

## Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari, nella composizione negoziata della crisi

SOMMARIO: 1. *Profili introduttivi* – 2. *Le ragioni della scelta di un procedimento unico, destinato ad ospitare la conferma (o revoca) delle misure protettive e la concessione di provvedimenti cautelari* – 3. *Le ipotesi di inefficacia delle misure protettive, per le quali non è prevista la fissazione di un’udienza* – 4. *La questione del contraddittorio* – 5. *L’udienza e l’istruttoria*.

### 1. *Profili introduttivi*

Con il D.L. 24 agosto 2021 n. 118, convertito con legge 21 ottobre 2021, n. 147<sup>1</sup>, il sistema della regolazione della crisi e dell’insolvenza si è arricchito di un nuovo istituto, la composizione negoziata della crisi.

Può considerarsi dato certo e condiviso che non si tratti di una procedura concorsuale che si aggiunge a quelle già esistenti. Si è, piuttosto, in presenza di un percorso negoziale, che il debitore sceglie di intraprendere: un ambiente protetto – come è stato definito<sup>2</sup> – volto a comprendere se vi sia spazio per un accordo tra imprenditore e creditori (tutti o alcuni) che permetta di uscire da una situazione di crisi o di insolvenza reversibile, ovvero consenta di accedere ad una procedura concorsuale in modo più consapevole<sup>3</sup>.

La composizione negoziata è un percorso che – almeno sulla carta – può svolgersi senza l’intervento di un giudice, che in effetti è previsto solo in occasioni specifiche, eventuali (ed in ogni caso predefinite): si tratta di quelle ipotesi in cui vengono in gioco istituti propri delle procedure concorsuali, come le misure protettive (art. 6-7 D.L.); la prededuzione (art. 10, comma 1 lett. a), b), c) D.L.); la cessione dell’azienda con esclusione dell’accollo cumulativo dei debiti pregressi per il cessionario (art. 10, comma 1, lett. d), D.L.): istituti, questi, destinati per l’appunto ad operare solo previa pronuncia del giudice, sollecitato da una domanda dell’imprenditore<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> I richiami normativi che il lavoro menziona sono da intendersi riferiti al decreto-legge convertito.

<sup>2</sup> I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Le nuove misure di regolazione della crisi d’impresa*, in *Diritto della crisi*, speciale riforma, 2021, p. 7, ove – a dimostrazione dell’impossibilità di ricondurre la composizione negoziata della crisi ad una procedura concorsuale, si sottolinea come nella prima il debitore non subisca alcuno spopolamento, anche attenuato; manchi la nomina di un organo giudiziale (curatore o commissario giudiziale); manchi un ordine di soddisfazione dei creditori; soprattutto, non v’è l’obbligo di coinvolgere tutti i creditori. Al contrario, si è scritto, la selettività rappresenta una delle caratteristiche che connotano questo percorso.

<sup>3</sup> In questo senso, oltre al contributo citato nella nota precedente, si v. senza pretesa di esaustività, M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d’impresa: brevi notazioni*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), p. 1; S. AMBROSINI, *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 919 ss.; F. LAMANNA, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi di impresa*, Milano, 2022, p. 26; R. GUIDOTTI, *La crisi di impresa nell’era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 8 settembre 2021, p. 2; L. PANZANI, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), p. 3.

<sup>4</sup> L’elenco riportato nel testo si completa con la previsione dell’art. 10, comma 2, D.L., secondo cui l’intervento del giudice può essere richiesto dal debitore, qualora sia fallito qualsiasi tentativo negoziale di rideterminare il contenuto dei contratti a prestazione continuata o continuativa, ovvero differita, qualora la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia SARS-CoV-2. Il giudice potrà rideterminare equamente le condizioni del contratto, sia pur per un periodo limitato, e, analogamente a quanto accade in sede di concordato preventivo, potrà stabilire a favore della controparte dell’imprenditore un equo indennizzo. Sulle ragioni della scelta di attribuire un potere di rinegoziazione in capo al giudice nei limiti tracciati dalla norma, e della preferenza accordata a questa forma di intervento, in luogo del ricorso ad un provvedimento cautelare innominato, *ex art. 700*

La prima delle parentesi giurisdizionali, che possono aprirsi nel contesto della composizione negoziata, ospita il procedimento volto alla conferma o alla revoca delle misure protettive e alla pronuncia dei provvedimenti cautelari: se ne occupa l'art. 7 D.L.

La *ratio* dell'introduzione delle misure protettive nella composizione negoziata è facilmente intuibile: il legislatore è consapevole che, pur non essendosi in presenza di una procedura concorsuale, lo svolgimento sereno delle trattative tra imprenditore e creditori talvolta ed un confronto ad armi pari possono garantirsi solo attraverso la previsione di misure di carattere provvisorio e temporaneo, capaci di proteggere il patrimonio dell'impresa<sup>5</sup>. Ad esempio, inibendo qualsiasi (o qualche) iniziativa esecutiva o cautelare da parte dei creditori; impedendo a costoro di ricorrere agli strumenti dell'autotutela negoziale; vietando l'acquisizione di cause legittime di prelazione, inibendo l'istanza per la dichiarazione di fallimento.

Di qui, l'idea di importare un istituto (quello delle misure protettive) già noto nel contesto delle procedure concorsuali a carattere non liquidatorio, come il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione. Il richiamo è qui all'art. 168 l.fall. e all'art. 182 *bis* commi 3 e 6, l. fall., ai quali l'art. 6 si ispira nel catalogare le misure protettive che possono operare nell'ambito della composizione negoziata della crisi<sup>6</sup>.

In comune con queste previsioni contenute nella legge fallimentare, v'è anche la scelta di ancorare il *dies a quo* dell'efficacia delle misure protettive al momento iniziale del percorso di composizione negoziata, sempre che – giova chiarirlo – il debitore intenda avvalersene: l'effetto protettivo del patrimonio non è automatico, ma è subordinato ad una specifica domanda dell'imprenditore, come imporrà il CCII per le procedure concorsuali (art. 54-55 CCII)<sup>7</sup>. Il debitore potrà scegliere di avvalersene fin dall'istanza di nomina dell'esperto<sup>8</sup>, fermo restando che quelle misure protettive prenderanno effetto solo quando la composizione negoziata sarà aperta, ovvero a partire dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese<sup>9</sup>.

---

c.p.c., si v. I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit., p. 14. Per un'analisi delle parentesi giurisdizionali, diverse da quella che coinvolge il destino delle misure protettive e di quelle cautelari, si rinvia agli altri contributi ospitati nel volume.

<sup>5</sup> Sotto questo profilo, dunque, il d.l. n. 118/2021 riprende l'idea fatta propria già dal Codice della crisi rispetto alla composizione assistita (art. 20).

