

La tutela del patrimonio e dell'impresa del debitore tra misure protettive e cautelari nel Codice della crisi

1.- Premessa

Le misure protettive e cautelari rispondono ad esigenze cruciali nelle dinamiche della crisi o insolvenza dell'impresa e del sovrindebitamento.¹

Ad entrambe il d.lgs. n. 14/2019² recante il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza dedica, raccogliendo l'eredità della legge fallimentare, ampio spazio prima nelle definizioni (art. 2, lett. p e q) e poi nei vari plessi normativi che ne costruiscono la disciplina.

Nell'ambito dell'intreccio di temi posti da questi strumenti di tutela e dei numerosi altri presupposti ed implicati, questo scritto si soffermerà sul quesito della possibile sovrapposizione dei loro contenuti.

Le misure cautelari e quelle protettive sono cioè espressione, nella logica del Codice, di mondi diversi e separati, rispondendo a differenti esigenze di tutela, sicché laddove operano le une sono escluse le altre? O invece, pur restando diverse quanto a struttura e disciplina, possono coincidere nel contenuto e rispondere alle stesse esigenze di tutela?

Il dubbio, che si pone oggi agli interpreti ma con cui dovrà a breve confrontarsi la realtà applicativa, è particolarmente serio in ragione della temporaneità "secca" delle misure protettive. Se infatti la loro durata massima maturasse in un contesto in cui permangono le esigenze che ne giustificarono la presenza, quelle esigenze potrebbero ancora trovare tutela, sia pure per la diversa via delle misure cautelari, o dovrebbe ritenersene la sopravvenuta irrilevanza? Potrebbero cioè le misure cautelari, in ragione della loro atipicità, assumere i contenuti delle misure protettive oramai perentorie?

E, viceversa, potrebbero le misure protettive assumere, nel loro terreno di elezione, contenuti atipici, modellati cioè di volta in volta dal giudice sulle concrete esigenze di tutela rappresentate dal debitore?

La risposta, su cui si registra già un certo contrasto tra gli interpreti, non può che basarsi anzitutto sulla fisionomia delle misure protettive e cautelari risultante dal Codice. La prassi applicativa ne rappresenta tuttavia chiave di lettura privilegiata perché mostra la complessità degli scenari con cui occorre confrontarsi e la capacità "mimetica" degli strumenti, sia pure diversi, deputati dalla legge fallimentare a farvi fronte e che il Codice ha oggi recepito.

Questo spiega l'andamento ondivago della trattazione, che parte dal testo del Codice risalendo alla legge fallimentare, approda alla prassi applicativa e ritorna al testo scritto di nuovo conio, nel tentativo di coglierne le direttrici di fondo alla luce dell'esperienza maturata in costanza della legge fallimentare.

¹ Non saranno qui prese in considerazione le misure protettive e cautelari previste per il sovrindebitamento, per la cui illustrazione si rinvia perciò a FARINA P., *Tutela esecutiva individuale, misure protettive e procedure negoziali di composizione della crisi: un (complesso) ménage à trois*, in *Riv. es. for.*, 2019, 270 ss.

² Con il quale è stata attuata la delega di cui alla l. 155/2017. In generale, sui rapporti tra normativa di delega e normativa delegata v., per tutti, tra i primi commentatori, FABIANI M., *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.* 2019, I, 162 ss; LO CASCIO, *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Il Fallimento*, 2019, 263 ss.

2.- Misure protettive e misure cautelari nelle definizioni del Codice della crisi

La fisionomia delle misure protettive emergente dall'art. 2, 1° comma, lett. p)³ del Codice è incentrata sulle iniziative individuali dei creditori: si tratta infatti, stando alla definizione datane da questa disposizione, di quelle “(...) misure temporanee disposte dal giudice allo scopo di evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, fin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza”.

Quali siano le evocate “azioni dei creditori” e quali le “iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza” emerge poi da una serie di disposizioni, alcune collocate nella Sezione che il Codice intitola e dedica proprio alle “Misure cautelari e protettive”⁴ (artt. 54 e 55), altre sparse in luoghi diversi del Codice e regolanti gli effetti (col)legati all'accesso alle procedure di omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

In particolare nell'art. 54, dedicato ai profili di struttura delle misure cautelari e protettive, si legge (2° comma) che se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'art. 40,⁵ dalla data della relativa pubblicazione nel Registro delle imprese i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio. La disposizione prosegue poi sancendo, quale contrappeso a favore dei creditori stessi⁶, che dalla medesima data le prescrizioni restano sospese e le decadenze non si verificano.

