

APPUNTI SU MISURE PROTETTIVE E CAUTELARI NEL D.L. 118/2021

ANTONIO DIDONE

Le misure protettive

1.- È risaputo che, dopo l'ulteriore rinvio al 16 maggio 2022 dell'entrata in vigore del Codice della crisi disposto dall'art. 1 del d.l. n. 118/2021, convertito in legge 21 ottobre 2021 n. 147, il principale intervento del Legislatore d'urgenza è costituito dall'introduzione dell'istituto della "composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa" (artt. 2-17 d.l. 118/2021) con l'esito finale del concordato liquidatorio semplificato (artt. 18-19), mentre il resto del provvedimento normativo si limita ad anticipare disposizioni contenute nel CCII (contenute negli articoli 58, 59, 60, 61, 62)¹.

Chi scrive, nel pieno della Pandemia da Covid, è stato fra i primi a rilevare che "il codice della crisi contiene un istituto (composizione assistita della crisi) che, depurato dell'allerta c.d. "esterna", potrebbe veramente rivelarsi un "toccasana" nella situazione economica emergenziale prevedibile per i prossimi mesi"².

Con il decreto legge in questione – espunta l'allerta esterna e limitata l'operatività dell'allerta interna, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge di conversione in tema di nomina degli organi di controllo nelle s.r.l. e nelle società cooperative – è stato introdotto un istituto (per adesso è conveniente adottare questa definizione neutra) molto simile alla

¹ Fra i primi commenti su questa Rivista cfr. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, 9 agosto 2021; AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, 23 agosto 2021; GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, 8 settembre 2021, cui adde, *ex aliis*, PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021; JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!*, *ivi*, 1 ottobre 2021 e, da ultimo, PAGNI-FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, *ivi*, 2 novembre 2021.

² Cfr. DIDONE, *Intervista a Ex Parte Creditoris del 12 maggio 2020 nonché Id., La conversione in legge del decreto "liquidità" e le modifiche alla legge fallimentare*, in *Rivista di diritto bancario*, Editoriale, giugno 2020.

composizione assistita della crisi disciplinata dal CCII ma caratterizzato dalla tendenza ad eliminare qualsiasi intervento dell'Autorità giudiziaria se non quando indispensabile. Precisamente: a. negli incidenti relativi alla conferma delle misure protettive o pronuncia di provvedimenti cautelari; b. quando si tratta di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili, o di esentare il cessionario, in caso di cessione di azienda, dai debiti pregressi contratti dal cedente, in deroga all'art. 2560 c.c.; c. qualora sia necessario rideterminare il contenuto di clausole negoziali di un contratto ad esecuzione periodica o differita, qualora le prestazioni siano divenute eccessivamente onerose a causa della pandemia Covid-19 e le parti non siano state in grado, in sede di trattativa, di rinegoziare il contratto.

Si è rilevato che «un'autorità giudiziaria non invasiva, perché addirittura messa da canto, è in linea con l'impronta liberista dell'universo delle nostre imprese, che mal sopporterebbero di sentire aleggiare la presenza statale nella quotidianità di aziende che cercano di ritrovare faticosamente un nuovo equilibrio»³.

A tali rilievi, peraltro, si è replicato che «il paradigma della conservazione dell'impresa come valore da tutelare si è accompagnato alla sottolineatura della necessità di tenere sempre in conto l'interesse dei creditori, e non è stata fatta nessuna concessione all'idea di un contesto privatistico che non fosse in alcun modo controllato dall'Autorità giudiziaria: al contrario, si è cercato il punto di equilibrio tra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale già in una fase in cui l'imprenditore, invece, conserva la gestione della propria attività perché, indipendentemente da quale sia la propria effettiva condizione, sta ancora valutando, coi propri professionisti, se e come accostarsi all'universo delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza»⁴.

Stando all'**analisi di impatto della regolamentazione** (AIR) relativa al CAPO I del decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118, (trasmessa al Senato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in data 8 settembre 2021), si tratterebbe di «uno strumento del tutto innovativo volto ad incentivare la precoce emersione di situazioni di squilibrio e la loro gestione in vista del risanamento dell'impresa. Si tratta, in particolare, di un **percorso** negoziale e stragiudiziale atto ad agevolare le trattative con i creditori e con i soggetti interessati dal procedimento di ristrutturazione».