<sup>6</sup> Quanto all'individuazione delle misure protettive operanti nella composizione negoziata della crisi e allo spazio applicativo ad esse riservato, si rinvia al contributo di A. Crivelli, ospitato in questo volume. Peraltro, sulla tassatività delle misure protettive di cui all'art. 6 D.L., si v. subito oltre nel testo.

<sup>7</sup> Sul regime dettato dal CCII quanto alle misure protettive e cautelari, si v. M. FABIANI, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 849 ss.; I. PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Le società*, 2019, 438; G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 18 luglio 2021.

<sup>8</sup> Ma anche dopo – come precisa in esordio l'art. 6, comma 1 D.L. – che legittima anche la proposizione di un'istanza successiva, presentata con le modalità indicate dall'art. 5, comma 1.

<sup>9</sup> È questo un profilo che è bene rimarcare, perché nessun intervento del Tribunale può essere immaginato se prima la composizione negoziata della crisi non sia stata aperta. In questo senso, condivisibilmente, Trib. Palermo, 26 novembre 2021, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it) che ha dichiarato il fallimento di una società, escludendo ogni rilievo alla circostanza che la fallenda avesse depositato istanza di nomina dell'esperto, ritenendo che, ai fini della preclusione prevista dall'art. 6 D.L., fosse necessaria la pubblicazione dell'accettazione dell'esperto. Va da sé che questo adempimento condiziona anche l'intervento del Tribunale, quand'esso è chiamato a rilasciare le autorizzazioni di cui all'art. 10 D.L. (mi riferisco alla verifica dei presupposti per attribuire ad un finanziamento il crisma della prededucibilità ovvero per consentire il trasferimento di un'azienda o di un ramo ad un cessionario, sollevando quest'ultimo dall'accollo cumulativo dei crediti pregressi).

Quella compiuta dal legislatore è sicuramente una scelta coraggiosa, perché la limitazione dei poteri dei creditori, sul piano processuale ma anche sostanziale, è ancorata esclusivamente alla volontà dell'imprenditore, la quale non solo si esprime in un contesto che non è quello di una procedura concorsuale ma oltretutto, in prima battuta, si manifesta ad un organo non giurisdizionale: l'istanza di applicazione delle misure cautelari va infatti depositata, insieme a quella di nomina dell'esperto, presso la Camera di Commercio (art. 6, comma 1, D.L.). Il vaglio giudiziale è peraltro immediato, dal momento che l'imprenditore è tenuto a depositare presso il tribunale competente un ricorso volto alla conferma (o revoca) delle misure protettive, lo stesso giorno in cui esse prendono effetto (art. 7, comma 1. D.L.).

In questo senso, si è scritto in dottrina che le misure protettive hanno un'efficacia immediata ma provvisoria. Esse sono destinate a venire meno se il giudice non le dovesse confermare all'esito del procedimento tracciato dall'art. 7, che poi è lo stesso deputato ad ospitare la cognizione e la decisione sulle eventuali istanze dell'imprenditore volte ad ottenere, ove occorra, anche l'adozione di provvedimenti cautelari necessari a condurre a termine le trattative<sup>10</sup>.

## *2. Le ragioni della scelta di un procedimento unico, destinato ad ospitare la conferma (o revoca) delle misure protettive e la concessione di provvedimenti cautelari*

In questa sede intendo occuparmi proprio di quel procedimento. Nel ripercorrerne la scansione temporale, puntualmente scolpita dall'art. 7, mi soffermerò su quei profili che hanno costituito oggetto di dibattito tra gli interpreti all'indomani della entrata in vigore del D.L. e sui quali la giurisprudenza ha già avuto, in parte, occasione di esprimersi.

Mi riferisco in particolare:

- i) ai casi in cui il procedimento è destinato a chiudersi senza la fissazione di un'udienza da parte del giudice;
- ii) all'individuazione dei soggetti con i quali il contraddittorio va instaurato e ai quali, dunque, devono notificarsi il ricorso presentato dall'imprenditore e il decreto di fissazione dell'udienza;
- iii) al ruolo assunto dal giudice nella fase istruttoria e al rapporto tra le misure protettive *ex art. 6 D.L.* e quelle cautelari, eventualmente già concesse in sede di istruttoria prefallimentare (art. 15, comma 8, l. fall.).

Prima di entrare nel merito dei singoli temi, si rende opportuna una puntualizzazione, relativa alla scelta compiuta dal D.L. di immaginare un contesto processuale unitario, nel quale trovano albergo – lo si è accennato – sia la conferma di misure protettive già operanti sia la decisione in ordine a misure cautelari che il debitore richiede. L'opzione legislativa

---

È l'accettazione dell'esperto che rende pendente il percorso, non già la semplice istanza di nomina, depositata dall'imprenditore ai sensi dell'art. 2, che si rivolga nell'immediato al Tribunale. Per queste ragioni, non appare condivisibile la scelta compiuta da Trib. Treviso, 22 dicembre 2021, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), con nota di A. DENTAMARO, *Composizione negoziata della crisi, mancata nomina dell'esperto e autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili ex art. 10 D.L. 118/2021*, che invece ha autorizzato alla prededucibilità un finanziamento prima ancora che la Camera di commercio avesse provveduto a nominare l'esperto.

<sup>10</sup> Si v. se si vuole, L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, in *Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa*, in *Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa*, in *Diritto della crisi*, speciale riforma, cit., p. 59 ss.

non è casuale e permette di intravedere quale sia il ruolo che il giudice svolge nell'ambito del procedimento tracciato dall'art. 7.

Mi spiego: con l'entrata in vigore del D.L., si è subito posta la questione se le misure protettive indicate dall'art. 6 dovessero considerarsi tipiche ovvero se l'imprenditore, nel formularne istanza di applicazione, potesse individuarne altre, di nuove.

La risposta che i più hanno dato (e che, a mio parere, va condivisa) privilegia il primo capo dell'alternativa: le misure protettive che trovano spazio nella composizione negoziata della crisi sono solo quelle indicate dall'art. 6 D.L.<sup>11</sup>. La ragione si rinviene nell'art. 7, là dove si riconosce all'imprenditore – qualora l'esigenza di protezione del patrimonio dell'impresa, in pendenza della composizione negoziata della crisi, non sia sufficientemente garantita dalle misure protettive – di domandare i provvedimenti cautelari, che egli ritenga opportuni per condurre a termine le trattative<sup>12</sup>. Il che spiega anche perché, diversamente da quanto accade nell'ambito dell'istruttoria prefallimentare, dove sono i creditori a domandare la concessione di provvedimenti cautelari a protezione del patrimonio dell'impresa, qui la richiesta provenga dallo stesso imprenditore<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit., p. 10; M. Montanari, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., p. 3; L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 59; A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, in (diretto da) M. IRRERA, A. CERRATO, *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Torino, 2022, p. 360; F. LAMANNA, *Composizione negoziata*, cit., 25; *contra*, F. Platania, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 7 ottobre 2021, p. 5; S. LEUZZI, *Una rapida lettura dello schema del D.L. recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 5 agosto 2021, p. 5.