La domanda di cui all'art. 40 è quella di accesso ad una delle procedure per la regolazione della crisi e dell'insolvenza e nella specie la domanda di accesso alla liquidazione giudiziale (oggi fallimento: art. 41), riservata, oltre che al debitore, anche ai creditori, al P.M. ed agli organi dotati di poteri di vigilanza e controllo sull'impresa, la domanda di omologazione del concordato preventivo, anche con riserva, e la domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 44), riservate invece al solo debitore.⁷ Il quadro va integrato con il 3° comma dell'art. 54 che consente la richiesta delle “misure protettive di cui al comma 2” anche all'imprenditore che abbia fatto istanza di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti cd. “in bianco”⁸, sicché tutti gli effetti che il 2° comma collega alla domanda di concordato conseguono anche a quella di pre-accordo di ristrutturazione. Effetti che poi si conservano se, nel termine assegnato per il deposito degli accordi di ristrutturazione, il debitore deposita invece la domanda di omologazione del concordato preventivo (art. 54, 6° comma).

³ Disposizione intitolata e dedicata, nell'ambito del Titolo I “Disposizioni generali”, Capo I, “Ambito di applicazione e definizioni”, appunto alle “Definizioni.”

⁴ La Sezione III del Capo IV del Codice, intitolato “Accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza”.

⁵ Su quello che il Codice definisce ambiziosamente, nella Sezione II del Capo IV (Accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza) intitolata “Procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza” (aperta proprio dall'art. 40), “procedimento unitario”, appunto, v. le ampie (e condivisibili) considerazioni di PAGNI, *L'accesso alle procedure di regolazione nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, 2019, 550 ss.

⁶ Di più pregnante tenore testuale si presenta, da questo punto di vista, l'art. 168, 2° comma, l. fall., per il quale “Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano”. Gli “atti predetti” sono, naturalmente, quelli introduttivi di un procedimento cautelare o esecutivo a carico del debitore.

⁷ La differente ampiezza della legittimazione ad agire emerge da altre disposizioni ancora, ed in particolare dagli artt. 37 e 38 del Codice che compongono (insieme all'art. 39) la Sezione I del Capo IV, dedicata proprio all'iniziativa per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

⁸ “(...) anche nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, allegando la documentazione di cui all'art. 57 e la proposta di accordo corredata da un'attestazione del professionista indipendente che attesta che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e che la stessa, se accettata, è idonea ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la loro disponibilità a trattare”, recita infatti il 3° comma dell'art. 54, estendendo poi il proprio ambito di applicazione anche agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa di cui all'art. 61.

Ispirate all'idea che la tutela individuale del credito sia incompatibile con i principi ispiratori delle procedure concorsuali⁹, le misure protettive del Codice trovano, come rilevato in apertura, i loro immediati precedenti nell'art. 51 l. fall. da un lato, e negli artt. 168 l. fall. per il concordato preventivo e 182 *bis* l. fall. per gli accordi di ristrutturazione dei debiti dall'altro.¹⁰

Come in quei precedenti, anch'esse rispondono infatti all'esigenza di salvaguardare la integrità del patrimonio del debitore in funzione della migliore riuscita di quella che è oggi sintetizzata come "regolazione della crisi o dell'insolvenza". Quanto alla prima, da identificare, nel lessico del Codice, quale (esito delle procedure di) omologazione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti¹¹, inibire, almeno per un certo tempo, ai creditori legittimati l'accesso immediato alla tutela esecutiva o cautelare si rivela infatti mezzo ad un fine più ampio. Quello, cioè, di consentire, attraverso accordi con tutti o alcuni di essi, il superamento della crisi proprio per assicurare, quale esito finale, la soddisfazione dell'intera platea di creditori (quelli con cui si è raggiunto l'accordo, secondo i relativi contenuti, gli altri eventualmente estranei secondo le fonti originarie). Un patrimonio, quale ne sia la consistenza, impermeabile ad iniziative dei creditori insoddisfatti è infatti requisito principe di credibilità dell'imprenditore al tavolo delle trattative e delle possibilità di successo di queste ultime.¹² Quanto invece alla "regolazione dell'insolvenza," da identificare con l'apertura della liquidazione giudiziale (già fallimento), le misure protettive puntano, ancora una volta inibendo l'accesso alla tutela individuale del credito (in forma esecutiva e cautelare), ad assicurare la conservazione del patrimonio o dell'impresa del debitore in funzione della massima realizzazione del concorso dei creditori aperto dalla sentenza che dichiarerà la liquidazione stessa.¹³