³ LEUZZI, *Una rapida lettura dello schema di DL recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in *www.dirittodellacrisi*, 6. Conf.: S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, cit., 19.

⁴ FABIANI-PAGNI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit., 5.

L'art. 6 disciplina le misure protettive disponendo che l'imprenditore può chiedere, con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le modalità di cui all'articolo 5, comma 1, l'applicazione di misure protettive del patrimonio.

L'istanza di applicazione delle misure protettive è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa, mentre non sono inibiti i pagamenti.

Le misure protettive non riguardano i diritti di credito dei lavoratori.

Viene spontaneo il raffronto con l'art. 168 l. fall., il quale disciplina le misure protettive conseguenti alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, effetti che perdurano fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo e consistenti nel divieto per i creditori per titolo o causa anteriore, sotto pena di nullità, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e non anche *sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa*, dunque anche di proprietà di terzi, come previsto dal d.l. 118. Inoltre, le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano. Questa previsione manca del d.l. 118.

Nel concordato preventivo, infine, i creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'art. 167 l. fall. e le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Le misure protettive del d.l. 118 non prevedono tale ultima inefficacia mentre per i diritti di prelazione l'accordo con l'imprenditore sostituisce l'autorizzazione del tribunale.

Per converso, la composizione negoziata della crisi è protetta anche dalle istanze di fallimento perché dal giorno della pubblicazione dell'istanza di misure protettive e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata (v. infra § 4).

La norma di chiusura contenuta nell'art. 6 prevede che i creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore

per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di misure protettive.

L'art. 20 del Codice della crisi prevede, invece, che il debitore che ha presentato istanza per la soluzione concordata della crisi possa chiedere al giudice (alla sezione specializzata in materia di imprese) la pronuncia delle necessarie misure protettive.

Tra le misure protettive che nel vigore del Codice andrebbero concesse dal giudice ve n'è una che ha provocato rilievi critici in dottrina ed è quella disciplinata dall'art. 8 del d.l. 118 rubricato «Sospensione di obblighi e di cause di scioglimento di cui agli articoli 2446, 2447, 2482 -bis , 2482 -ter , 2484 e 2545 -duodecies del codice civile».

Essa discende dalla mera volontà dell'imprenditore.

Invero, con l'istanza di nomina dell'esperto, o con dichiarazione successivamente presentata con le modalità di cui all'articolo 5, comma 1, l'imprenditore può *dichiarare* che, sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, non si applicano nei suoi confronti gli articoli 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482 -bis , quarto, quinto e sesto comma, e 2482-ter del codice civile (*provvedimenti da adottare in caso di riduzione del capitale per perdite e di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale*) e non si verifica la *causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile*. A tal fine, l'istanza o la dichiarazione sono pubblicate nel registro delle imprese e gli effetti decorrono dalla pubblicazione.

Secondo parte della dottrina la previsione non è imposta dall'attuazione della Direttiva che lascia agli Stati membri ampio margine di manovra e, inoltre, «non si tratta solo della scelta autonomamente proposta dal legislatore del d.l. 118, della disattivazione delle regola “ricapitalizza o liquida” del diritto societario quanto piuttosto della sostituzione alla normativa presidiale sia societaria che concorsuale, di un potere di gestione quanto mai ampio dell'imprenditore in crisi che conserva la *gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa* (art. 9) senza alcun tendenziale obbligo conservativo ordinariamente previsto dall'art 2486 c.c.: nella sola ipotesi in cui l'imprenditore ritenga probabile l'insolvenza, la sua gestione deve evitare la realizzazione di un pregiudizio alla *sostenibilità economico finanziaria dell'attività*»⁵.

Tale critica, peraltro, andrebbe rivista alla luce della modifica dell'art. 9, comma 1, introdotta dalla legge di conversione, a seguito della quale la

⁵ LICCARDO, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: Il mercato delle regole*, in www.giustiziainsieme.it, 7 settembre 2021, 5.

norma prevede che «nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa. L'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività», ma «quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è *insolvente* ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa **nel prevalente interesse dei creditori**. Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore».