<sup>12</sup> Proprio perché, nella composizione negoziata, i provvedimenti cautelari sono strumentali al buon esito delle trattative, il giudice che accolga la relativa domanda, depositata dal debitore, non dovrà affatto preoccuparsi di fissare un termine perentorio per l'instaurazione di un giudizio di merito, come prescrive invece l'art. 669-octies, primo comma, quando è pronunciata un'ordinanza cautelare *ante causam* (I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit., p. 11). La situazione è analoga – mutato quel che c'è da mutare – a quella che si verifica, in sede di istruttoria prefallimentare, quando il creditore, domanda ed ottiene un provvedimento cautelare *ex art. 15*, comma 8, l. fall. Anche in questo caso non v'è alcun giudizio di merito da instaurare. La norma dispone che quei provvedimenti perdono di effetto quando il procedimento prodromico si chiude, quale che sia il suo esito: se verrà dichiarato il fallimento, gli effetti di quei provvedimenti saranno assorbiti dalla relativa pronuncia di apertura; se invece il tribunale dovesse rigettare l'istanza di apertura del procedimento, il provvedimento cautelare verrà revocato. Quanto alla composizione negoziata, l'art. 5, comma 8, D.L. prevede che al termine dell'incarico (quale che sia l'esito delle trattative), dopo che l'esperto avrà inserito la relazione finale nell'apposita piattaforma, il giudice che abbia concesso misure protettive e cautelari, ne dichiarerà cessati gli effetti.

<sup>13</sup> Proprio perché la funzione cui rispondono le misure cautelari è la medesima rivestita dalle misure protettive, è evidente che il contenuto delle prime sarà individuato volta per volta dall'imprenditore. Trattandosi pur sempre di misure dal carattere provvisorio, gli effetti da esse prodotti non potranno essere irreversibili, né potranno sovrapporsi agli effetti che sono una decisione di merito può garantire (i.e., l'effetto di accertamento e quello propriamente costitutivo *ex art. 2908 c.c.*). Se dunque sono dunque da escludersi provvedimenti cautelari che dispongano la risoluzione di un contratto, sono per contro ammissibili misure cautelari che dispongano la sospensione temporanea degli effetti di un contratto: provvedimenti, insomma, che impediscano temporaneamente al creditore di domandare l'adempimento (in questo senso anche F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari*, cit., p. 10; G. COSTANTINO, *Le "misure cautelari e protettive". Note a prima lettura degli artt. 6 e 7 d.l. 118/2021*, in [www.inexecutivis.it](http://www.inexecutivis.it), 15 ottobre 2021, p. 8; *contrario* alla concessione di provvedimenti cautelari che costringano il creditore ad un *facere*, F. DE SANTIS, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Il fall.*, 2021, p. 1540).

Non solo. Giova rammentare che la misura protettiva individuata dall'art. 6, comma 5, D.L. che inibisce al creditore il ricorso agli strumenti dell'autotutela negoziale opera se, e nella misura in cui, il creditore interessato sia inibito anche nell'esercizio dei propri poteri processuali, sul piano cautelare o esecutivo. Stando all'esordio di quella previsione, infatti, "i creditori interessati dalle misure protettive non possono unilateralmente rifiutare l'adempimento del contratto pendenti o provocarne la risoluzione, ovvero anticiparne la scadenza". Da ciò sembra

Questa circostanza giustifica la previsione di un contesto processuale unitario<sup>14</sup>: il giudice accoglierà le istanze cautelari solo se l'esigenza di proteggere il patrimonio dell'impresa non sia sufficientemente assicurata dall'operare delle misure protettive. È questa una valutazione che il tribunale potrà compiere consapevolmente solo decidendo contestualmente della sorte delle une e delle altre.

Nell'optare per un unico procedimento, il legislatore tiene conto delle peculiarità che distinguono le misure protettive da quelle cautelari (*in primis*, la decorrenza degli effetti: immediata, per le prime; subordinata, come il c.p.c. prevede, alla pronuncia del giudice, quanto alle seconde). Anche questo aspetto, a mio avviso, dà ragione del perché l'art. 7, ultimo comma, D.L. rinvia alle norme sul procedimento cautelare uniforme, in quanto compatibili<sup>15</sup>.

### 3. *Le ipotesi di inefficacia delle misure protettive, per le quali non è prevista la fissazione di un'udienza*

Vengo al primo dei profili sopra menzionati, oggetto di dibattito tra gli interpreti: l'individuazione dei casi in cui il procedimento si chiude con un rigetto dell'istanza di conferma delle misure protettive, senza che il giudice provveda alla fissazione di un'udienza. Se ne occupa l'art. 7, comma 3, D.L.

La sequenza processuale che l'art. 7 minuziosamente descrive si apre con la proposizione di un ricorso al tribunale competente ai sensi dell'art. 9 l. fall., chiamato a decidere in composizione monocratica<sup>16</sup>.

---

dunque legittimo dedurre che, se si tratta di impedire l'esercizio di quei poteri ad un soggetto che non è interessato dalla misura protettiva, può soccorrere l'istanza per la concessione di un provvedimento cautelare, che abbia lo stesso contenuto tracciato dall'art. 6, comma 5.

<sup>14</sup> *Contra* A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 361 secondo cui sarebbe inopportuno se non addirittura lesivo dei canoni costituzionali del giusto processo sottrarre i procedimenti cautelari al loro normale corso. Per la verità, non sembra questa un'obiezione decisiva, non solo perché il percorso disegnato dall'art. 7 D.L. non sembra privare affatto le parti delle garanzie del contraddittorio che sono proprie del procedimento cautelare uniforme, ma anche perché lo stesso art. 7 rinvia agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c. che troveranno applicazione in quanto compatibili.

<sup>15</sup> Oltre al reclamo, *ex art.* 669-*terdecies* c.p.c. che è espressamente richiamata dall'art. 7, troveranno applicazione l'art. 669-*undecies* c.p.c., che legittima l'imposizione di una cauzione, e l'art. 669-*duodecies* c.p.c. sull'attuazione delle misure cautelari. È ovviamente da escludere l'applicazione degli artt. 669-*octies* e 669-*novies* c.p.c., sull'inefficacia sopravvenuta della misura cautelare nel caso di mancata instaurazione (o sopraggiunta estinzione) del giudizio di merito. Nel contesto della composizione negoziata della crisi, altre sono le cause che importano l'inefficacia di quei provvedimenti: il fatto che sia esaurita la loro durata (preventivamente stabilita od eventualmente prorogata dal giudice: commi 5 e 6, art. 7, in ogni caso non superiore ai 240 giorni); il fatto che la composizione negoziata si chiuda, quale che sia il suo esito (art. 5, comma 8 e art. 9, comma 5, D.L.).