L'art. 55, rubricato "Procedimento," scolpisce poi (3° comma) il carattere cd. semiautomatico¹⁴ delle misure protettive: il giudice, assunte ove occorra sommarie informazioni, con decreto conferma o

⁹ Così FARINA P., *Tutela esecutiva individuale, cit.*, 270.

¹⁰ Sia pure con varianti di un certo peso tra gli effetti collegati alla dichiarazione di fallimento dall'art. 51 l. fall. e quelli collegati al deposito della domanda di omologazione del concordato preventivo (art. 168 l. fall.) e di accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l. fall.), queste ultime due anche nella variante cd. "in bianco". Sui necessari *distinguo v.*, per tutti, FARINA P., *Tutela esecutiva individuale, misure protettive e procedure negoziali di composizione della crisi: un (complesso) ménage à trois in evoluzione*, in *Riv. es. for.*, 2019, 270 ss.

¹¹ Opportunamente FABIANI M., *Le misure cautelari e protettive nel Codice della crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.*, in corso di pubblicazione, fa rilevare come il Codice non abbia ritenuto di offrire una definizione di procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza nonostante usi tale locuzione a più riprese. L'A. aggiunge, sulla premessa generale che la regolazione non riguarda solo l'ambito concorsuale, che va considerato altresì l'universo della liquidazione giudiziale, degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo del c.d. "debitore minore." Nel sovrindebitamento rilevano gli artt. 70 con riferimento alla ristrutturazione dei debiti e 78 con riferimento al concordato cd. minore.

¹² FABIANI M., *Le misure cautelari e protettive nel Codice della crisi d'impresa, cit.*

¹³ Oltre ad essere funzionale alla concentrazione negli organi della procedura del pieno ed esclusivo esercizio dei poteri di amministrazione e liquidazione del patrimonio del debitore. V. in proposito l'ampia monografia di BARONCINI, *Inibitorie delle azioni dei creditori e automatic stay. Studio su un sistema uniforme degli effetti protettivi vigenti nell'ordinamento concorsuale italiano*, Torino, 2017, spec. 96 ss e *passim*, nonché FARINA P., *Tutela esecutiva individuale, cit.*, 271 e FABIANI M., *Le misure cautelari e protettive nel Codice della crisi d'impresa, cit.*

¹⁴ La necessità dell'istanza di parte, e quindi di una parentesi processuale vera e propria, pone il problema di come e con chi instaurare il contraddittorio. L'art. 55, 3° comma si limita a prevedere che il giudice, assunte ove occorra sommarie informazioni, conferma o revoca la misura con decreto trasmesso al registro delle imprese per la pubblicazione, senza alcuna indicazione in ordine al contraddittorio. La previsione del reclamo ai sensi dell'art. 124, per sua natura aperto "a qualunque interessato", potrebbe suggerire l'idea che i creditori singolarmente interessati dalla inibitoria (e di essa edotti a seguito della pubblicazione) possano dolersene proprio in sede di reclamo. A meno di non immaginare, come pure a me pare plausibile, che i singoli creditori possano comunque intraprendere il procedimento esecutivo e cautelare nonostante l'inibitoria, salvo il potere di eccezione (per i procedimenti cautelari) o di opposizione (all'esecuzione sub specie di impignorabilità dei beni) del debitore, che solleva la questione della nullità dei relativi atti perché compiuti, appunto, in violazione della inibitoria.

