risulti fondata, secondo il procedimento previsto dall'art. 55, co. 2, CCII. Quale che sia la misura richiesta dal debitore (protettiva tipica, atipica o cautelare), la sua conferma o concessione richiedono pur sempre la verifica della sussistenza positiva dei presupposti di *fumus boni juris*

¹⁶ In questo caso, ogni esigenza ulteriore di preservare il patrimonio, al fine di promuovere e garantire il buon esito delle trattative può trovare risposta nelle misure cautelari, che il debitore può domandare sin dall'inizio del percorso o durante la sua pendenza se ricorrono *fumus* e *periculum in mora*. Ciò che accomuna le misure cautelari di cui all'art. 19 a quelle previste dall'art. 54, co. 1, è il fatto che la decorrenza dei loro effetti coincide con il provvedimento di accoglimento della domanda (come accade nel processo civile) a valle di un procedimento che in molta parte riprende i tratti di quello cautelare uniforme ex art. 669 *bis* ss. c.p.c., non a caso espressamente richiamato dall'art. 19, ultimo comma, CCII.

Un discorso a parte meritano invece le trattative che precedono l'accordo di ristrutturazione. Mentre esse pendono, il debitore può avvalersi solo delle misure protettive tipiche, di cui all'art. 54, co. 2, primo e secondo periodo, benché esse prendano effetto, come accade per le misure cautelari o per quelle protettive atipiche che operano negli strumenti, solo a seguito del provvedimento di concessione da parte del giudice (si v. gli artt. 54, co. 3, e 55, co. 2). Il CCII conferma, in questo modo, la soluzione già prevista dalla legge fall. per il cd. preaccordo di ristrutturazione. Tuttavia, poiché questo precede la proposizione della domanda ex art. 40 CCII, sicché il procedimento unitario non può ancora considerarsi pendente, l'esigenza del debitore di avvalersi di ulteriori misure di carattere provvisorio che siano funzionali al buon esito delle trattative per l'omologa di un accordo di ristrutturazione, non troverà presidio nell'art. 54, co. 1, CCII potendo al più essere soddisfatta attraverso una domanda cautelare formulata ai sensi dell'art. 700 c.p.c. PAGNI, voce (nt. 6), par. 2.

¹⁷ Una difficoltà, quella accennata nel testo, che si avverte nella recente ordinanza di rinvio pregiudiziale ex art. 363-*bis* c.p.c., del Trib. Brindisi, 4 dicembre 2024, in www.dirittodellacrisi.it, ma che si crede possa essere superata se, appunto, si riflette sulla nozione di strumentalità, che connota in ogni caso tutti gli strumenti di protezione e cautela che il CCII ha introdotto, e sulla sufficiente duttilità delle misure cautelari, ex art. 54 co. 1, il cui contenuto volutamente atipico, può sovrapporsi a quello proprio delle misure protettive atipiche, senza che questo comporti – in base ad una diversa qualificazione che il giudice dovesse dare all'istanza – l'inammissibilità della domanda formulata dal debitore. In arg., *si vis* BACCAGLINI, LEUZZI, (nt.6), par. 2.

e *periculum in mora*. Si tratta di presupposti che ovviamente vanno declinati in termini diversi da quanto accade nel processo civile, poiché la strumentalità di queste misure si parametrizza sul buon esito delle trattative o, più in generale, sull'attuazione effettiva della sentenza che omologa lo strumento¹⁸: il che giustifica l'esclusione espressa, nell'art. 54, co. 1, dell'applicazione degli artt. 669-*octies*, primo, secondo e terzo comma, e art. 669-*novies*, co. 1, c.p.c., analogamente a quanto previsto dall'art. 19, per la composizione negoziata della crisi, dove una chiusura con un provvedimento di merito per definizione non c'è.

3. Le misure protettive cd. tipiche: il loro contenuto e i loro effetti immediati

All'art. 2 lett. p), il CCII definisce le misure protettive come quelle “misure temporanee, richieste dal debitore, per evitare che determinate azioni o condotte dei creditori possano pregiudicare fin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, anche prima dell'accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza”.

Le novità che si registrano sul piano definitorio, rispetto all'impianto della protezione del patrimonio proprio della legge fallimentare, sono più d'una. V'è anzitutto il fatto che le misure protettive possono domandarsi anche prima di accedere ad uno strumento: non solo in fase di preaccordo di ristrutturazione (eventualità contemplata anche in passato), ma anche in pendenza di composizione negoziata. V'è, inoltre, l'esplicito riferimento alla richiesta di parte. Lo disponeva già chiaramente l'art. 54, co. 2, nella versione uscita dal d.lgs. n. 14/2019 (e rimasta la stessa nel CCII entrato in vigore)¹⁹; lo ha chiarito, nella definizione, l'art. 2, come modificato dal d.lgs. n. 83/2022 che ha eliminato l'inciso “disposte dal giudice”, ad evitare qualsiasi equivoco.

Quanto ai contenuti che le misure protettive possono assumere, conviene partire dall'analisi dell'art. 54, co. 2, che si occupa di quelle che la prassi ha imparato a chiamare misure protettive tipiche, ad indicare il fatto che il loro oggetto è stabilito *a priori* dal legislatore.

Tra queste, rientra anzitutto il divieto di azioni esecutive e cautelari.

Il CCII, in parte riprendendo il contenuto dell'art. 168 l. fall., stabilisce che dalla data di pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi, i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e sui beni e sui diritti attraverso i quali è esercitata l'attività di impresa.

La misura corrisponde *grosso modo* a quello che, nella vigenza della legge fallimentare, si era soliti definire *automatic stay* , ma con qualche differenza di non poco rilievo, che concerne l'ambito applicativo.

La prima riguarda il perimetro oggettivo dell'ombrello protettivo, che oggi espressamente comprende tutti quei procedimenti esecutivi e cautelari che hanno per oggetto non solo beni che appartengono al debitore ma anche beni e diritti tramite i quali è esercitata l'attività di impresa. Viene avallata quell'ampia interpretazione del concetto di patrimonio, che una parte della giurisprudenza di merito aveva fatto propria già nel regime previgente: vi rientrano non solo i beni di proprietà dell'imprenditore, ma tutte le situazioni giuridiche attive e passive facenti capo a quel soggetto, comprese le aspettative e i diritti di obbligazione²⁰.

¹⁸ BACCAGLINI, CALCAGNO, (nt. 6), 76.

¹⁹ PAGNI, (nt. 1), 443.

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

Per una sintesi delle diverse posizioni assunte dagli A. quanto all'interpretazione del concetto di patrimonio *ex art. 168 l. fall.*, MONTANARI, *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, 438 ss.; SPADARO, *La protezione del patrimonio del debitore in concordato preventivo, tra interpretazione estensiva dell'art. 168 l. fall. e nuove misure protettive e cautelari previste dal codice della crisi*, in *Fallimento*, 2017, 521. V. anche DEL MAJNO, *Le misure protettive del patrimonio del debitore in concordato preventivo: verso il CCII*, *ivi*, 2020, 1056 ss.

La scelta compiuta dal legislatore, di ampliare la nozione del patrimonio oggetto del divieto di azioni esecutive e cautelari, si spiega in ragione della necessità di conservare, per quanto possibile, il valore dell'azienda onde perseguire il risanamento dell'impresa. Sono, perciò, oggetto di divieto anche quelle azioni esecutive intraprese da terzi proprietari, volte a ottenere la restituzione di beni sui quali l'imprenditore vanta un diritto personale di godimento²¹.