<sup>16</sup> La scelta di individuare il giudice competente nel Tribunale del luogo della sede principale dell'impresa appare sicuramente più opportuna di quello compiuta dal CCII, nel contesto della composizione assistita della crisi, in cui il giudice competente alla pronuncia delle misure protettive era individuato nella sezione specializzata in materia di imprese (art. 20 CCII). Scelta, questa, criticabile sia per la limitata diffusione nel territorio nazionale delle sezioni specializzate sia per le inevitabili difficoltà di coordinamento tra sezione specializzata e giudice competente *ex art.* 27 CCII, qualora l'esito di una composizione assistita fosse stato l'apertura di una procedura concorsuale. A. CARRATTA, *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione "anticipate" nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, p. 275.

Per contro, l'idea di individuare la competenza in base agli stessi criteri che operano quando si tratti di aprire una procedura concorsuale appare a maggior ragione opportuna se si considera che uno degli esiti possibili della

Il *petitum* di quella domanda coinciderà necessariamente con la conferma degli effetti delle misure protettive (*in thesi* già efficaci), solo eventualmente con la richiesta di misure cautelari, motivata dalla dimostrazione di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Si è poco sopra rimarcata l'immediatezza delle misure protettive: l'imprenditore può dichiarare di avvalersene fin dall'istanza di nomina dell'esperto; esse, però, prenderanno effetto dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto. Momento, questo, che segna l'apertura del percorso di composizione negoziata della crisi, cui occorre guardare per verificare la tempestività del deposito del ricorso al giudice, contenente l'istanza di conferma.

L'art. 7, comma 1, D.L. è chiaro nel prescrivere che il debitore debba provvedervi lo stesso giorno in cui c'è stata la pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto. In questo senso, in dottrina si è osservato che l'efficacia delle misure protettive può considerarsi sottoposta ad una duplice condizione<sup>17</sup>: una di tipo sospensivo, legata cioè alla pubblicazione presso il registro delle imprese dell'accettazione dell'esperto; l'altra di tipo risolutivo, che coincide con la proposizione tempestiva della domanda giudiziale volta alla conferma delle misure protettive, vale a dire con il deposito del ricorso presso la cancelleria del giudice competente lo stesso giorno in cui la nomina dell'esperto viene pubblicata nel registro delle imprese.

Ma non solo: la legge impone che, entro 30 giorni dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese, sia pubblicato anche il numero di ruolo generale del procedimento instaurato.

Il mancato rispetto di questi adempimenti è causa di improcedibilità del ricorso. Lo prevede l'art. 7, comma 3, D.L. nella parte in cui stabilisce che l'omesso o il ritardato deposito del ricorso importa l'inefficacia delle misure protettive che il giudice può dichiarare, senza necessità di fissare udienza<sup>18</sup>.

Si tratterà, ovviamente, di una declaratoria di improcedibilità parziale qualora il ricorso depositato presso il tribunale abbia quale *petitum* oltre che la conferma delle misure protettive anche la concessione di misure cautelari: il procedimento in questo caso dovrà proseguire (e il giudice sarà tenuto a fissare un'udienza) per le sole cognizione e istruzione sulle istanze cautelari<sup>19</sup>.

---

composizione negoziata può essere costituito dall'apertura di una procedura concorsuale (con finalità compositiva o liquidatoria), destinata dunque a svolgersi dinnanzi allo stesso ufficio giudiziario.

Sotto altro profilo, giova osservare come la scelta di individuare il giudice competente alla conferma delle misure protettive nel tribunale in base all'art. 9 l. fall. impone al giudice, dinnanzi al quale pende un'esecuzione forzata contro l'imprenditore, di attendere la pronuncia dell'ordinanza *ex art. 7 d.l.* per sospendere *ex lege* il processo esecutivo, in base all'art. 623 c.p.c. (Trib. Salerno, 4 febbraio 2022, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it)); R. D'ALONZO, *I compiti dell'esperto nella composizione negoziata, tra adempimenti e scadenze*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 11 gennaio 2022, p.7.

<sup>17</sup> M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 5-6 testo e nt. 9.

<sup>18</sup> Invero, coglie nel segno chi osserva come il mancato deposito del ricorso per la conferma delle misure protettive impedisca al giudice (proprio perché non adito) di dichiarare l'inefficacia delle misure protettive già operanti (F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., p. 79). In questi casi, in assenza di un deposito del ricorso *ex art. 7 D.L.* e della (successiva) pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento, dovrebbe essere la stessa Camera di commercio a provvedere d'ufficio alla cancellazione della stessa istanza di applicazione delle misure protettive.

<sup>19</sup> M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., 8, testo e nt. 18; G. COSTANTINO, *Le "misure cautelari e protettive"*, cit., p. 11.

L'ipotesi sopra richiamata non è peraltro l'unica nella quale il giudice può revocare l'efficacia delle misure protettive, senza la necessità di fissare un'udienza. L'ultima parte dell'art. 7, comma 3, D.L. stabilisce che “gli effetti protettivi prodotti ai sensi dell'art. 6, comma 1, cessano altresì se, nel termine di cui al primo periodo, il giudice non provvede a fissare udienza”.

Volendo individuare quando ciò possa accadere, osservo come l'art. 7, comma 2, D.L. oneri l'imprenditore di depositare insieme al ricorso una serie di documenti, quali:

- a. i bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, quando non è tenuto al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta;
- b. una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima del deposito del ricorso;
- c. l'elenco dei creditori, individuando i primi dieci per ammontare, con indicazione dei relativi indirizzi di posta elettronica certificata, se disponibili, oppure degli indirizzi di posta elettronica non certificata per i quali sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella;
- d. un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare;
- e. una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata;
- f. l'accettazione dell'esperto nominato ai sensi dell'articolo 3, commi 6, 7 e 8, D.L. con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

L'art. 7, comma 2, D.L. non prevede se ci sia una sanzione per il caso in cui il ricorso non sia accompagnato da una produzione documentale. A me pare, peraltro, che anche l'omessa o insufficiente documentazione possa condurre ad una declaratoria di inefficacia delle misure protettive, senza che il giudice sia tenuto a fissare un'udienza. I documenti che la norma elenca sono finalizzati a mettere il tribunale nella condizione di stabilire se le misure protettive di cui il debitore si sia avvalso siano funzionali al buon esito delle trattative, senza comportare eccessivo sacrificio per i creditori e i terzi. Tuttavia, non vedo come il giudice possa essere in grado di vagliare la fondatezza di quella domanda senza un piano finanziario o senza una situazione patrimoniale finanziaria o senza la dichiarazione prevista dalla lett. e) dell'art. 7, comma 2, D.L.