revoca l'inibitoria già in corso, in forza della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, stabilendone altresì la durata. Il meccanismo è dunque il seguente: l'inibitoria generalizzata di azioni esecutive e cautelari e la sospensione dei procedimenti in corso conseguono in modo automatico alla iscrizione di una delle domande di cui all'art. 40 nel registro delle imprese, sempre che il debitore ne abbia fatto specifica istanza. Tali effetti sono tuttavia sottoposti al vaglio del giudice che, con decreto reso entro trenta giorni dall'iscrizione stessa, conferma o revoca (in tutto o in parte) le misure protettive fissandone altresì la durata. Gli effetti attestatisi alla pubblicazione della domanda cessano così, *ex nunc*,¹⁵ non solo se le misure vengono in tutto o in parte revocate, ma anche se il decreto non viene emesso nel termine di trenta giorni dall'iscrizione¹⁶ della domanda di cui all'art. 40 nel registro delle imprese.

Emerge così la caratteristica principe di queste misure, la temporaneità: già appartenente alla definizione dell'art. 2, 1° comma, lett. p), essa è specificata nella disposizione generale dell'art. 8, per la quale la durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe.

La cd. semiautomaticità del Codice, così come la temporaneità, non sono del tutto sconosciute alle misure protettive già note alla legge fallimentare.

E' vero infatti che queste ultime, anch'esse consistenti in una generale inibitoria delle azioni esecutive e cautelari e nella sospensione di quelle già in corso, conseguono automaticamente alla iscrizione della domanda di omologazione del concordato preventivo (art. 168, 1° comma, l. fall.) e degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis*, 2° comma) nel registro delle imprese, senza possibilità di valutazione caso per caso da parte del giudice (cd. *automatic stay*). E' però altrettanto vero che un meccanismo di semiautomaticità è già codificato dall'art. 182 *bis*, 6° comma, a beneficio dell'imprenditore che intenda ottenere la protezione del suo patrimonio "(...) nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo (...)" di ristrutturazione dei debiti, cioè dell'imprenditore che utilizzi le più duttili forme del cd. pre-accordo di ristrutturazione. Egli può infatti chiedere al giudice il divieto di inizio o prosecuzione di azioni esecutive e cautelari e tale istanza, pubblicata nel registro delle imprese, produce gli illustrati effetti salva conferma giudiziale (effetti che poi si mantengono se nel termine fissato per il deposito dell'accordo è invece depositata domanda di omologazione del concordato preventivo: così l'art. 182 *bis*, ultimo comma).

Anche riguardo alla durata delle misure, le soluzioni oggi adottate dal Codice sono già note alla legge fallimentare posto che, mentre nell'art. 168 il termine finale è (si imposto dalla legge ma) agganciato alla definitività del decreto di omologazione del concordato preventivo, nell'art. 182 *bis* esso cade, a prescindere dalle vicende dell'accordo e dalla permanenza di esigenze di tutela, al sessantesimo giorno successivo al momento di decorrenza iniziale.

Su questi complessi profili si sofferma, in sede di prima riflessione, SCARSELLI, *Le misure cautelari e protettive del nuovo codice della crisi dell'impresa*, in www.judicium.it. V. altresì le riflessioni di FABIANI M., *Le misure cautelari e protettive nel Codice della crisi d'impresa*, cit., e di FARINA P., *Tutela esecutiva individuale*, cit., 265 ss.

¹⁵ Consentendo la riassunzione dei procedimenti in corso colpiti dalla sospensione e le iniziative esecutiva e cautelare prima inibite: tanto si desume dall'espressione "cessano gli effetti" (delle misure) utilizzata dall'art. 55, 3° comma del Decreto (FABIANI M., *Le misure cautelari e protettive nel Codice della crisi d'impresa*, cit.; FARINA P., *Op. loc. ult. cit.*).

¹⁶ Anche il decreto che conferma o revoca le misure protettive è soggetto ad iscrizione nel Registro delle imprese, ed è reclamabile ai sensi dell'art. 124 del Decreto: così l'art. 55, 3° comma.

Il Codice non fa dunque che generalizzare da un lato la semiautomaticità dell'art. 182 *bis*, 6° comma, e dall'altro la temporaneità "secca" (non legata cioè neppure all'omologazione quale momento finale del procedimento di regolazione da cui scaturivano le esigenze di tutela) dell'art. 182 *bis*, 3° comma, pensate dalla legge fallimentare per i soli accordi di ristrutturazione dei debiti, a tutte le misure protettive.