Per contro, devono considerarsi sottratti al divieto di azioni esecutive e cautelari i beni dei soci illimitatamente responsabili dell'impresa che ha depositato domanda di accesso allo strumento di regolazione della crisi, o il patrimonio dei suoi garanti. Per quanto sia ampia la nozione di patrimonio che si ritrova negli artt. 18 e 54 CCII, fatico a pensare che quello dei soci e dei garanti sia considerabile, di per sé solo, un insieme di "beni strumentali all'esercizio dell'attività di impresa"²². Ne deriva l'impossibilità di ricomprendere l'inibitoria del potere esecutivo e cautelare dei creditori verso i garanti, all'interno della misura protettiva tipica: l'esigenza di impedire l'escussione del loro patrimonio (che priverebbe di significato le trattative in corso) potrà garantirsi al più tramite una misura protettiva atipica, rivolta a quello specifico creditore, volta a precludere qualsiasi iniziativa sul patrimonio del terzo interessato, ma allora soggetta ad un vaglio preventivo di fondatezza da parte del giudice, prima di produrre effetto²³.

Quanto all'ambito soggettivo dello *stay* esecutivo, va sottolineato che, in pendenza di una composizione negoziata, l'assenza della concorsualità e la libertà del debitore di scegliere i creditori da coinvolgere nelle trattative, ha come corollario la facoltà del debitore di selezionare i destinatari delle misure di protezione. Lo stabilisce l'art. 18, co. 1, il cui tenore letterale è stato riformulato ancora più esplicitamente in questo senso dal d.lgs. n. 136/2024. Si tratta di una possibilità che, al contrario, è preclusa al debitore nel contesto degli strumenti, dove la concorsualità conferisce alla protezione tipica una portata, per definizione, *erga omnes*: è, questo, un aspetto essenziale per tracciare l'ambito applicativo delle cd. misure protettive atipiche di cui all'art. 54, co. 2, terzo periodo (v. *infra*).

²¹ Contrario a questa conclusione RUSSELLILLO, *Misure protettive negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza alternativi alla liquidazione giudiziale e procedure esecutive individuali*, in www.dirittodellacrisi.it, 16, secondo il quale "una siffatta limitazione del diritto di azione, benché temporanea, finirebbe con il sacrificare eccessivamente l'interesse del creditore, costringendolo all'esecuzione di nuove prestazioni in assenza di un adeguato indennizzo". Nel senso indicato nel testo, invece, Trib. Milano, 10 maggio 2023, in www.dirittodellacrisi.it, il quale, benché nel contesto di una composizione negoziata, ha giustamente valorizzato la temporaneità della misura, la necessità di trovare un accordo con il proprietario del bene (considerato un creditore strategico) al fine di verificare se, mediante l'apporto di finanza esterna, fosse possibile sanare la morosità del debitore e immaginare la conclusione di un nuovo contratto con il potenziale cessionario d'azienda; analogamente, Trib. Roma, 21 dicembre 2022, in www.ilcaso.it; Trib. Asti, 3 marzo 2022, *ivi*; Trib. Messina, 12 luglio 2024 (desumibile dalla narrativa), in bdp.giustizia.it; Trib. Milano, 11 settembre 2024 (sempre implicitamente), *ivi*; Trib. Bari, 30 maggio 2024, *ivi*; Trib. Ferrara, 13 giugno 2024, *ivi*; Trib. Monza, 24 dicembre 2024, *ivi*.

²² Quanto meno quando non si tratti di beni conferiti in godimento alla società. *Contra*, Trib. Torino, 22 dicembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Sondrio, 10 luglio 2024, in bdp.giustizia.it; Trib. Palermo, 8 maggio 2023, *ivi*, con la motivazione per cui se fosse dato, in ipotesi, di proteggere il patrimonio dei soci con misura protettiva con efficacia generalizzata ne risulterebbero colpiti i creditori particolari dei soci che non fossero, a loro volta, anche creditori sociali. Nel senso indicato nel testo, già nella vigenza della legge fall., MONTANARI, (nt. 18), 442; SPAGNUOLO, Sub art. 168, in (a cura di) NIGRO, SANDULLI, SANTORO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Torino, 2014, 179. Dubitativo, sul punto, FABIANI, (nt. 2), 433, secondo cui, se il patrimonio dei soci illimitatamente responsabili non rientrasse sotto l'ombrello protettivo, il beneficio dell'esdebitazione proprio del concordato, che la legge estende anche a loro, dipenderebbe concretamente dalla circostanza casuale che "un'azione esecutiva duri tanto o duri poco". Un'obiezione, questa, superabile, posto che la somma eventualmente già riscossa dai creditori potrebbe essere ripetuta dal socio, una volta chiuso il concordato, con azione *ex art.* 2033 c.c. (MONTANARI, *ult. op. cit.*).

²³ Si v. le sentenze citate *infra*, alla nt. 37. Nella composizione negoziata, dove non sono contemplate misure protettive atipiche, questo obiettivo può raggiungersi tramite la richiesta di una misura cautelare: così, Trib. Prato, 22 gennaio 2024, bdp.giustizia.it, secondo cui in ogni caso la misura non può avere come destinatari i creditori particolari dei soci, che non siano a loro volta anche creditori sociali; Trib. Gorizia 19 marzo 2024, in www.dirittodellacrisi.it (in dispositivo). Sulla tipicità delle misure protettive nella composizione negoziata, cfr. se si vuole, BACCAGLINI, *Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 635 ss.

Ad ogni modo, al di là del diverso appellativo, giova rimarcare che, sia nella composizione negoziata, sia negli strumenti di regolazione della crisi, la decorrenza delle misure volte a precludere ai creditori l'escussione del patrimonio dei terzi non è immediata (come accade, invece, per le inibitorie previste dall'art. 18 e dall'art. 54, co. 2, primo periodo) ma coincide con l'accoglimento dell'istanza, che presuppone un previo contraddittorio il contraddittorio con i soggetti destinatari (art. 55, co. 2, CCII e art. 19, CCII) e un positivo riscontro da parte del giudice del *fumus* e del *periculum in mora* della domanda proposta.

Sempre rispetto all'ambito soggettivo del divieto di azioni esecutive e cautelari, va infine osservato che, mentre in passato lo *stay* colpiva solo i creditori aventi titolo o causa anteriore alla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, oggi il generico riferimento ai "creditori" contenuto nell'art. 54, co. 2, primo periodo, CCII sembra estendere la misura protettiva anche ai creditori prededucibili. Poiché l'art. 98 CCII prevede che costoro debbano essere pagati alla scadenza prevista per legge o per contratto, se ne deduce, a mio avviso, che, in caso di inadempimento del debitore, essi potranno soltanto opporsi all'omologazione dello strumento o domandare l'apertura della liquidazione giudiziale²⁴.

Quanto alle conseguenze che il divieto di azioni esecutive e cautelari comporta sui procedimenti esecutivi pendenti, non v'è ragione per discostarsi dalla soluzione cui la giurisprudenza era giunta già nella vigenza della legge fall.²⁵: su istanza di parte, il giudice dell'esecuzione dichiarerà l'improcedibilità temporanea dell'esecuzione, con provvedimento emesso ai sensi dell'art. 623 c.p.c., senza alcun margine di discrezionalità²⁶.

Nell'art. 54, co. 2, secondo periodo, CCII, compare anche la sospensione delle prescrizioni e l'impedimento delle decadenze, con decorrenza dalla pubblicazione della domanda di accesso allo strumento nel registro delle imprese²⁷. Si tratta di una misura protettiva di rimessa, destinata ad operare per effetto del divieto di azioni esecutive e cautelari e con la stessa durata di quest'ultimo: fintanto che ai creditori non è dato di interrompere prescrizioni o evitare decadenze agendo *in executivis*, è logico non penalizzarli, disponendo allora il dispiegamento di tali effetti *ope legis*²⁸.