Per queste ragioni, è mia convinzione che la mancata produzione di tali documenti possa comportare il rigetto dell'istanza di conferma delle misure protettive, senza necessità di instaurare il contraddittorio con i soggetti interessati<sup>20</sup>.

Peraltro, dal momento che il provvedimento con cui viene fissata l'udienza va pronunciato nei 10 giorni successivi al deposito del ricorso, nulla vieta che il giudice, con decreto, possa assegnare al debitore un termine, all'interno di quell'arco temporale, per integrare la produzione documentale richiesta (un po' come accade – mutato quel che c'è da mutare – nell'ambito del concordato preventivo, *ex art. 162 l. fall.*, ma anche nel procedimento per ingiunzione, *ex art. 640 c.p.c.*)<sup>21</sup>. Se, nonostante la sollecitazione da parte

---

<sup>20</sup> L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 61.

<sup>21</sup> In questo senso, Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, in [www.diritto dellacrasi.it](http://www.diritto dellacrasi.it), con nota parzialmente adesiva di F. DE SANTIS, *Istanza di conferma delle misure protettive e coeva pendenza delle procedure giudiziali pattizie: primi rompicapi*; Trib. Milano, 17 gennaio 2022, *ivi*; Trib. Avellino, 27 gennaio 2022, *ivi*; v. anche Trib. Milano, 17 gennaio 2022, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

del giudice, la documentazione non risultasse completa, il giudice potrà evitare la fissazione di un'udienza, come più in generale dispone l'art. 7, comma 3, caducando l'efficacia delle misure protettive<sup>22</sup>.

V'è poi – sempre a mio parere – un altro caso in cui le misure protettive sono destinate a perdere di effetto, senza che il giudice fissi l'udienza. In forza dell'art. 23, comma 2, D.L. l'accesso alla composizione negoziata della crisi è precluso all'imprenditore nei cui confronti sia aperta una procedura di concordato preventivo ovvero un giudizio volto alla omologazione di un accordo di ristrutturazione. In presenza di una siffatta situazione, a ben vedere, già la commissione nominata dalla CCIA dovrebbe rigettare l'istanza di nomina dell'esperto, dando così significato all'art. 5, comma 3, lett. d) che richiede all'imprenditore di depositare, insieme all'istanza di nomina dell'esperto, una dichiarazione in cui il primo attesti di non aver depositato ricorsi per l'accesso al concordato preventivo o per l'omologa di accordi di ristrutturazione<sup>23</sup>. Se, però, l'esperto dovesse essere nominato e accettare l'incarico, l'eventuale ricorso depositato dall'imprenditore, per la conferma delle misure protettive, dovrà essere dichiarato inammissibile. Ancora una volta, senza la necessità per il giudice di fissare l'udienza, giusta la previsione dell'art. 23, comma 2, D.L.

La questione si è già affacciata in giurisprudenza, anche se – per la verità – ciò che risultava controverso, nel caso di specie, era se il concordato preventivo dovesse considerarsi ancora pendente. L'imprenditore, infatti, si era limitato a depositare una dichiarazione di rinuncia al concordato senza attendere la dichiarazione di improcedibilità del concordato da parte del giudice. Il tribunale, adito dall'imprenditore per la conferma delle misure protettive, ha rigettato l'istanza, evocando un precedente di legittimità che esige la formale adozione di un provvedimento di improcedibilità<sup>24</sup>. E ciò, anche al fine di evitare un ricorso abusivo al percorso di composizione assistita<sup>25</sup>.

Rispetto all'art. 7, comma 3, D.L. sovviene poi un'altra osservazione: nello stabilire che le misure protettive perdono di effetto se il giudice non fissa l'udienza nel termine indicato, la norma non prevede espressamente che il giudice si pronunci con apposito provvedimento. Credo, peraltro, sia da escludere che la *voluntas legis* fosse quella di legittimare un silenzio-rigetto da parte del giudice: un'ipotesi, questa, che non trova affatto cittadinanza nel sistema e che collide con la garanzia costituzionale della motivazione dei provvedimenti<sup>26</sup>. Al contrario (e da questo punto di vista condivido il *modus operandi* della prima giurisprudenza che si è espressa sul punto) è mia convinzione che il giudice sia

---

<sup>22</sup> *Contra*, A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 372.

<sup>23</sup> M. MONTANARI, *I rapporti della composizione negoziata della crisi con i procedimenti concorsuali*, in *Le nuove misure di composizione della crisi di impresa*, cit., p. 99, cui adde R. GUIDOTTI, *La crisi di impresa nell'era Draghi*, cit., p. 9.

<sup>24</sup> Come ha concluso Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, cit. che in motivazione si richiama a Cass. 7 dicembre 2020, n. 27939. In arg., A. CRIVELLI, *La rinuncia alla domanda di concordato: procedimento e provvedimenti conseguenti*, nota a Trib. Perugia, 21 dicembre 2018, in *Il fall.*, 2019, p. 1386 ss.

<sup>25</sup> Profilo, quello dell'abuso, sul quale fa perno esclusivo il pensiero di F. De Santis, *Istanza di conferma delle misure protettive*, cit., p. 11 il quale, se da un lato riconosce che la semplice dichiarazione di rinuncia al concordato possa legittimare l'imprenditore ad accedere alla composizione negoziata, dall'altro lato ammette che il giudice, adito per la conferma delle misure protettive, potrebbe rigettare l'istanza del debitore, ritenendo che la mera rinuncia alla procedura concorsuale sia sintomo della volontà di abuso del percorso negoziale intrapreso.