L'unica vera novità introdotta dal Codice¹⁷ consiste allora nel fatto che queste ultime, stando al tenore letterale dell'art. 54, 2° comma, possono essere richieste anche con la domanda di apertura della liquidazione giudiziale se proveniente dal debitore ("se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'art. 40", recita infatti la disposizione).¹⁸ Con la conseguenza che l'effetto inibitorio e sospensivo che la legge fallimentare collega alla sentenza dichiarativa di fallimento (art. 51) può, nel Codice, essere anticipato alla pubblicazione della domanda di apertura della liquidazione giudiziale nel registro delle imprese (sempre che provenga dal debitore):

Il profilo della protezione del patrimonio riemerge però, nella legge fallimentare, anche da un altro punto di vista. Il varo dell'art. 15, 8° comma¹⁹ è infatti all'origine della richiesta, tradizionalmente da parte dei creditori o del PM e nel corso dell'istruttoria prefallimentare, di misure cautelari (innominate ma tutte) variamente funzionali, nel tempo occorrente ad addivenire alla dichiarazione di fallimento, ad assicurarne gli effetti.

Anche nel Codice il mondo delle misure cautelari riceve grande attenzione ed è collocato, come rilevato in apertura, prima di tutto nelle definizioni. Per l' art. 2, 1° comma, lett. q) le misure cautelari sono infatti quelle emesse a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore e che appaiono secondo le circostanze più idonee ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

La definizione, chiaramente figlia dell'art. 15, 8° comma l. fall., è ripresa e specificata nella sua portata dall'art. 54, 1° comma, per il quale nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione di accordi di ristrutturazione, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

¹⁷ Ma, come si vedrà, non sconosciuta alla prassi applicativa che in sede di istruttoria prefallimentare conosce provvedimenti cautelari aventi, di fatto, gli stessi esiti inibitori o sospensivi, sia pure in modo non generalizzato. Un esito inibitorio generalizzato era invece raggiungibile dal debitore che, nel corso dell'istruttoria prefallimentare, avesse fatto istanza di concordato preventivo anche in bianco, ex art. 161 l. fall., posto che a tale istanza conseguono gli effetti previsti dall'art. 168 l. fall. (persino se nel termine previsto per il deposito del piano di concordato sia presentato un accordo di ristrutturazione dei debiti). Su questo profilo v. per tutti, in riferimento alle legge fallimentare, FARINA P., *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2013, 62 ss, ove anche gli indispensabili riferimenti di dottrina e giurisprudenza. Un accenno, riguardo al Codice della crisi, anche in PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Società*, 2019, 438 ss.

¹⁸ PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 438 ss.

¹⁹ Sulle vicende che hanno portato al varo della norma e sulla sua esperienza applicativa v., per tutti, FINOCCHIARO G., *I provvedimenti cautelari nel giudizio prefallimentare*, in *Fallimento* 2018, 915 ss; BELLÈ, *I provvedimenti cautelari*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di JORIO, Milanofiori-Assago, 2016, 682 ss; TISCINI, *L'istruttoria prefallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da JORIO e SASSANI, I, Milano 2014, 515 ss; FARINA P., *Misure cautelari ed istruttoria prefallimentare. Un contributo per la ricostruzione della disciplina stabilita dall'art. 15, 8° comma, l. fall.*, in *Dir. fallim.* 2013, II, 294; PAGNI, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento* 2011, 854 ss; SIMEON, *La tutela cautelare nell'istruttoria prefallimentare*, in *Giur. comm.*, 2014, 934 ss.

Il confronto tra le definizioni che il Codice impartisce per le misure protettive e per quelle cautelari fa pensare che entrambe siano concepite come funzionali a preservare il patrimonio o l'impresa del debitore ("a tutela del patrimonio o dell'impresa", recita infatti la lett. q del comma 1 dell'art. 2 per le misure cautelari, mentre la lett. p incentra le misure protettive su "determinate azioni dei creditori" evocando, pur non nominando, il patrimonio del debitore), sia pure da diversi punti di vista.