Ma la vera criticità – ad avviso di chi scrive – va vista nel coordinamento della deroga alla regola “ricapitalizza o liquida” con la norma di cui all'art. 10, comma 1, d.l. 118 in forza della quale, su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può:

a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

b) autorizzare l'imprenditore **a contrarre finanziamenti dai soci prededucibili** ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

c) autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese di cui

all'articolo 13 del presente decreto a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

Per quanto riguarda il finanziamento dei soci la deroga all'art. 2467 c.c. non è prevista come, invece, nell'art. 182 quater l. fall. e la prededuzione è integrale, non limitata all'80% come nella legge fallimentare e, in tutti i casi innanzi previsti di finanziamento, la prededucibilità in caso di successiva procedura concorsuale discende dall'essere le ipotesi in questione espressamente previste dalla legge. Dunque, una volta autorizzati i finanziamenti la prededuzione li assiste a prescindere dalla corretta valutazione della funzionalità rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.

Quanto ai finanziamenti dei soci, la norma sulla prededuzione, aggiunta alla sospensione della regola ricapitalizza o liquida crea una situazione del tutto contraria allo spirito dell'art. 2467 c.c.

D'altra parte (e, ancora, torna utile il raffronto con il Decreto Liquidità) con l'art. 8 d.l. 8 aprile 2020, n. 23, rubricato “Disposizioni temporanee in materia di finanziamenti alle società”, è stato disposto che: «Ai finanziamenti effettuati a favore delle società dalla data di entrata in vigore

del presente decreto e sino alla data del 31 dicembre 2020 non si applicano gli articoli 2467 e 2497 quinquies del codice civile»⁶.

La deroga è esplicita e limitata nel tempo.

Il contrario di quanto previsto dal d.l. 118.

La criticità, poi, si accentua se si riflette che la norma sulla prededucibilità dei finanziamenti dei soci e quella sulla deroga alla regola “ricapitalizza o liquida” potranno essere applicate da società che, in forza dell’art. 6 del d.l. n. 23/2020, è stata dal Legislatore disposta la sospensione temporanea della regola “ricapitalizza o liquida” per le «perdite emerse nell’esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020».

2. – L’ art. 7 del decreto disciplina il **procedimento** relativo alle misure protettive e cautelari prevedendo che, quando l’imprenditore formula la richiesta di misure protettive (di cui all’articolo 6, comma 1), con ricorso presentato al tribunale competente ai sensi dell’articolo 9 l. fall., lo *stesso giorno della pubblicazione* dell’istanza e dell’accettazione dell’esperto, deve chiedere la conferma o la modifica delle misure protettive e, ove occorre, l’adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative.

Entro trenta giorni dalla pubblicazione di cui al medesimo articolo 6, comma 1, l’imprenditore chiede la pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato.

L’omesso o il ritardato deposito del ricorso è causa di inefficacia delle misure previste dall’articolo 6, comma 1 del decreto e, decorso inutilmente il predetto termine di trenta giorni per la pubblicazione del numero di ruolo, l’iscrizione dell’istanza è cancellata dal registro delle imprese.

L’imprenditore, unitamente al ricorso, deposita:

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;

⁶ Per rilievi critici sulla disposizione cfr. D’ANTONIO, *Sterilizzazione della postergazione del finanziamento soci per attraversare indenni la pandemia: tutela della società o dei soci finanziatori?*, in *IFallimentarista.it*, 27 ottobre 2021.

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, con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

Entro dieci giorni dal deposito del ricorso, il tribunale fissa, con decreto, l'udienza, da tenersi preferibilmente con sistemi di videoconferenza.

Il decreto è notificato dal ricorrente con le modalità indicate dal tribunale che prescrive, ai sensi dell'articolo 151 del codice di procedura civile, le forme di notificazione opportune per garantire la celerità del procedimento.

Il tribunale, se verifica che il ricorso non è stato depositato nel termine previsto dal comma 1, dichiara l'inefficacia delle misure protettive senza fissare l'udienza di comparizione delle parti.