<sup>26</sup> F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive*, cit., p. 7; L. PANZANI, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in *Diritto della crisi, speciale riforma*, cit., p. 101.

comunque tenuto a pronunciarsi con un decreto di inammissibilità del ricorso, che sarà in ogni caso reclamabile *ex art. 669 terdecies*, come prevede l'ultimo comma dell'art. 7 D.L.<sup>27</sup>

#### 4. La questione del contraddittorio

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

Il termine indicato dall'art. 7, comma 3, D.L. è legato al deposito del decreto per la fissazione dell'udienza; per contro l'art. 7 non specifica entro quando l'udienza va celebrata. Tuttavia, trattandosi di stabilire la sorte di misure che comprimono i diritti dei creditori, già efficaci, è evidente che l'udienza dovrà svolgersi a stretto giro, onde vagliare se si tratti davvero di misure necessarie ad assicurare lo svolgimento delle trattative. Qui, proprio in forza del rinvio contenuto nell'ultimo comma dell'art. 7 D.L. alle norme del procedimento cautelare uniforme, potrebbe invocarsi in via analogica la previsione contenuta nell'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c.<sup>28</sup>

Ed entro *in medias res* quanto al secondo dei problemi che mi sono proposta di esaminare: l'individuazione dei soggetti chiamati a contraddire in udienza. Il comma 3 dell'art. 7 si occupa solo delle modalità di notifica del ricorso presentato dal debitore e del decreto di fissazione dell'udienza stabilendo che il giudice provveda a stabilire le forme di notificazione che egli ritenga più opportune, in forza dell'art. 151 c.p.c. I primi commenti – ma anche la giurisprudenza – hanno espresso preferenza per l'impiego dello strumento telematico, prescrivendo l'invio del ricorso e del decreto alla casella di posta elettronica certificata ovvero, qualora questa non sia conosciuta, ad un indirizzo di posta elettronica che permetta di verificarne la titolarità della singola casella<sup>29</sup>. Conclusione, questa, corretta e in parte indotta anche dallo stesso art. 7, là dove – nel prescrivere al debitore il deposito dell'elenco dei primi dieci creditori per ammontare delle rispettive spettanze - richiede di indicare anche il loro indirizzo pec.

Al di là delle possibili modalità di notifica, l'art. 7, comma 3, D.L. non precisa altro, mentre il comma 4, nel descrivere ciò che il giudice dovrà compiere all'udienza, prescrive che siano sentite le *parti* e precisa che, quando le misure protettive o quelle cautelari riguardano soggetti terzi, anche questi debbano essere sentiti.

Fermi i destinatari della misura cautelare<sup>30</sup>, si è posta la questione chi siano le altre controparti del debitore nel procedimento *ex art. 7 D.L.*, dal momento che le misure

---

<sup>27</sup> Nel senso indicato nel testo, L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 61; F. PLATANIA, *ult. op. loc. cit.*; per una diversa ricostruzione del problema, M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., pp. 16-17, secondo il quale se si volesse assecondare una interpretazione letterale della norma – immaginando dunque che il giudice possa non pronunciare alcun provvedimento nel termine di 10 giorni – salvaguardando al contempo la costituzionalità di quella previsione, si dovrebbe legittimare il debitore a proporre reclamo *ex art. 669-terdecies* c.p.c., non già con finalità impugnatorie di un provvedimento che non c'è, quanto piuttosto per provocare l'esercizio da parte del collegio di un potere surrogatorio, dunque per domandare la pronuncia di un provvedimento che formalmente dichiara inefficaci le misure protettive già operanti.

<sup>28</sup> L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 62.

<sup>29</sup> Tra i tanti, Trib. Roma (decreto), 3 dicembre 2021, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>30</sup> È evidente che in questi casi si tratta di soggetti predeterminati, che possono essere creditori ma anche terzi, dal momento che le esigenze di protezione del patrimonio possono riguardare anche beni che non appartengono al creditore ma sui quali viene comunque esercitata l'attività di impresa.

protettive – quanto meno in astratto – sono destinate ad operare *in incertam personam*, poiché possono colpire la generalità di tutti i creditori.

Le risposte che gli interpreti hanno tentato di dare sono state diverse. C'è chi ha fatto riferimento a tutti i creditori che avessero già intrapreso un'esecuzione forzata nei confronti del debitore<sup>31</sup>; c'è chi ha ampliato la platea anche a coloro che, pur in possesso di un titolo esecutivo, avesse anche solo minacciato l'inizio di un'esecuzione forzata mediante la notifica del precetto<sup>32</sup>; chi ha menzionato anche i creditori che avessero depositato istanza per la dichiarazione di fallimento<sup>33</sup>; chi invece ha valorizzato il richiamo all'elenco dei primi dieci creditori, per ammontare della debenza, individuando anche in costoro i legittimi contraddittori nel procedimento *ex art. 7*<sup>34</sup>.

Non è mancato chi, valorizzando quale termine di paragone il procedimento per la conferma delle misure protettive disciplinato dall'art. 55 CCII, ha ritenuto che nel procedimento *ex art. 7 D.L.* non sussistano contraddittori necessari, ad eccezione dei primi dieci creditori per ammontare, eletti – si è scritto – a rappresentanti istituzionali della categoria<sup>35</sup>.

A me pare che la risposta al problema passi attraverso l'individuazione del *petitum* della domanda di conferma depositata dall'imprenditore. In altri termini, è necessario individuare, caso per caso, quali sono le misure protettive di cui l'imprenditore abbia inteso avvalersi e delle quali chiede conferma al giudice.

Come l'imprenditore può decidere se presentare istanza *ex art. 6 D.L.*, del pari è libero di stabilire quali misure protettive invocare, ad esempio, indicando quali azioni esecutive o cautelari inibire: tutte o solo alcune, anche in ragione dei creditori concretamente invitati al tavolo delle trattative<sup>36</sup>. In base alla scelta compiuta, vanno individuati i soggetti chiamati a contraddire all'udienza (contando oltretutto sul fatto che si tratta di quei creditori ai quali è inibita anche l'autotutela negoziale, in forza della misura protettiva di cui all'art. 6, comma 4, D.L.). Sul punto, conta precisare peraltro che se quando la misura protettiva abbia per oggetto la sospensione di una procedura esecutiva già pendente, sarà onere del debitore instaurare il contraddittorio con tutti i creditori, parti di quell'esecuzione, tanto il precedente quanto gli intervenuti<sup>37</sup>.

L'art. 7, comma 4, ultimo periodo, chiarisce comunque che le misure protettive possono essere circoscritte a “determinate iniziative intraprese dai creditori” ovvero “a determinate categorie di creditori”, lasciando intendere che il ricorso depositato dal debitore possa essere modificato.

---

<sup>31</sup> F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari*, cit., p. 7.

<sup>32</sup> G. COSTANTINO, *Le “misure cautelari e protettive”*, cit., p. 10.

<sup>33</sup> F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari*, loc. cit. Sul punto, peraltro, va detto che l'inibitoria della sentenza dichiarativa di fallimento è misura che non richiede alcuna conferma da parte del giudice, in seno al procedimento *ex art. 7*. Il che, dunque, non credo renda indefettibile, a pena di reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.*, instaurare il contraddittorio con il creditore che abbia formulato istanza per la dichiarazione di fallimento. Così, Trib. Roma, 3 febbraio 2022, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it).

<sup>34</sup> L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 61.

<sup>35</sup> M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., pp. 11-12.