Se la prospettiva delle misure protettive è cioè quella del debitore che punta a evitare lo smembramento esterno del suo patrimonio allo scopo di facilitare la regolazione della crisi, quella delle misure cautelari è, almeno nella prassi attuale, la prospettiva dei creditori o del PM istanti per la dichiarazione di fallimento (nel lessico del Codice "apertura della liquidazione giudiziale"), che puntano a mantenere la consistenza dell'impresa allo scopo di realizzare nella misura più ampia possibile il concorso alla data di apertura della liquidazione.²⁰ Qui insomma il patrimonio viene impermeabilizzato non rispetto alle iniziative dei creditori ma ad atti dissipativi del debitore che potrebbero sottrarre consistenza alla massa.

Sempre dal confronto tra le due definizioni si evince poi che le misure protettive hanno carattere tipico (sono tese ad evitare le potenzialità lesive di "determinate azioni dei creditori") mentre quelle cautelari sono atipiche, secondo il modello dell'art. 700 cpc di cui anche l'art. 15, 8° comma l. fall. è chiaramente figlio. Entrambe sono poi disposte dal giudice su domanda di parte.

3.-Al di là della formula definitoria: la complessità delle misure protettive nella trama del Codice (e nell'attuale prassi applicativa)

Il quadro è tuttavia ben più complesso e la visuale deve necessariamente divenire più ampia.

Se infatti la fisionomia delle misure cautelari emerge in modo coerente ed in assonanza quasi perfetta dalla definizione dell'art. 2 e dalle caratteristiche strutturali e funzionali dell'art. 54, 1° comma e, per il medio dell'art. 15, 8° comma l. fall. risale direttamente all'art. 700 cpc, non così per le misure protettive.

Ricostruirne la reale fisionomia impone infatti di mettere insieme frammenti di disciplina diversi e collocati in luoghi diversi del Codice, da cui emerge, per di più, una realtà che non si rispecchia nella definizione dell'art. 2, 1° comma, lett. p).

Se l'art. 54 riprende (al 2° comma) la definizione delle misure protettive in termini di inibitorie semiautomatiche incidenti sulle azioni esecutive e cautelari,²¹ la prospettiva si allarga nell'art. 46 del Codice che, intitolato e dedicato agli "Effetti della domanda di accesso al concordato preventivo", e figlio dell'art. 168, 2° comma, l. fall., sancisce (al 5° comma) che i creditori non possono acquisire diritti

²⁰ Così anche FABIANI M., *Le misure cautelari e protettive nel Codice della crisi d'impresa*, cit, il quale fa opportunamente notare come sia con la nomina di amministratori giudiziari che con la vasta congerie di inibitorie note alla prassi si sia da sempre inteso realizzare rispettivamente una gestione dell'impresa in crisi in chiave di conservazione del patrimonio e la massimizzazione del ricavato della liquidazione da distribuire ai creditori.

²¹ Occorre peraltro rilevare come vi siano conseguenze ancora oggi completamente automatiche legate alla semplice pubblicazione della domanda ex art. 40 nel Registro delle imprese: le prescrizioni in corso restano infatti sospese e le decadenze non si verificano. E' vero che si tratta dell'altra faccia del meccanismo inibitorio concepita quale contrappeso a favore dei creditori che si vedono temporaneamente precluso l'accesso alla tutela cautelare ed esecutiva, ma è anche vero che si prescinde dal provvedimento del giudice, che invece rientra nella definizione della lett. p) del 1° comma dell'art. 2 del Codice.

di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti se non previa autorizzazione del giudice e che le ipoteche iscritte nei novanta giorni precedenti la data di pubblicazione della domanda nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori.²² Qui dunque l'intento protettivo è realizzato, per le ipoteche addirittura in modo automatico, (non solo con la tecnica inibitoria dell'accesso alla tutela individuale del credito ma anche) impedendo l'acquisizione di posizioni di privilegio rispetto ai creditori anteriori quando è iniziata la procedura di regolazione della crisi.