Gli effetti protettivi prodotti ai sensi dell'articolo 6, comma 1, cessano altresì se, nel termine di cui al primo periodo, il giudice non provvede alla fissazione dell'udienza. E' quanto dispone l'art. 7, comma 3, ultimo periodo; norma che, secondo una parte della dottrina, suscita dubbi di legittimità costituzionale in quanto «in generale, l'esercizio di un diritto non può essere condizionato dalla diligenza del giudice o dell'ufficio giudiziario. La perentorietà dei termini riguarda le parti. Non può mai riguardare il giudice. Questi può essere responsabile in sede disciplinare, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. q), d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, e in sede civile per «denegata giustizia», ai sensi dell'art. 3, comma 1, l. 13 aprile 1988, n. 117 (novellata dalla l. 25 febbraio 2015, n. 18), per l'inosservanza dei termini previsti per la sua attività, ma la sua inerzia non può mai essere la causa della definizione di un procedimento civile, amministrativo, tributario o contabile»⁷.

All'udienza il tribunale, sentiti le parti e l'esperto e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, nomina, se occorre, un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile e procede agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti ai sensi del comma 1 e ai provvedimenti di conferma, revoca o modifica delle misure protettive.

⁷ COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive»*, in *InExecutivis*, 15 ottobre 2021, 9, secondo il quale «<<Diversa è la situazione nel processo penale, come indica il dibattito in corso sugli effetti della prescrizione>>».

Se le misure protettive o i provvedimenti cautelari richiesti incidono sui diritti dei terzi, costoro devono essere sentiti.

Il tribunale provvede con ordinanza con la quale stabilisce la durata, non inferiore a trenta e non superiore a centoventi giorni, delle misure protettive e, se occorre, dei provvedimenti cautelari disposti.

Il giudice che ha emesso i predetti provvedimenti, su istanza delle parti e acquisito il parere dell'esperto, può prorogare la durata delle misure disposte per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative ma, in ogni caso, la durata complessiva delle misure non può superare i duecentoquaranta giorni.

Su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, le misure possono essere *limitate* a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.

Come può essere disposta la proroga della durata così, *su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto*, il giudice che ha emesso i provvedimenti può, in qualunque momento, sentire le parti interessate, revocare le misure protettive e cautelari, o abbreviarne la durata, quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti.

I procedimenti disciplinati dall'articolo 7 d.l. 118 si svolgono nella forma prevista dagli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile e il tribunale provvede in composizione monocratica con ordinanza comunicata dalla cancelleria al registro delle imprese entro il giorno successivo.

Contro l'ordinanza è ammesso reclamo ai sensi dell'articolo 669 - terdecies del codice di procedura civile.

Dunque il Legislatore ha ritenuto di applicare il procedimento cautelare uniforme e, alla possibile obiezione della mancanza di strumentalità delle misure, si è replicato che «nella composizione negoziata le misure protettive sono strumentali ad assicurare l'esito positivo delle trattative nei termini di cui all'art. 11 d.l. 118/2021». Pertanto, «le misure possono essere confermate quando (i) il tribunale si convince che esiste una ragionevole probabilità di perseguire il risanamento (*fumus boni iuris*) e quando (ii) il tribunale reputa che le misure, nella gradazione necessaria, siano funzionali a raggiungere quel risultato, sicché la loro assenza potrebbe pregiudicare il risanamento (*periculum in mora*)»⁸.

⁸ FABIANI-PAGNI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit., 12.

Il vero salto di qualità che si richiede – si è aggiunto - «è quello di cogliere le dinamiche dell’impresa da una prospettiva diversa, non quella del giudice che a posteriori valuta le condotte, ma quella di chi, *ex ante*, è chiamato a 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» e ciò giustifica la possibilità di fare ricorso ad un ausiliario il quale «dovrà aiutare il giudice a misurare le potenzialità dell’impresa e al contempo a fare emergere le criticità dell’attività svolta»⁹.

3.- E’ ora opportuno aprire una breve parentesi per consentire di segnalare con la dovuta chiarezza alcuni profili di criticità.