Queste – e solo queste – sono le misure protettive tipiche; quelle, lo si vedrà, rispetto alle quali si pone il problema del rispetto del termine annuale di durata, di cui all'art. 8 CCII.

La caratteristica che le connota è il regime della semi-automaticità: una volta domandate (con istanza che, di regola, si accompagna a quella di accesso allo strumento²⁹) le misure protettive tipiche hanno effetto immediato, a far data dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, salvo successiva conferma da parte del giudice. Quest'ultimo, con decreto emesso senza il contraddittorio con i creditori, è chiamato a verificarne la fondatezza in termini di *fumus* e *periculum* (art. 55, co. 2), stabilendone anche la durata, fino ad un massimo di quattro mesi, prorogabili fino ad esaurimento della durata massima annuale. La prima giurisprudenza di merito si è assestata nell'assegnare sempre una durata iniziale di quattro mesi; talvolta potrebbe risultare opportuno fissare un termine inferiore (specie nei casi di misure protettive che si accompagnano ad una domanda di accesso con riserva, per le quali oltretutto il vaglio del giudice non può estendersi al piano e alla proposta, che per definizione mancano)³⁰.

²⁴ BACCAGLINI, CALCAGNO, (nt. 6), 73; in senso contrario, però RUSSOLILLO, (nt. 21), 20.

²⁵ In arg. per tutti, FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Dir. fall.*, 2013, 62 ss. spec. 76 ss.; Cass., 22 dicembre 2015, n. 25802, secondo la quale la procedura esecutiva entra in una fase di quiescenza, conservandosi perciò gli effetti del pignoramento.

²⁶ In questo senso hanno concluso tra i primi, Trib. Roma, 29 luglio 2020 e 24 luglio 2020, in www.ilcaso.it; a questa conclusione, in ogni caso, era già giunta la giurisprudenza per i casi in cui lo *stay* esecutivo fosse effetto della protezione operante nell'ambito della composizione negoziata della crisi. Cfr. anche per richiami, RUSSOLILLO, (nt. 21), 3 ss., ma già CRIVELLI, *Le "misure protettive e cautelari" nel procedimento unitario del codice della crisi*, in www.Giustizjainsieme.it, 2019.

²⁷ E ciò, quale contromisura a favore dei creditori colpiti dalle misure protettive, a prescindere dall'esercizio del loro diritto in via stragiudiziale o attraverso un'azione di cognizione arg. ex art. 2943 c.c.

²⁸ Trib. Mantova, 3 gennaio 2023, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Lecco, 1° marzo 2023, *ivi*; Trib. Busto Arsizio, 3 maggio 2023, *ivi*; Trib. Bari, 15 marzo 2023, *ivi*.

²⁹ Nulla vieta che essa sia proposta in un momento successivo, come espressamente chiarito dall'art. 54, co. 2, terzo periodo, nel testo modificato dal d.lgs. n. 136/2024. V. già prima, Trib. Mantova, 16 maggio 2023, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Bologna, 7 novembre 2023, *ivi*; Trib. Sondrio, 22 novembre 2023, in www.ilcaso.it; il che vale anche per l'istanza di proroga delle misure protettive che non necessariamente va richiesta allo spirare del termine previsto in sede di conferma: Trib. Treviso, 15 giugno 2023, in www.dirittodellacrisi.it, dovendosi peraltro in questo caso considerare come istanza di rinnovo, come tale soggetta ad autonoma pubblicazione nel registro delle imprese.

³⁰ A differenza di quanto accade nella composizione negoziata (art. 19), la conferma delle misure protettive non esige la preventiva instaurazione del contraddittorio con i creditori, tutti destinatari dello *stay* esecutivo e cautelare (Trib. Firenze, 12 aprile 2023, [ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Milano, 4 aprile 2023; Trib. Pisa, 8 febbraio 2023; Trib. Roma, 18 gennaio 2023; Trib. Roma, 21 luglio 2022; Trib. Vicenza, 18 agosto 2023, in *Riv. es. for.*, 2023, 1029, rispetto ad una domanda di misure protettive tipiche avanzata con istanza di accesso ad un concordato semplificato). Orienta in questo senso il fatto che il provvedimento del giudice assume la forma del decreto e che non sia prevista alcuna forma di comunicazione del procedimento pendente; il contraddittorio può comunque considerarsi garantito a valle della pronuncia del provvedimento, essendo possibile proporre contro di esso reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c.

L'art. 54, co. 2, secondo periodo, contempla anche il divieto di pronunciare la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, o di accertamento dello stato di insolvenza³¹. Si tratta, a ben vedere, di una misura destinata ad operare *ex lege*, anche quando il debitore, nel proporre domanda di accesso ad uno strumento, abbia scelto di non avvalersi di misure protettive. È un divieto che è evidentemente espressione del principio della trattazione prioritaria dello strumento di regolazione della crisi (art. 7, co. 2)³².

L'art. 54, co. 2, non fa cenno all'inopponibilità delle ipoteche iscritte nei novanta giorni precedenti al deposito della domanda, né si richiama al divieto per i creditori di acquisire cause di prelazione con efficacia rispetto agli altri, salvo autorizzazione del giudice, come accadeva nell'art. 168 l. fall.: quegli effetti, che un tempo completavano il catalogo della protezione del patrimonio nel concordato preventivo, continuano a prodursi anche oggi quali conseguenze immediate della proposizione della domanda di accesso allo strumento³³. Ciò vale, per la precisione, per il divieto dei creditori di acquisire diritti di prelazione e per l'inopponibilità delle ipoteche iscritte nei novanta giorni antecedenti la domanda, quando il debitore abbia chiesto l'apertura del concordato (art. 46) ovvero proposto una domanda con riserva, ai sensi dell'art. 44-*bis*, senza il deposito di un progetto di piano di risanamento. Il debitore che, invece, abbia optato per un accordo di ristrutturazione, potrà contare solo sul divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione, a decorrere dal deposito della domanda *ex art.* 40 CCII, ovvero di quella di concessione delle misure protettive, nel caso di preaccordo (artt. 64 e 54, co. 3, CCII). L'impossibilità, in questi casi, di poter avvalersi sull'inopponibilità delle ipoteche iscritte nei novanta giorni precedenti la domanda, si spiega perché si è al cospetto di strumenti nei quali il debitore non è tenuto a rispettare la *par condicio creditorum*.

Anche la sospensione dell'obbligo "ricapitalizza o liquida", che ha una funzione *lato sensu* di protezione del patrimonio (nella misura in cui mira ad evitarne una diminuzione), è effetto destinato ad operare sin dal momento della proposizione della domanda di accesso allo strumento, senza la necessità di una apposita istanza: lo prevedono gli artt. 64, 64-*bis*, 89 e, oggi, anche l'art. 44, co. 1-*bis*, nel testo modificato dal d.lgs. n. 136/2024, in caso di domanda di accesso con riserva³⁴.

4. Le misure protettive atipiche

Una novità che il CCII porta con sé, nell'ambito dei soli strumenti di regolazione della crisi, è la facoltà del debitore di avvalersi, oltre che di misure protettive dal contenuto definito dalla legge, anche di misure protettive atipiche.

³¹ Ad una conclusione in parte diversa, deve invece pervenirsi con riguardo alla composizione negoziata della crisi. Pure nell'art. 18 CCII è previsto il divieto di pronunciare l'apertura della liquidazione giudiziale, che qui però opera solo se l'imprenditore abbia dichiarato di volersi avvalere della protezione del patrimonio; il che si spiega per il fatto che il percorso di composizione negoziata non costituisce uno strumento di regolazione della crisi, sì che non opera il principio della trattazione prioritaria *ex art.* 7 CCII. Il procedimento *ex art.* 41 CCII, quand'anche già pendente all'atto di pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese, dovrà essere sospeso in attesa della conferma delle misure protettive, potendo riprendere solo se le stesse non fossero confermate *ex art.* 19 CCII, con conseguente archiviazione della composizione negoziata. In arg. RANA, *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari*, in *Fallimento*, 2022, p. 153 ss.; Trib. Lecce, 23 maggio 2022, in www.ilcaso.it.