<sup>36</sup> Da questo punto di vista, condivido la conclusione espressa dal Trib. Milano, 27 febbraio 2022, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it) secondo cui è ammissibile la conferma delle misure protettive nei confronti di tutti i creditori; in senso analogo anche Trib. Firenze, 29 dicembre 2021, *ivi*.

<sup>37</sup> In questo senso, v. Trib. Bergamo, 19 gennaio 2022, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it).

Resta inteso che, qualora la richiesta di avvalersi delle misure protettive sia diretta alla generalità dei creditori, l'intera compagine creditizia debba essere destinataria del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza<sup>38</sup>. Se all'udienza verifichi che il contraddittorio non è stato correttamente instaurato con il destinatario del provvedimento cautelare richiesta, o della misura protettiva già effettiva – il giudice potrà disporre un breve rinvio d'udienza, per consentire al creditore di costituirsi, previa ricezione della notifica del ricorso e del decreto. Nulla vieta, in ogni caso, all'interessato di costituirsi spontaneamente in udienza, se abbia appreso *aliunde* della pendenza del giudizio, complice la pubblicazione del numero di ruolo del procedimento, nel registro delle imprese (art. 7, comma 1, D.L).

Va da sé che, là dove le misure protettive siano confermate anche nei confronti di soggetti con i quali il contraddittorio non è stato correttamente instaurato, il provvedimento sarà suscettibile di reclamo ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c.<sup>39</sup>.

Così ricostruito il problema dell'individuazione dei destinatari del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza, va stabilito quale sia il significato da attribuire alla indicazione, che il debitore dovrà rendere, circa l'esistenza dei dieci creditori maggiori per consistenza, in base all'art. 5, comma 3, lett. c), specie se costoro non sono destinatari di alcuna misura protettiva o cautelare richiesta. Il fatto che la legge imponga al debitore l'indicazione dei loro indirizzi di posta elettronica lascia presumere che il giudice possa assumere sommarie informazioni dagli stessi, qualora non fossero destinatari di alcuna misura protettiva o cautelare<sup>40</sup>.

All'indomani della pubblicazione del d.l. 118/2021, gli interpreti si sono interrogati sulle ragioni del mancato richiamo del p.m. nel testo di legge. Il P.M. non è mai menzionato in alcuno degli incidenti giurisdizionali che il percorso traccia.

V'è chi ha ritenuto in dottrina che il p.m., qualora abbia depositato istanza *ex art. 7 l. fall.*, debba essere parte del procedimento di conferma o revoca delle misure protettive. Di là da questa ipotesi, che peraltro non trova d'accordo tutti gli interpreti, credo che il p.m. non sia chiamato a partecipare al procedimento. Né – si è scritto – l'assenza del richiamo del p.m. appare il frutto di una dimenticanza del legislatore. Piuttosto, si è condivisibilmente osservato come sia questa una scelta consapevole compiuta dal legislatore, che muove dall'idea che qui non si è all'interno di una procedura concorsuale, ma di un percorso negoziale<sup>41</sup>.

Né il ruolo del p.m. finisce in questo modo per essere depotenziato, ben potendo in ogni caso ricevere *notitia decotionis* dell'imprenditore, da parte del giudice della composizione negoziata. Se è vero, infatti, che l'imprenditore non subisce alcuno spossessamento, nemmeno attenuato, durante il percorso, è altrettanto vero che l'esperto, sebbene privo di poteri direttivi o di controllo sull'operato del debitore in pendenza delle

---

<sup>38</sup> In senso contrario, Trib. Roma, 3 febbraio 2022, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it) che ha ritenuto inammissibile la richiesta del debitore, formulata con ricorso, di estendere il divieto di azioni esecutive e cautelari alla massa indifferenziata dei creditori.

<sup>39</sup> L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 62. Cfr. Trib. Milano, 24 febbraio 2022, che non ha confermato alcune misure protettive (nella specie, la sospensione di alcune procedure esecutive e cautelari, intraprese dai creditori, constatato che essi non avevano ricevuto notifica del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza da parte del debitore).

<sup>40</sup> I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit., p. 11.

<sup>41</sup> A. JORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 22 dicembre 2022, p. 2; M. FABIANI, *Postilla ad Alberto Jorio*, ivi, p. 1.

trattative, va comunque informato dal debitore, quando costui intenda compiere atti di straordinaria amministrazione ovvero pagamenti non coerenti con lo svolgimento delle stesse o idonei a creare un pregiudizio in capo al ceto creditorio (art. 9, comma 4, D.L.). Se il debitore li compie comunque, l'esperto è obbligato ad iscrivere il dissenso nel registro delle imprese e – per quanto qui maggiormente rileva – a segnalarlo al giudice, qualora siano state confermate misure protettive o siano state concesse misure cautelari, perché esse vengano revocate. Sarà proprio in questa circostanza che il giudice, adito *ex art. 9*, comma 5, D.L., segnalerà al pubblico ministero l'eventuale insolvenza del debitore<sup>42</sup>.

##### 5. *L'udienza e l'istruttoria.*

Vengo all'udienza e al tipo di istruttoria che il giudice è chiamato a compiere, con l'ausilio di un consulente nominato ai sensi dell'art. 68 c.p.c. È anche dal richiamo a questa figura che si coglie qual è il ruolo che il giudice riveste in questa parentesi giurisdizionale.

Si è scritto che, nel momento in cui è chiamato a confermare o meno le misure protettive, o a rilasciare le misure cautelari richieste dal debitore, il ruolo del tribunale si rivela centrale, perché il giudice è chiamato ad operare un bilanciamento tra gli interessi del debitore e le aspettative dei creditori: “un ruolo nevralgico, di grande responsabilità, che impone probabilmente una professionalità del tutto nuova, perché ciò che si richiede al giudice è di cogliere le dinamiche dell'impresa da una prospettiva diversa, per verificare l'utilità di un percorso che dovrebbe restituire valore e benessere collettivo ai consociati e nuove opportunità all'imprenditore, senza pregiudicare ingiustamente i creditori”<sup>43</sup>. A questo, serve, l'ausiliario nominato *ex art. 68 c.p.c.* – che necessariamente dovrà essere altro rispetto all'esperto – e sarà chiamato a verificare le potenzialità ma anche le criticità dell'impresa (dunque, verosimilmente un'aziendalista).

Non meno centrale, poi, è il ruolo che l'esperto svolge in udienza.

I primi provvedimenti hanno saputo sapientemente valorizzare l'art. 7 nella parte in cui dispone che l'esperto debba essere sentito. La sua audizione, in sede di conferma delle misure protettive non mira tanto (o soltanto) a conoscere lo stato delle trattative, che si trovano ad uno stadio iniziale, quanto piuttosto a riferire dell'esito del test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento; della redazione di un piano di risanamento dell'impresa; dell'eventuale interlocuzione con gli organi di controllo dell'impresa, anche al fine di verificare se possa considerarsi veritiero e completo il quadro rappresentato dall'imprenditore.