Con l’art. 10 decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, come convertito dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, rubricato “Disposizioni temporanee in materia di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza”, il Legislatore dell’emergenza pandemica ha disposto l’improcedibilità (con qualche eccezione prevista nel secondo comma) di «tutti i ricorsi ai sensi degli articoli 15 e 195 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e 3 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020».

Ha avuto cura, però, di prevedere che quando alla dichiarazione di improcedibilità dei ricorsi presentati nel periodo di cui al comma 1 avesse fatto seguito, «entro il 30 settembre 2020, la dichiarazione di fallimento, il periodo di cui al comma 1 non viene computato nei termini di cui agli articoli 10, 64, 65, 67, primo e secondo comma, 69-bis e 147 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

In questa formulazione introdotta in sede di conversione in legge risultano correttamente integrati i richiami normativi, nel decreto previsti solo agli artt. 10 e 69 bis l. fall., così meritando le critiche della dottrina¹⁰ ma resta valida la giustificazione della norma contenuta nella Relazione al decreto: la *ratio* è quella di evitare che il blocco dei procedimenti disposto dalla norma precludesse «irreversibilmente la proposizione delle istanze nei confronti delle imprese cancellate» e venisse «a riverberarsi in senso negativo sulle forme di tutela della *par condicio creditorum*». Pertanto, la disposizione in esame «prevede la sterilizzazione del periodo di blocco sia ai fini del calcolo dell’anno decorrente dalla cancellazione dal registro delle

⁹ FABIANI-PAGNI, *op. loc. cit.*

¹⁰ LIMITONE, *Breve commento all’art. 11 decreto liquidità*, in www.ilcaso.it, 8 aprile 2020; IRRERA-FREGONARA, *La crisi d’impresa e la continuità aziendale ai tempi del Coronavirus*, in www.ilcaso.it, 15 aprile 2020, p. 11 ss.; IRRERA, *Le novità in tema di procedure concorsuali nella conversione in legge del decreto liquidità (ovvero di quando i rimedi sono peggiori del male o inefficaci)*, *ivi*.

imprese sia ai fini del calcolo dei termini stabiliti dall'articolo 69 bis del regio decreto 16 merse 1942, n. 267 per la proposizione delle azioni revocatorie».

Va segnalato, peraltro, che la dottrina, mentre ha salutato «con favore l'estensione del periodo di sterilizzazione anche ai termini di cui agli artt. 64, 65, 67, primo e secondo comma e 147 l. fall., che era stata suggerita durante la pendenza del D.L. 23/2020», per converso ha stigmatizzato che l'*incipit* del comma 3 dell'art. 10 «conferma la necessità che, per fruire della sterilizzazione del periodo di improcedibilità delle istanze di fallimento sia necessario che: a) una espressa dichiarazione in tal senso sia stata pronunciata dal tribunale; b) a questa declaratoria sia seguita l'apertura del fallimento; c) la sentenza dichiarativa sia stata pronunciata entro il 30/09/2020»¹¹.

4.- Dopo la premessa sui precedenti in merito alla improcedibilità dei ricorsi per fallimento (e per la dichiarazione dello stato di insolvenza) si può tornare al tema di questi brevi appunti.

La norma che più interessa ai fini del presente intervento è contenuta nell'art. 6 del decreto, che consente all'imprenditore in difficoltà, allo scopo di garantire il buon esito delle trattative, la possibilità di richiedere misure protettive¹².

Quanto agli effetti protettivi, si è visto che, a decorrere dal giorno della pubblicazione, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa, mentre "non sono inibiti i pagamenti".

Ma non è alla eventuale revoca di tali pagamenti che è rivolta l'attenzione di questo intervento né agli atti disciplinati dall'art. 12, commi 2 e 3 del decreto¹³.

¹¹ BACCAGLINI, in AA.VV., *Il processo civile solidale* (a cura di), A. Didone e F. De Santis, Milano, 2020, 360.