L'eventuale interferenza tra le misure protettive, operanti in sede di composizione negoziata, e quelle cautelari, concesse in sede di procedimento prodromico, è disciplinata espressamente dal legislatore (artt. 54, co. 1, e 19, co. 4) a dimostrazione del fatto che l'ingresso in composizione negoziata non preclude la (così come non è precluso dalla) proposizione della domanda di liquidazione giudiziale.

La prevalenza della prima rispetto alla possibilità di aprire la seconda è data dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese: è da quel momento che le misure protettive producono effetto ed è parimenti da quel momento che la composizione negoziata può considerarsi pendente, con conseguente paralisi temporanea del giudizio di apertura di liquidazione giudiziale, ovviamente promosso da un soggetto diverso dal debitore (arg. *ex art.* 25-*quinquies*).

³² Non rappresenta, pertanto, un'autentica novità del CCII, potendosi ricavare già dall'art. 161, ult. co., l. fall. Sul fatto che non si tratti di una misura protettiva *tout court*, e che pertanto possa operare anche in assenza di un'esplicita domanda di parte in tal senso, Trib. Arezzo, 9 dicembre 2024, in www.dirittoellacrisi.it.

³³ Benché siano assoggettati in parte allo statuto delle misure protettive (art. 55, comma 7). FABIANI, *Sistema* (nt. 6), 141.

³⁴ La sospensione dell'obbligo "ricapitalizza o liquida" consegue, invece, *ex lege* alla richiesta di misure protettive nel caso del cd. preaccordo di ristrutturazione (artt. 54, co. 3, e 64) o fa fatta oggetto di specifica misura protettiva nella composizione negoziata, senza peraltro che sia necessaria una conferma da parte del giudice (art. 20).

L'art. 54, co. 2, terzo periodo, nel testo emendato dal d.lgs. n. 136/2024, così dispone: “il debitore, dopo il deposito della proposta, del piano o degli accordi, unitamente alla documentazione prevista dall'art. 39, co. 3, CCII può richiedere al tribunale, con successiva istanza, misure, anche diverse da quelle di cui al primo periodo, per evitare che determinate azioni o condotte di uno o più creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione delle crisi o dell'insolvenza”.

Le modifiche introdotte dal decreto correttivo del 2024 (che ha subordinato la richiesta di una misura protettiva atipica al deposito di una domanda di strumento “piena”, e ha precisato che il contenuto dell'inibitoria possa riguardare “azioni o condotte” dei creditori) non incidono sulla funzione assegnata a queste misure, né sul regime di efficacia che da sempre le connota: esse – lo si è già detto – prendono effetto, al pari delle cautelari di cui all'art. 54, co. 1, CCII, solo se la domanda proposta dal debitore sia accolta dal giudice, a valle del procedimento indicato dall'art. 55, co. 2, CCII.

Ciò che distingue le misure protettive atipiche, di cui all'art. 54, co. 2, terzo periodo, dalle cautelari, sono i destinatari, che, per le prime, coincidono con i soli creditori.

A questo proposito, proprio tale circostanza, unita al fatto che il testo originario della norma faceva riferimento alle “azioni” dei creditori, quale iniziativa da inibire, ha indotto una parte della giurisprudenza a ritenere che le misure indicate dall'art. 54, co. 2, terzo periodo, siano funzionali, essenzialmente, ad ampliare la portata soggettiva dello *stay* esecutivo e cautelare, nel senso di estenderlo a quei creditori che non fossero stati in origine colpiti dalla misura protettiva, e che, nel frattempo, avessero agito esecutivamente³⁵. È però il presupposto dal quale questa tesi muove che non si condivide, perché, nella composizione negoziata, è l'assenza della concorsualità (che caratterizza il solo percorso istituzionalizzato delle trattative che precedono l'accesso ad uno strumento) a legittimare quella selettività soggettiva dello *stay*³⁶.

Piuttosto, poiché, negli strumenti, il divieto di azioni esecutive e cautelari già opera nei confronti di tutti i creditori, le misure protettive atipiche potrebbero servire allora ad impedire che le loro iniziative prendano di mira il patrimonio dei garanti, cosa che di per sé, come detto, non è compresa in quel divieto³⁷.

È, appunto, sul piano oggettivo che si apprezza in massimo grado la funzione delle misure in discorso. Si è accennato al fatto che il d. lgs. n. 136/2024 è intervenuto per meglio chiarire cosa sia possibile inibire ai creditori, precisando che può trattarsi di azioni o condotte. Oggetto dell'inibitoria può perciò essere qualsiasi iniziativa del creditore, soprattutto di natura stragiudiziale, suscettibile di minare la buona riuscita delle trattative e, di conseguenza, l'attuazione dell'accordo o del piano, dopo l'omologa. Stando a questa lettura (che chi scrive aveva avallato all'indomani dell'entrata in vigore del CCII), le misure protettive atipiche servirebbero a completare la protezione del patrimonio offerta dalle misure protettive tipiche, impedendo ai creditori l'esercizio di quei poteri, di per sé non inibiti dall'operare di queste ultime³⁸.

³⁵ Trib. Milano, 30 marzo 2023, in *Fallimento*, 2024, 273 ss., con commento di PAGNI, *Il “sistema”* (nt. 6); nel senso di quel precedente di merito, già RUSSOLILLO, (nt. 21), 9-13.

³⁶ PAGNI, *Il “sistema”* (nt. 6), spec. 280 ss; BACCAGLINI, CALCAGNO, (nt. 6), cit., 72.

³⁷ In questo senso, PAGNI, *Il “sistema”* (nt. 6), 285; in senso analogo, in giurisprudenza, hanno negato che il divieto di azioni esecutive e cautelari si estende, *ipso jure*, anche al patrimonio dei garanti, Trib. Avellino 5 dicembre 2022, in *bdp.giustizia.it*; Trib. Torino, 5 dicembre 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*, poi però riformata in sede di reclamo; Trib. Napoli, Nord 24 gennaio 2024, *ivi*; Trib. Roma, 3 luglio 2024, in *www.ilcaso.it*; v. anche Trib. Venezia, 6 febbraio 2023, *ivi*, che riqualifica come domanda cautelare l'istanza della società debitrice di conferma delle misure protettive nei confronti dei garanti e dei soci illimitatamente responsabili, disponendo la decorrenza degli effetti a far data dal deposito dell'ordinanza; analogamente qualificano il provvedimento come cautelare Trib. Treviso, 7 novembre 2024, in *bdp.giustizia.it*; Per un'opposta conclusione, incline a comprendere nelle misure *ex art. 18* anche l'inibitoria nei confronti dei garanti, Trib. Verona 11 aprile 2024, in *www.dirittodellacrisi.it*, peraltro senza motivazione.

³⁸ BACCAGLINI, CALCAGNO, (nt. 6), cit., 73.

La protezione atipica può allora servire ad impedire ai creditori l'esercizio del loro potere di autotutela negoziale tutte le volte che (come nel concordato liquidatorio o semplificato³⁹) quel potere non sia inibito in virtù della sola proposizione della domanda di accesso allo strumento⁴⁰.