A tal fine, utili indicazioni provengono dal decreto dirigenziale del 28 settembre che al punto 6.1 precisa che, nel caso di misure a protezione del patrimonio debbano considerarsi anche: i) le disponibilità finanziarie e copertura del fabbisogno finanziario occorrente per l'esecuzione dei pagamenti dovuti; ii) le conseguenze delle misure protettive sugli approvvigionamenti e rischio che i fornitori pretendano pagamenti delle nuove forniture all'ordine o alla consegna; iii) nel caso di estensione delle misure protettive alle esposizioni bancarie, il rischio della loro riclassificazione a ‘crediti deteriorati’ con conseguenze sulla nuova concessione di credito e con particolare riferimento all'estratto della centrale rischi prodotto. È dunque anche (e soprattutto) grazie all'audizione dell'esperto che il giudice

---

<sup>42</sup> A. JORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, cit., p. 3.

<sup>43</sup> I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata*, cit., p. 10.

sarà in grado di cogliere se le misure protettive già operanti meritino conferma, perché funzionali allo svolgimento di una trattativa seria. Ma non solo: nel confermare le misure protettive, e nel prevederne la durata, il giudice non potrà non tenere conto del possibile pregiudizio che esse possono cagionare alla posizione dei creditori. Di qui, dunque, la centralità del contraddittorio con i soggetti concretamente interessati dalle misure protettive.

La questione che si pone riguarda, però, il tipo di pregiudizio che a tal fine risulta rilevante al fine di non confermare le misure protettive.

Mi pare che un'indicazione preziosa provenga dalla lettura dell'art. 7, comma 6, D.L. La norma – invero pensata per la revoca di misure protettive già confermate o per la loro modifica – aggancia il relativo provvedimento del giudice, reso su istanza dell'imprenditore o di uno o più creditori, alla ricorrenza di un duplice presupposto: l'incapacità delle misure protettive di assicurare il buon esito delle trattative ovvero, in alternativa, il fatto che esse appaiano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori.

È stato condivisibilmente osservato che questi due presupposti, come legittimano la caducazione di misure già efficaci, possano invocarsi anche per negare in radice la loro conferma. Così, esemplificando, potrà essere revocata (ovvero non confermata) l'inibitoria di un'esecuzione forzata se il creditore precedente dimostri che nel tempo della sospensione, il bene pignorato – su cui il creditore stesso abbia iscritto ipoteca – rischia di deprezzarsi eccessivamente (ecco il pregiudizio al ceto creditorio); oppure ancora, può essere revocata (ovvero non confermata) la misura protettiva che inibisce l'esecuzione forzata su un certo bene, se esso appartiene al ramo d'azienda che il debitore, nel piano di risanamento che abbia stilato, non intenda trasferire<sup>44</sup>.

Infine, in tema di istruttoria *ex art. 7 D.L.*, resta da dire del possibile rapporto e raccordo tra le misure protettive di cui si chiede la conferma e quelle cautelari che siano già state concesse in sede di procedimento prodromico al fallimento.

La legge non esclude che l'imprenditore insolvente possa accedere alla composizione negoziata della crisi, purché – precisa la norma – l'insolvenza che lo riguarda sia reversibile. Del resto, da un lato, l'art. 2 D.L., nell'occuparsi dell'istanza di nomina dell'esperto, impone all'imprenditore di indicare se contro di lui siano già stati depositati ricorsi per la dichiarazione di fallimento; dall'altro lato, proprio muovendo dall'eventualità che un'istanza ci sia stata, il legislatore annovera tra le misure protettive di cui l'imprenditore intenda avvalersi anche l'inibitoria della dichiarazione di fallimento, lasciando intendere che l'istruttoria prefallimentare possa svolgersi, senza, però che la dichiarazione di fallimento possa pronunciarsi.

Di qui, il problema quale sia la sorte delle misure cautelari già concesse in fase di istruttoria fallimentare<sup>45</sup>.

Non credo che spetti al giudice della composizione negoziata il potere di revocare gli effetti delle misure cautelari, domandate *ex art. 15 comma 8 l. fall.* Quelle misure cautelari sono destinate a perdere effetto solo all'esito del procedimento prodromico (quale che sia la decisione: rigetto dell'istanza o sentenza dichiarativa di fallimento, quest'ultima oltretutto destinata ad essere pronunciata solo una volta che la composizione negoziata

---

<sup>44</sup> M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., p. 14.

<sup>45</sup> In arg. anche G. RANA, *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari*, in *Il fall.*, 2022, spec. p. 160 ss.

sia stata chiusa). Esemplificando, se c'è già stata la nomina di un custode giudiziario in fase di istruttoria prefallimentare è per il suo tramite che la composizione negoziata andrà avviata.

Mi chiedo però quale possa essere la sorte di altri provvedimenti cautelari concessi in sede di istruttoria prefallimentare. Così, ad esempio, mi domando quale sia il destino di un sequestro su un bene immobile, qualora il bene immobile sia parte di un compendio aziendale che l'imprenditore intenda cedere ad un terzo, magari nel contesto di una cessione d'azienda che ambisca a liberare il cessionario dall'accollo cumulativo dei debiti. Anche in questo caso, è da escludere che il giudice della composizione negoziata possa revocare la misura cautelare. Il sequestro sul bene rimarrà trascritto finché il debitore, il cui fallimento sia inibito dalla pendenza della negoziazione assistita, non ottenga dal giudice dell'istruttoria prefallimentare la revoca del provvedimento cautelare, provando l'esistenza di un cessionario interessato all'acquisto del bene, nel contesto della composizione negoziata<sup>46</sup>.

Ad ogni modo, penso che queste situazioni saranno destinate a verificarsi ben di rado, se si considera che la concessione di misure cautelari, in sede di istruttoria prefallimentare, può implicare il vaglio di un'insolvenza che risulti difficilmente sanabile. La concessione di queste misure, della cui esistenza il creditore che abbia formulato istanza per la dichiarazione di fallimento farà constare in udienza, potrebbe indurre il giudice a non confermare la richiesta di misure protettive.

Laura Baccaglini

---

<sup>46</sup> Cfr. sul punto I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit., p. 11, secondo i quali il giudice adito con domanda *ex art. 7 D.L. 118/2021*, escluso possa revocare i provvedimenti cautelari concessi dal tribunale fallimentare, dovrà armonizzare le misure protettive concesse nel contesto della composizione negoziata con le cautele *ex art. 15, comma 8, l. fall.*, “stabilendo le modalità opportune per rendere praticabile la composizione negoziata”.