¹² Sugli "incidenti" relativi alle misure protettive v., per tutti, anche per maggiori indicazioni bibliografiche, COSTANTINO, *op. cit.*, passim; FABIANI-PAGNI, *op. cit.*, passim; BACCAGLINI-DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *dirittodellacrisi.it*

¹³ <<Non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67, secondo comma, l. fall. gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti mentre gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di cui agli articoli 66 e 67 l. fall. se, in

Invero, fra gli effetti della richiesta di misure protettive quello più rilevante è previsto dal comma 4 dell'art. 6, in forza del quale dal giorno della pubblicazione dell'istanza relativa alle misure protettive e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, **non può essere pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento** o di accertamento dello stato di insolvenza.

Con l'art. 23 del decreto, poi, si sancisce l'improcedibilità, fino 31 dicembre 2021, dei ricorsi per la risoluzione del concordato preventivo e i ricorsi per la dichiarazione di fallimento proposti nei confronti di imprenditori che hanno presentato domanda di concordato preventivo con continuità aziendale ai sensi dell'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, omologato in data successiva al 1° gennaio 2019.

Ciò – spiega la Relazione - al fine di incentivare la soluzione negoziata delle crisi, con particolare riferimento alle crisi presumibilmente innescate dalla pandemia in corso.

Peraltro, sia nel caso di cui all'art. 6, comma 4, del decreto sia nel caso di cui all'art. 23, per la parte ora ricordata, il Legislatore non ha ritenuto opportuno introdurre una disposizione analoga a quella dell'art. 10, comma 3, d.l. n. 23/2020, atta ad “evitare che il blocco dei procedimenti disposto dalla norma precludesse «irreversibilmente la proposizione delle istanze nei confronti delle imprese cancellate» e venisse «a riverberarsi in senso negativo sulle forme di tutela della par condicio creditorum»”, come spiega la Relazione al d.l. Liquidità.

Per meglio comprendere ciò che si vuol sostenere, va evidenziato che la composizione negoziata è possibile anche quando pendono i procedimenti pre-fallimentari al momento dell'entrata in vigore della relativa disciplina (15 novembre 2021).

Lo si ricava dalla espressa disposizione del decreto legge, il quale fa obbligo all'imprenditore richiedente di indicare le istanze di fallimento pendenti a suo carico e di aggiornare l'elenco in caso di richiesta successiva di misure protettive, richiesta che a norma dell'art. 6 comma 4 produce la sospensione anche dei procedimenti pre-fallimentari per tutta la durata del procedimento di composizione della crisi. Inoltre, l'art. 23, comma 2, del decreto dispone che non può presentare l'istanza di accesso alla negoziazione l'imprenditore nei cui confronti è pendente un procedimento introdotto con domanda di omologazione di ADR o di concordato preventivo anche solo in bianco.

relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 9, comma 4, o se il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'articolo 10>>.

Conferma ulteriore che l'imprenditore con istanze pendenti di fallimento può presentare l'istanza di negoziazione, anche con richiesta di misure protettive.

Va chiarito che ciò che è inibita è la pronuncia della sentenza di fallimento o dichiarativa dello stato di insolvenza ma non la presentazione di istanze di fallimento e la loro istruzione.

Tuttavia, cosa accade se nei sei mesi precedenti il debitore ha eseguito un pagamento preferenziale?

La durata della negoziazione può oscillare da 180 giorni a 240 giorni (quando sono richieste misure protettive e il tribunale accoglie l'istanza di proroga delle parti, sentito l'esperto: art. 7, comma 5, del d.l.), ma già il termine di 180 giorni può neutralizzare qualsiasi revocatoria di pagamento tenuto conto della necessità di riattivazione della procedura pre-fallimentare e della circostanza che non sono disciplinati i rapporti tra negoziazione e procedimento pre-fallimentare.

Lo stesso discorso va fatto con riferimento alle ipotesi in cui l'istanza di composizione negoziata sia presentata prima del deposito di un'istanza di fallimento. Ciò, ovviamente, dopo il 15 novembre 2021. Allo spirare dei 180 giorni, magari prorogati ex art. 7 d.l. 118/2021, in difetto di composizione della crisi e in mancanza di concordato semplificato, difficilmente potrà essere dichiarato il fallimento (se il debitore era insolvente) in tempo utile per la proposizione della revocatoria di pagamenti eseguiti nei sei mesi precedenti all'inizio del "percorso" stragiudiziale, come è chiamata la procedura negoziale in esame dalla Relazione.