Inoltre, poiché la legittimazione processuale del debitore nelle azioni di cognizione non viene meno per effetto dell'accesso ad uno strumento di regolazione della crisi, una misura protettiva *ad hoc* potrebbe invocarsi per ottenere la sospensione di un giudizio di risoluzione del contratto, pendente alla data di apertura di uno strumento, quando si tratti di impedire gli effetti irreversibili di quella sentenza costitutiva, se il contratto che controparte vorrebbe risolvere risulti essenziale al fine di dare attuazione al piano⁴¹. In definitiva, l'atipicità di questa misura permette al debitore di salvaguardare il proprio patrimonio da qualsiasi aggressione dei creditori potenzialmente esiziale per una fattiva regolazione della crisi, e che non possa venir respinta in altro modo.

5. Le misure cautelari

Il quadro degli istituti che il debitore ha a disposizione per la buona riuscita delle iniziative assunte per la regolazione della crisi, si completa con le misure cautelari di cui all'art. 54, co. 1: una novità, nell'ambito degli strumenti, introdotta dal CCII.

L'atipicità che connota le misure cautelari e il fatto che esse possano dirigersi nei confronti di soggetti, che non sono necessariamente i creditori, le rende in parte sovrapponibili alle misure protettive dal contenuto atipico. Ciò, peraltro, non comporta un problema di esatta definizione dei confini tra le une e le altre. L'identità di regime che le accomuna è tale da consentire al giudice, senza violare il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, di qualificare un'istanza formulata dal debitore nei termini di domanda protettiva atipica, nei termini di richiesta cautelare⁴². Ai fini dell'accoglimento, in entrambi i casi, conta solo la dimostrazione della fondatezza dell'istanza e del pregiudizio che la misura intende evitare. Una 'differenza' che merita di essere qui ribadita è che, rispetto alle misure cautelari la legittimazione spetta oltre che al debitore (se ha fatto accesso ad uno strumento) anche ai creditori, ai sindaci ovvero il P.M., quando abbiano chiesto l'apertura di una liquidazione giudiziale.

A ciò si aggiunga il fatto che la strumentalità descritta dall'art. 54, co. 1 (già presente nella definizione dell'art. 2 lett. g) trascende la buona riuscita delle trattative: la misura cautelare è funzionale ad assicurare provvisoriamente gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e delle procedure di insolvenza e l'attuazione delle relative decisioni.

³⁹ Un'applicazione della misura protettiva atipica, ricostruita in questi termini, v'è stata da parte del Trib. Bergamo, 12 gennaio 2023, in www.dirittodellacrisi.it, che in sede di concordato semplificato – dunque in presenza di una domanda di accesso ad uno strumento non diretto alla continuità aziendale – ha accolto la richiesta del debitore, formulata ai sensi dell'art. 54, co. 2, terzo periodo, inibendo ad un gestore dell'energia elettrica (parte di un contratto essenziale) di risolvere il contratto per il solo fatto del mancato pagamento dei crediti anteriori alla proposizione della domanda ex art. 25-*sexies*.

⁴⁰ Ciò che accade soltanto quando è proposta domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi diretto a preservare la continuità aziendale (un concordato in continuità, un accordo di ristrutturazione o un piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione): in tal caso è previsto che tutti i creditori parti di rapporti pendenti non possano unilateralmente rifiutare l'adempimento o provocare la risoluzione del contratto, o anticiparne la scadenza o modificarli in danno del debitore (art. 94-*bis*, co. 1, CCII). Se poi si tratti di creditori che siano parti di un contratto cd. essenziale, l'inibitoria di quei poteri di autotutela negoziale opera anche quando essi non siano stati pagati prima della proposizione della domanda di accesso al concordato preventivo (art. 94-*bis*, co. 2, CCII). Il debitore che abbia fatto accesso al concordato in continuità dovrà però ricorrere alle misure protettive atipiche se intenda precludere ai creditori, parti di contratti *non essenziali*, di avvalersi delle clausole *ipso facto*, in caso di inadempimento progressivo.

⁴¹ Trib. Milano, 30 marzo 2023, cit.; implicitamente, Trib. Forlì, 12 dicembre 2023 e Trib. Milano, 13 aprile 2023, ambedue in bdp.giustizia.it; ritiene l'inibitoria della risoluzione giudiziale dei contratti inclusa nel divieto per i creditori colpiti da misure di "provocare la risoluzione" (intesa, perciò, non solo come autotutela negoziale, bensì anche come eterotutela), Trib. Napoli, 28 giugno 2024, *ivi*.

Quando, diversamente, il processo di cognizione tenda a una pronuncia meramente condannatoria, la giurisprudenza sembra orientata nel senso che la sua sospensione in via misura atipica comporti un eccessivo ed inutile sacrificio per il creditore: Trib. Modena, 5 febbraio 2024, *ivi* (convalida di sfratto da alcuni capannoni); Trib. Oristano, 26 luglio 2024, *ivi*.

⁴² PAGNI, voce (nt. 6), par. 4.

La formulazione, volutamente ampia e generica dell'art. 54, co. 1, CCII si spiega con l'intento del legislatore di garantire (se fondato) qualsiasi bisogno di tutela provvisoria del debitore, nel rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale, riconosciuto dalla stessa Costituzione⁴³.

L'unico presupposto comune - che è al tempo stesso limite di ammissibilità tanto della protezione atipica quanto della misure - è costituito dalla pendenza del procedimento unitario⁴⁴.

Il carattere (per legge) innominato dei provvedimenti cautelari rende difficile elencare tutti i possibili contenuti che queste misure possono assumere.

È comunque possibile stabilire, a rovescio, quale non possa essere il contenuto che questa misura provvisoria può assumere.

I limiti di cui essa soffre sono quelli che conosce qualsiasi provvedimento *ex art.* 700 c.p.c. quando concesso in sede di contenzioso civile. Anche nel sistema concorsuale, la misura cautelare non può produrre effetti (come quelli propriamente di accertamento o costitutivi) che competono solo ad una decisione di merito, né, a maggior ragione, può realizzare effetti che nemmeno attraverso un giudizio di merito sarebbe possibile perseguire. Ha ragionato in questi termini il legislatore, là dove, all'art. 54 co. 1, ha considerato ammissibile ottenere in via cautelare la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che è cosa diversa dalla sostituzione in via provvisoria dell'organo di governo di un'impresa (come accade al ricorrere dei presupposti stabiliti dall'art. 2409 c.c.): la nomina giudiziale di un amministratore della società darebbe luogo ad un effetto che nemmeno la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale comporta⁴⁵.

In pendenza di strumento di regolazione della crisi, vi sono stati casi nei quali il debitore ha richiesto al tribunale concorsuale, in via d'urgenza, la condanna degli enti previdenziali al rilascio del DURC. Benché sul punto sussista ancora contrasto⁴⁶, la giurisprudenza specie più recente ha mostrato un atteggiamento di tendenziale apertura, concedendo la misura *ex art.* 54, co. 1⁴⁷: si è saputo valorizzare un aspetto (quello della strumentalità delle misure cautelari) che nell'ambito della crisi di impresa appare declinato in termini diversi da quanto accade nel contenzioso civile. Nell'ambito della crisi, ciò che la misura cautelare tende ad assicurare non sono tanto gli effetti che possono conseguire alla sentenza di omologa dello strumento o della apertura della liquidazione giudiziale, quanto piuttosto (per riprendere il dettato della norma) la

⁴³ PAGNI, voce (nt. 6), par. 2.

⁴⁴ Cui si aggiunge il limite immanente a qualsiasi provvedimento cautelare, ovvero l'impossibilità di anticipare effetti che solo la decisione di merito potrebbe provocare. Sul punto, se si v. cfr. BACCAGLINI, RATTI, *Concordato preventivo e strumentalità delle misure cautelari alla prova del DURC*, in *Fallimento*, 2023, 65 ss., spec. 70-71.

⁴⁵ PAGNI, voce (nt. 6), par. 4; ROSSETTI, *Le misure protettive e cautelari nella liquidazione giudiziale*, in questa *Rivista*, 2024, 715. Cfr. FABIANI, *Le misure* (nt. 6), 849 ss. - ma già ID., (nt. 4), 951-952 - il quale pur ritenendo possibile che il tribunale, se richiesto dalle parti, nomini un amministratore giudiziario, precisa che non si tratterebbe di un soggetto dotato dei poteri conferiti all'amministratore nominati ai sensi dell'art. 2409 c.c. Scrive l'A. "La misura andrebbe calibrata sulla mera gestione dell'attività - visto che l'impresa "è" attività - da assegnare all'amministratore nominato dal tribunale nel contesto di un ventaglio di poteri che possono limitarsi alla ordinaria amministrazione, ma anche estendersi alla straordinaria amministrazione (eventualmente con la cautela di un intervento autorizzativo integrativo del giudice) se questa ha ad oggetto l'impresa e non l'organizzazione della società". Per un'applicazione di questa ultima lettura, si v. Trib. Ancona, 25 luglio 2024, in www.dirittodellacrisi.it.

⁴⁶ Ad es., Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 10 ottobre 2022, in *Fallimento*, 2023, 65 ss., con nota critica di BACCAGLINI, RATTI, (nt. 43); Trib. Roma, 6 maggio 2024, in bdp.giustizia.it; Trib. Napoli, 20 giugno 2024, *ivi*; Trib. Prato, 10 giugno 2024, *ivi*; Trib. Foggia, 19 febbraio 2024, *ivi*; Trib. Oristano, 25 luglio 2024, cit. (*in obiter*); Trib. Firenze, 31 agosto 2023, *ivi*; Trib. Catania, 25 luglio 2022, *ivi*: in tutte queste pronunce è addotto l'argomento, nella sua perentorietà non condivisibile, per cui la misura cautelare non potrebbe mai imporre un *facere* a un terzo; al riguardo, osserva PAGNI, *Il "sistema"* (nt. 6), 286, che l'inibitoria possa ben prescrivere una condotta attiva, purché ciò possa giustificarsi alla luce di prescrizioni di diritto sostanziale, quali, in particolare, l'art. 4 CCII concernente il dovere di buona fede e correttezza gravante su tutti i soggetti coinvolti nel tentativo di risoluzione della crisi; la valorizzazione di tale precetto passa, infatti, anche per il riconoscimento di una tutela specifica (nella specie, cautelare) volta a vincere l'ostruzionismo immotivato di taluni di questi soggetti.

⁴⁷ Trib. Napoli, 10 settembre 2024, in www.ilcaso.it, in pendenza di una domanda di omologa di accordo di ristrutturazione; Trib. Monza, 5 ottobre 2023, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Lucca, 17 maggio 2023, *ivi*; Trib. Cosenza, 23 marzo 2023, *ivi*; Trib. La Spezia, 4 maggio 2023, in bdp.giustizia.it; Trib. Lecce, 25 luglio 2024, *ivi* (senza peraltro motivare nello specifico); già *in obiter*, Trib. Trani, 20 luglio 2022, *ivi*, ove si valorizza la complementarità della tutela cautelare rispetto a quella protettiva tipica.

provvisoria attuazione della sentenza di omologa. In altri termini, la norma mira a garantire un'effettiva esecuzione del piano, una volta ottenuta l'omologa⁴⁸.

In questo senso, mi sembra possibile ricorrere alle misure cautelari, per inibire ad alcuni creditori l'esercizio delle azioni esecutive e cautelari, quando la durata delle misure protettive tipiche (che assicurano questo effetto *erga omnes*) si sia esaurita.

Come sopra accennato, la previsione di una durata massima delle misure protettive costituisce un'importante novità, con la quale il Codice persegue un obiettivo ben scolpito dalla l. delega n. 155/2017, e che questa, a sua volta, fa proprio in attuazione della dir. UE n. 1023/2019⁴⁹.

L'art. 8 CCII stabilisce che la durata complessiva delle misure protettive non può essere superiore ai dodici mesi, anche non consecutivi, comprensivi di proroghe o rinnovi, tenuto conto delle misure protettive concesse in sede di composizione negoziata della crisi⁵⁰. Il d.lgs. n. 83/2022, che su quella norma ha inciso, ha introdotto un termine finale, che coincide con la sentenza di omologazione dello strumento, oltre il quale le misure protettive non operano⁵¹.

Di qui, dunque, il problema, cosa accade se la protezione del patrimonio cessa, per raggiunta durata massima, prima che si sia giunti alla sentenza di omologazione del concordato. Già nel 2019, all'indomani della pubblicazione del CCII, era stata avanzata in dottrina la proposta di consentire al debitore – che abbia fruito interamente dei dodici mesi di protezione, ma che di essa necessiti ancora perché in attesa

⁴⁸ Non è un caso che, anche a seguito delle precisazioni introdotte dal d.lgs. n. 136/2024, sia l'art. 2 lett. q) sia l'art. 54, co. 1, CCII le misure cautelari siano descritte come quelle che assicurano in via provvisoria l'attuazione (e non già gli effetti) della sentenza di omologazione dello strumento. Si chiarisce che il rapporto di strumentalità corre non tanto (o non soltanto) rispetto all'omologazione in sé, quanto piuttosto alla effettiva realizzazione del piano (lo osservava già in passato, MONTANARI, *La protezione del patrimonio dell'imprenditore in crisi*, in (a cura di), GIUOTTO, FABIANI, *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, 2012, 142-143 che a quella nozione di strumentalità si riferiva quanto alle misure inibitorie che il debitore avrebbe potuto domandare al tribunale in caso di pre-accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, co. 6, l.fall.).

Ciò che si intende assicurare non sono gli effetti giuridici dell'atto in senso stretto, ma quegli effetti pratici che nella sentenza di omologazione trovano la loro premessa, più che la loro fonte (GALLETTI, *La tutela cautelare nei processi di regolazione della crisi*, in www.ilfallimentarista.it, 5 settembre 2019, 5).

⁴⁹ Art. 6, co. 8, dir. UE n. 1023/2019 “La durata totale della sospensione delle azioni esecutive individuali, inclusi le proroghe e i rinnovi, non supera i dodici mesi”. Già la Raccomandazione 2014/135 della Commissione europea prevedeva, ad ogni modo, che gli Stati membri fissassero in dodici mesi la durata massima delle misure protettive.

⁵⁰ In arg. MOROTTI, *Temporaneità delle misure protettive ex art. 8 c.c.i.i.*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1405 ss.

⁵¹ *Contra*, Trib. Busto Arsizio, 31 ottobre 2023, in www.dirittodellacrisi.it, secondo cui le misure protettive non potrebbero essere né prorogate né rinnovate dopo l'apertura del concordato preventivo (posto che, secondo il tribunale, da quel momento si esclude la permanenza delle trattative, dovendosi considerare ormai cristallizzata la proposta e il piano sottoposto definitivamente al voto dei creditori). Nell'ottica del tribunale, dopo il provvedimento di apertura del concordato e fino all'omologazione qualsiasi esigenza di protezione del patrimonio dovrebbe garantirsi attraverso la concessione di misure cautelari.

La conclusione non convince e trova smentita nell'art. 92 che, con riferimento al concordato in continuità aziendale, disciplina la negoziazione del piano, oggi anche successivamente alla fase prenotativa, attribuendo al Commissario giudiziale un compito analogo a quello dell'esperto della composizione negoziata nel partecipare alle trattative condotte dal debitore. PAGNI, voce (nt. 6), 871.