La sterilizzazione del tempo occorrente per le trattative, peraltro, poteva avvenire sia mediante l'introduzione di una norma analoga a quella inserita nel decreto legge "Liquidità", cui si è fatto riferimento sub § 3, sia semplicemente anticipando un'altra norma del Codice della crisi, ossia quella contenuta nell'art. 166 CCII, in forza della quale i termini del c.d. periodo sospetto vanno fatti decorrere a ritroso dal momento della presentazione della domanda alla quale ha fatto seguito l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale¹⁴.

5.- Replicando a rilievi sollevati dalla dottrina circa la possibilità che l'imprenditore compia atti di straordinaria amministrazione o pagamenti

¹⁴ Nel nostro caso il fallimento: v. in argomento DIDONE, *Effetti della liquidazione giudiziale sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Crisierisanamento.it*, Editoriale del 11 Gennaio 2021.

senza informare l'esperto che aveva fatto la segnalazione¹⁵ si è sostenuto che è vero che vi potranno essere condotte opportunistiche dell'imprenditore, come del resto in ogni sede, «ma qui non mancano antidoti adeguati, senza che vi sia il bisogno di ricorrere all'onnipresente "frode" che pervade il codice della crisi per evitare pregiudizi ai creditori. Questi potranno, difatti: *i*) fare istanza *ex art.* 7, comma 6°, perché il giudice revochi le misure protettive e cautelari, o ne abbrevi la durata (ciò che nel meccanismo dell'art. 168 non è previsto); *ii*) presentare ricorso di fallimento (che non è inibito, a differenza della pronuncia della sentenza)»¹⁶.

Si è aggiunto, poi, che «alle iniziative dei creditori, si può accompagnare, quando l'imprenditore versi in stato di insolvenza, la trasmissione della *notitia decoctionis* dal tribunale al pubblico ministero ai sensi dell'art. 7 l.fall., recuperandosi così anche l'iniziativa pubblica»¹⁷.

Senonché, non vi è chi non veda che suggerire ai creditori di presentare un ricorso per dichiarazione di fallimento che non può essere deciso non sembra una soluzione alla criticità rilevata così come non appare risolutivo affermare che il tribunale può (anzi deve) esercitare il potere di segnalazione al pubblico ministero qualora ravvisi uno stato di insolvenza, posto che anche la richiesta del pubblico ministero potrà restare senza decisione fino alla revoca delle misure protettive.

In ogni caso, non viene suggerito alcun rimedio alla situazione per la quale la revocabilità degli atti sopra indicati «richiede che si arrivi alla dichiarazione di fallimento e che i tempi siano tali da consentire il ricorso a tale strumento, non essendo riprodotta ... la retrodatazione di cui al secondo comma dell'art. 69-bis l. fall. alla data di presentazione della domanda di omologa del concordato semplificato, né, tanto meno, a quella di richiesta di nomina dell'esperto», sicché la revocatoria ipotizzata dall'art. 12, co. 3, per gli «atti straordinari compiuti nel corso della composizione negoziata nel dissenso dell'esperto, diventa il più delle volte inoffensiva per il quasi sicuro decorso di sei mesi tra la data del compimento dell'atto e quella di dichiarazione di fallimento»¹⁸, sempre che il percorso non si concluda con un concordato semplificato.

¹⁵ BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it*, 54.

¹⁶ FABIANI-PAGNI, *op. cit.* pagg 10-11.

¹⁷ FABIANI-PAGNI, *op. loc. cit.*, per i quali, ovviamente, si deve auspicare che, a regime, ciò accada in casi marginali se il percorso verrà avviato, in futuro, come si spera, da imprenditori non ancora insolventi.

¹⁸ BOZZA, *op. cit.*, 55.

Peraltro, non si è in presenza di una procedura concorsuale, sicché non è ipotizzabile l'applicazione dell'art. 69 bis l. fall. e, d'altra parte, è proprio quest'ultima disposizione (e, prima ancora, il principio di consecuzione di creazione giurisprudenziale) che rende superfluo un meccanismo di revoca o abbreviazione di termini per l'art. 168 l. fall.