Altro semmai è chiedersi se ed in che termini il patrimonio del debitore possa ancora considerarsi protetto, dopo l'omologa dello strumento (concordato preventivo, accordi o piano di ristrutturazione). Il quesito si poneva anche nella vigenza dell'art. 168 l. fall., in cui il termine finale degli effetti protettivi, allora automatici, coincideva con la definitività del decreto di omologazione. Nel contesto previgente, si sosteneva che l'efficacia dei divieti di azioni esecutive e cautelari si protraesse ben oltre, sino a coprire l'intera fase delle operazioni di concordato, non tanto per effetto dell'art. 168 l. fall., quanto piuttosto quale conseguenza del concorso concordatario, al quale i creditori dovevano considerarsi assoggettati per effetto dell'omologazione dei vincoli sorti dal concordato, e dei limiti imposti ai creditori, sul piano quantitativo, qualitativo e delle modalità e termini di esercizio dei loro diritti: PAGNI, (nt. 1), 444. Si v. per un'ipotesi applicativa, Trib. Modena, 5 agosto 2021, in www.ilcaso.it; Trib. Messina, 17 novembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it.

La stessa soluzione (quella di una protezione del patrimonio che persiste dopo l'omologazione del concordato) può a mio avviso confermarsi anche oggi, senza che abbia rilievo il fatto che l'art. 8 CCII impone una massima durata di dodici mesi per le misure protettive. Si tratta di un termine che il legislatore italiano ha immaginato debba coprire solo la fase che permette al debitore di condurre a termine le trattative e giungere all'omologa. Da quel momento in poi, è la sentenza che ha omologato il concordato a precludere qualsiasi iniziativa esecutiva individuale del creditore. La quale, quando non fondata sull'inadempimento della proposta, legittimerà il debitore a promuovere opposizione *ex art. 615 c.p.c.* FABIANI, *Sistema, principi e regole*, (nt. 6), loc. cit.

della omologa – di ricorrere alle misure cautelari, per le quali una durata prestabilita *a priori* non è prevista⁵².

A questa lettura è stato obiettato l'aggiramento della prescrizione contenuta nella dir. UE n. 1023/2019, il cui art. 6, co. 8, impone agli Stati membri di introdurre un termine non superiore all'anno per la protezione del patrimonio⁵³.

Formulato in questi termini, il rilievo però non sembra fondato. Per un verso, infatti, va rammentato che la disciplina unionale si riferisce allo *stay* esecutivo e cautelare funzionale alla sola conduzione delle trattative, come emerge dall'art. 6, co. 1, della direttiva UE n. 1023/2019. Qui, invece, si tratterebbe di inibire ad alcuni creditori, (per giunta individuati nello specifico) l'esercizio di azioni esecutive o cautelari quando quell'iniziativa appaia esiziale ai fini dell'attuazione del piano e della proposta (la cui approvazione ed omologazione, al momento della scadenza delle misure protettive, possono presumersi imminenti), e quindi quando il pregiudizio del venir meno della protezione del patrimonio possa emergere a stretto giro, a valle dell'omologa.

Per altro verso, conta osservare che il ricorso alla misura *ad hoc*, rivolta nei confronti di creditori specifici, impone in ogni caso al giudice, ai sensi dell'art. 55, co. 2, CCII, di verificare a monte l'assenza di un eccessivo pregiudizio per i creditori e la concreta funzionalità della misura quanto alla conclusione delle trattative onde concedere la misura, che pertanto non ha un effetto immediato ma presuppone un vaglio giudiziale⁵⁴.

La giurisprudenza si è già interessata della questione, specie nell'ambito della composizione negoziata, dove le misure protettive (ivi solo tipiche) coprono al massimo un arco temporale di duecentoquaranta giorni, comprensivo di eventuali proroghe o rinnovi⁵⁵. Esaurito quel termine, ci si è chiesti se il debitore potesse ricorrere alle misure cautelari per avvalersi dell'inibitoria di azioni esecutive e cautelari nei confronti (almeno) di quei creditori titolati, che potrebbero riassumere esecuzioni pendenti o promuoverne di nuove pregiudicando il piano di risanamento oggetto delle trattative ancora in corso. Le pronunce che lo hanno ritenuto possibile, da un lato, hanno valorizzato il fatto che si tratterebbe di un provvedimento provvisorio circoscritto a destinatari specifici e, dall'altro, hanno osservato come il *fumus* della domanda cautelare potrebbe ritenersi sussistente solo in presenza di un obiettivo stato avanzato delle trattative e che il *periculum* prospettato dal debitore si misurerebbe proprio con riferimento ai singoli creditori le cui iniziative si vorrebbe inibire⁵⁶.

6. Protezione e cautela in pendenza del termine per il deposito della proposta, del piano o dell'accordo.

I rapporti tra protezione e cautela (quali istituti complanari, a disposizione del debitore che accede ad uno strumento) sono stati al centro di un fervido dibattito tra gli interpreti, specie in caso di deposito di una domanda di accesso con riserva ad uno strumento (art. 44 CCII).

L'art. 54, co. 4, riconosce al debitore la facoltà di avvalersi, in tale ipotesi, di misure protettive cd. tipiche: quelle, appunto, indicate dall'art. 54, co. 2, primo e secondo periodo.

⁵² Così, FABIANI, *Le misure* (nt. 6), 849 ss.; sulla stessa linea v. anche PAGNI, BACCAGLINI, (nt. 6), par. 3; *contra* DE SANTIS, *Procedimento unitario e decreto correttivo: proposte minime waiting for Godot*, in www.dirittodellacrisi.it, 3 aprile 2024, §14.

⁵³ Così, già BOZZA, (nt. 6) §1.

⁵⁴ FABIANI, *Sistema* (nt. 6), 171.

⁵⁵ In questo senso, benché resi nel contesto di una composizione negoziata, Trib. Verona, 22 dicembre 2024, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 9 dicembre 2024, in bdp.giustizia.it; Trib. Padova, 9 dicembre 2024, *ivi*; Trib. Padova, 19 novembre 2024, *ivi*; Trib. Milano, 8 luglio 2024, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Imperia, 20 febbraio 2024, *ivi*, con nota adesiva di PAGNI, BACCAGLINI, (nt. 6) e in *Fallimento*, 2024, 1142, con nota di BRIGUGLIO, *La consecutio tra misure protettive e cautelari per il buon esito delle trattative di composizione negoziata della crisi*; Trib. Udine, 3 aprile 2024, *ivi*, che addirittura ha concesso la misura cautelare, *inaudita altera parte*; Trib. Torino, 5 dicembre 2023, in bdp.giustizia.it; Trib. Trento, 10 ottobre 2023, con nota critica di SANTANGELI, *Spigolature in tema di misure protettive e cautelari*, in *Fallimento*, 2024, 832. In senso contrario, Trib. Milano, 22 novembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Larino, 20 maggio 2024, *ivi*; Trib. Roma, 14 ottobre 2024, in www.ilcaso.it sostanzialmente adesivi alle posizioni di DE SANTIS, (nt. 52). Nell'ambito degli strumenti, Trib. Bologna, 7 novembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it.

⁵⁶ V. giurisprudenza citata nella nt. precedente.

Fin dall'entrata in vigore del CCII, si è posta tra gli interpreti la questione se la norma dovesse leggersi nel senso di limitare la protezione del patrimonio a queste sole misure, con ciò escludendo, in caso di deposito di una domanda prenotativa, sia il ricorso alle misure cd. atipiche sia a quelle cautelari.

Chi ragionava in questi termini considerava il riferimento alla “domanda *ex art. 40*”, contenuta nell'art. 54, co. 2, terzo periodo, come sinonimo di domanda cd. “piena”, avallando implicitamente l'idea che la domanda *ex art. 44* fosse diversa da quella proposta *ex art. 40* CCII. Analoga conclusione veniva raggiunta quanto alle misure cautelari, ritenendo che “la pendenza dello strumento di regolazione della crisi” (che, giova ribadirlo, è presupposto delle misure in questione) non fosse generata dalla domanda prenotativa⁵⁷. La premessa sulla quale poggiava questa ricostruzione non mi ha mai convinto: la domanda di accesso con riserva non era (e non è) una domanda diversa da quella piena. Si tratta della medesima domanda, di cui il legislatore legittima la proposizione senza l'indicazione del *petitum*, che può essere indicato in un momento successivo. Lo prova il fatto che il deposito del piano (o degli accordi) e della proposta comportano solo una integrazione della domanda, non la proposizione di una nuova⁵⁸. Già la domanda prenotativa, dunque, segna il momento di inizio della pendenza del procedimento unitario.

La tesi restrittiva, qui criticata, faceva poi leva su un ulteriore argomento: si osservava come, in assenza di un piano e di una proposta, non sarebbe possibile per il tribunale valutare la fondatezza della misura temporanea ad hoc (fosse essa una protettiva atipica, rivolta ad un singolo creditore ovvero una cautelare verso un terzo), essendo stato difficilmente dimostrabile il *fumus* dell'istanza avanzata dal debitore e il *periculum in mora* da evitare⁵⁹.

Questo rilievo, benché attenga alla fondatezza (dunque al vaglio nel merito) più che all'inammissibilità della domanda, coglie certamente nel segno.

Non a caso, in quelle pronunce che si sono addentrate nell'esame del merito dell'istanza di misura atipica, il debitore aveva accompagnato alla domanda in bianco un progetto di piano, consentendo al giudice di compiere un vaglio di fondatezza⁶⁰.

Il d. lgs. n. 136/2024 è intervenuto a fare chiarezza. Da un lato, ha inciso sulla formulazione dell'art. 54, co. 2, terzo periodo, escludendo chiaramente il rilascio delle misure protettive atipiche prima del deposito di una domanda di accesso piena; dall'altro lato, ha modificato l'art. 54, co. 1, CCII, legittimando espressamente il debitore ad avvalersi delle misure cautelari, anche quando abbia proposto domanda di accesso con riserva (palesando, per inciso, l'intento di escludere l'ammissibilità di misure cautelari *ante causam*). Con ciò, a me pare esca comunque confermata l'idea dell'ammissibilità di misura provvisoria *ad hoc*, dotata di contenuto inibitorio rivolto al creditore e strumentale alla buona riuscita del piano o degli accordi, benché ancora da depositare⁶¹.

Né, sotto questo profilo, sarebbe corretto sostenere - come in effetti è stato scritto - che quando non è possibile invocare le misure protettive atipiche non possono invocarsi le misure cautelari. È vero semmai

⁵⁷ Trib. Milano, 30 marzo 2023, cit.; Trib. Arezzo, 9 agosto 2024, in *Fallimento*, 2024, 1555 ss. con mia nota critica *Protezione e cautela del patrimonio dopo il D.Lgs. n. 136/2024, anche in pendenza di una domanda di accesso con riserva allo strumento*; Trib. Paola, 13 marzo 2023, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Vicenza, 24 febbraio 2024, in bdp.giustizia.it; Trib. Torino, 12 aprile 2024, ivi; Trib. Bari, 15 aprile 2024, ivi;

⁵⁸ PAGNI, *La domanda prenotativa di accesso a uno strumento di regolazione giudiziale della crisi e dell'insolvenza dopo il D. lgs. n. 136/2024*, in *Società*, 2024, 1173 ss. spec. 1278-1279. In arg. anche CARMELLINO, *Di alcune questioni in tema di domanda di concessione del termine ex art. 44 CCII*, nota a Trib. Salerno, 23 novembre 2023, in *Fallimento*, 2024, 1150 ss.

⁵⁹ Trib. Arezzo, 9 agosto 2024, cit.; Trib. Paola, 13 marzo 2023, cit.; Trib. Arezzo, 7 novembre 2022, che ha rigettato l'istanza proposta contestualmente alla domanda *ex art. 44* CCII.

⁶⁰ In questo senso ha concluso il Trib. di Napoli, 27 ottobre 2022, in *Fallimento*, 2023, 684, con nota di FARINA, *Le misure protettive richieste dopo la domanda di accesso allo strumento negoziale: dall'inibitoria dell'azione di sfratto per morosità alla iscrizione, nel registro delle imprese, della domanda prenotativa*, il quale ha addirittura disposto la concessione di una misura protettiva volta alla sospensione di un giudizio di cognizione, promosso per la risoluzione del contratto di locazione concluso con l'imprenditore. E ciò, al fine di impedire l'irreversibilità della pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto che nel frattempo sarebbe stata pronunciata. V. anche Trib. Nola, 5 settembre 2024, cit. che, ritenuta in astratto l'ammissibilità della misura, ha rigettato l'istanza cautelare poiché diretta a ottenere il rilascio del DURC; così anche Trib. Palermo, 18 febbraio 2024, in bdp.giustizia.it.

⁶¹ Per una prima applicazione della nuova disciplina, Trib. Milano, 24 dicembre 2024, in bdp.giustizia.it, che in via cautelare ha disposto l'inibitoria dei poteri di autotutela negoziale in relazione ad alcune locazioni, noleggi e forniture; v. anche Trib. Bari, 3 gennaio 2025, in www.dirittodellacrisi.it, che peraltro, nel concedere la misura ne retrodata gli effetti al momento della proposizione della domanda cautelare, quando invece essi dovrebbero decorrere dal deposito dell'ordinanza.

l'esatto contrario, proprio alla luce della residualità riconosciuta alle seconde, e della necessità di presidiare l'effettività della tutela giurisdizionale, costituzionalmente garantita⁶².

Resta impregiudicata la necessità che il debitore provi la fondatezza della domanda cautelare avanzata, ed è indubbio, sotto questo profilo, che una sufficiente *discovery* può garantirsi solo attraverso il deposito di un progetto di regolazione della propria crisi ed insolvenza.

È questo, oltretutto, un requisito opportunamente valorizzato dal d. lgs. n. 136/2024, che ha riscritto l'intera disciplina della domanda di accesso con riserva. In particolare, all'art. 44, co. 1-*quater* CCII, si è previsto che "il debitore può chiedere di giovare del regime dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui intende avvalersi se, unitamente alla domanda di cui al co. 1 o anche successivamente, deposita un progetto di regolazione della crisi e dell'insolvenza redatto in conformità alle disposizioni che disciplinano lo strumento prescelto".

Il che vale, ad esempio, a consentire al debitore di avvalersi degli effetti previsti dagli artt. 94-*bis* o 64 CCII, senza dover rendere la sterilizzazione del potere di autotutela negoziale in capo ai creditori oggetto di misura cautelare *ad hoc* (senza dunque dover dimostrare al giudice la sussistenza di *fumus* e *periculum* per avvalersi di quell'effetto).

Il quadro che emerge è quello di un arsenale di opportunità a disposizione del debitore per garantire, attraverso misure provvisorie, nelle diverse declinazioni di misure di protezione e di cautela, la buona riuscita delle iniziative intraprese per regolare la crisi (quale che sia lo strumento prescelto e financo quando questa scelta non sia ancora stata espressa).

Del resto, l'art. 3 CCII, con norma tutt'altro che programmatica, impone all'imprenditore di adottare tutte le misure idonee a rilevare tempestivamente la crisi e ad assumere senza indugio le iniziative necessarie per farvi fronte: è in questa direzione che si muove lo stesso legislatore là dove sceglie di "premiare" anche quel debitore il quale, pur proponendo una domanda *ex* art. 44 CCII, sia in grado di svelare fin da subito il suo progetto di piano di risanamento.

⁶² PAGNI, *Il "sistema"* (nt. 6), 285-286.