6.- Misure protettive e misure cautelari

L'art. 15, comma 8, della vigente l. fall. dispone che il tribunale, in sede di procedimento pre-fallimentare, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza.

La dottrina ha correttamente evidenziato che le misure cautelari previste dall'art. 7 d.l. 118 sono diverse da quelle che può pronunciare il tribunale ai sensi dell'art. 15 l. fall.¹⁹ e – in quanto richieste dal debitore – coincidono con quelle previste dall'art. 2 CCII secondo cui sono tali «i provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza».

Si è precisato, in proposito, che «i provvedimenti cautelari del codice sono strumentali ad assicurare gli effetti delle procedure, mentre quelli del d.l. 118 sono strumentali a condurre a termine le trattative: l'obiettivo è solo parzialmente diverso ma la strada è la stessa, perché per assicurare gli effetti delle procedure e per proteggere le trattative occorrono misure che, del pari, proteggano il patrimonio del debitore o i beni che compongono l'impresa»²⁰.

Si è allora concluso nel senso che «i provvedimenti cautelari del d.l. 118/2021 possano avere, intrinsecamente, una funzione protettiva: ciò in vista del buon esito delle trattative e cioè del perseguimento del risanamento tramite una delle soluzioni di cui all'art. 11 d.l. 118/2021»²¹.

Secondo una parte della dottrina «appare ragionevole ritenere che i provvedimenti cautelari previsti dall'art. 6, comma 1, d.l. 24 agosto 2021, n. 118, siano diretti ad ottenere la sospensione o lo scioglimento di contratti in corso, in sintonia con quanto previsto dall'art. 169 bis, comma 1, l.f.,

¹⁹ COSTANTINO, *op. cit.*, 6.

²⁰ FABIANI-PAGNI, *op. cit.*, 14.

²¹ FABIANI-PAGNI, *op. loc. cit.*

corrispondente all'art. 97 c.c.i., e che le «misure protettive del patrimonio» consistano nella dichiarazione di inammissibilità e di improcedibilità delle azioni cautelari ed esecutive»²².

Quanto ai rapporti tra eventuali misure cautelari disposte ai sensi dell'art. 15 l. fall. che, nella giurisprudenza di merito, hanno assunto il contenuto più disparato²³ e le misure disciplinate dal d.l. 118, in dottrina si è rilevato che il riferimento letterale che l'art. 6 fa ai 'creditori' consente di affermare «che le azioni inibite sono quelle individuali, e che perciò le misure cautelari dell'art. 15, 8° comma, l.fall. non dovrebbero venire colpite dal divieto dato che, sebbene siano anch'esse chieste dai creditori, vengono concesse, tuttavia, a protezione di un interesse collettivo»²⁴.

Si è suggerita, allora, una lettura di sistema secondo la quale deve essere «il giudice della composizione negoziata a stabilire se le misure concesse dal tribunale fallimentare possano continuare a produrre effetti nella composizione negoziata»²⁵ ma non nel senso che il giudice delle misure del d.l. 118/2021 possa revocare i provvedimenti concessi dal tribunale fallimentare bensì nel senso che «nel pronunciarsi sulle misure dell'art. 6 il giudice debba armonizzarle con le cautele disposte ai sensi dell'art. 15 l.fall., stabilendo le modalità opportune per rendere praticabile la composizione negoziata»²⁶.

²² COSTANTINO, *op. loc. cit.*

²³ V., ad es., Trib. Siracusa, 2.11.2012, in *ilcaso.it*, secondo cui il tribunale può, ai sensi dell'ottavo comma dell'articolo 15 della legge fallimentare ed allo scopo di evitare la dispersione dell'attivo fallimentare, inibire il pagamento di somme dovute all'impresa della quale è stata chiesta la dichiarazione di fallimento per tutto il tempo necessario alla conclusione del procedimento.

²⁴ FABIANI-PAGNI, *op. cit.*, 16.

²⁵ FABIANI-PAGNI, *op. loc. cit.*

²⁶ FABIANI -PAGNI, *op. cit.*, 16-17.