La prospettiva si allarga ancora negli artt. 64 e 89 del Codice, dettati per le imprese a struttura societaria. In entrambe le disposizioni, anch'esse figlie della legge fallimentare (art. 182 *sexies* l. fall.), si prevede infatti, in caso rispettivamente di domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione o di richiesta di misure protettive e cautelari che accedono (ex art. 54) al cd. pre-accordo (art. 64) da un lato, e di domanda di omologazione del concordato preventivo o di pre-concordato (art. 89) dall'altro,²³ la automatica disapplicazione di quel complesso di norme del codice civile che prevedono una serie di obblighi, in capo all'assemblea dei soci, in caso di perdite del capitale sociale al di sotto del terzo o al di sotto del minimo di legge, e la disapplicazione delle norme che considerano tale ultimo evento quale causa di scioglimento della società.²⁴

Anche queste sono, all'evidenza, misure protettive mirando alla conservazione dell'integrità patrimoniale dell'impresa societaria. Se si consentisse l'operatività del regime ordinario si imporrebbe infatti la riduzione del capitale sociale in ragione delle perdite, anche molto rilevanti, con tutta probabilità patite in esito alla crisi o addirittura lo scioglimento della società e quindi la dispersione dei valori dell'impresa. E ciò, paradossalmente, proprio nel momento in cui sono in corso procedimenti di regolazione della crisi e quel patrimonio rappresenta l'unico affidamento per i creditori e quindi l'unica possibilità di superarla.

Alla definizione dell'art. 2, 1° comma lett. p) va dunque da un lato sottratto, quale requisito indefettibile delle misure protettive, il riferimento alla inibitoria della tutela individuale del credito in via esecutiva e cautelare, dall'altra il riferimento al potere del giudice di disporre le misure (o, come più perspicuamente si esprime l'art. 55, 3° comma, di confermarle o revocarle), essendovene molte che automaticamente conseguono alla presentazione della domanda di regolazione della crisi.

Ma vi è di più perché anche il riferimento alla “regolazione” della crisi o dell'insolvenza si rivela troppo ristretto rispetto alla trama normativa del Codice.

²² Si pone qui il problema della verifica se tali ultimi effetti siano applicabili anche agli accordi di ristrutturazione, posto che da un lato sono previsti dall'art. 46 per il solo concordato preventivo e dall'altro nemmeno si possono dedurre dall'art. 54, 2° comma, che disciplina gli effetti della pubblicazione della domanda ex art. 40, che comprende, come noto, anche quella di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

²³ Dalla presentazione della domanda e fino alla omologazione, sanciscono entrambe le disposizioni.

²⁴ In particolare, non si applicano, dalla presentazione della domanda e fino alla omologazione, gli artt. 2446 (Riduzione del capitale per perdite), commi 2 e 3, 2447 (Riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale), 2482 *bis* (Riduzione del capitale per perdite), commi 4, 5 e 6, 2482 *ter* (Riduzione del capitale al di sotto del minimo legale). Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, n.4 e 2545 *duodecies* del codice civile. Resta invece ferma per il periodo anteriore al deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione o di misure protettive e cautelari (art. 64) o di omologazione del concordato o della relativa proposta (art. 89) l'applicabilità dell'art. 2486 del codice civile (Poteri degli amministratori) sancisce la responsabilità degli amministratori per danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi per atti od omissioni compiute in violazione del dovere di amministrare la società, al verificarsi di una causa di scioglimento, , ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Le misure protettive sono infatti poste anche a presidio della buona riuscita della soluzione concordata della crisi²⁵: ai sensi dell'art. 20 il debitore che abbia avanzato all'Organismo di composizione della crisi di impresa istanza di soluzione concordata, può infatti chiedere, alla competente sezione specializzata in materia di impresa, che siano disposte appunto a suo favore "le misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso."²⁶

Già dalla lettera la disposizione prende le distanze dalla definizione generale aprendosi ad una maggiore duttilità: a differenza di quest'ultima, omette il riferimento alle azioni dei creditori, che anche nell'art. 54, 2° comma, delimitano il perimetro della domanda e l'orizzonte del giudice (che può solo confermare o revocare l'inibitoria o la sospensione già in corso in forza della pubblicazione della domanda di regolazione della crisi nel registro delle imprese) e si focalizza piuttosto sulla idoneità delle misure stesse a "condurre a termine le trattative in corso." Il cambio di passo è confermato, in modo eclatante, dall'art. 54, 4° comma, per il quale "Quando le misure protettive di cui al comma 2 o i provvedimenti necessari per condurre a termine le trattative in corso sono richiesti ai sensi dell'articolo 20 dal debitore che ha presentato l'istanza di composizione assistita della crisi o sia stato convocato dall'OCRI, la domanda, su istanza del debitore, può essere pubblicata nel registro delle imprese". La disposizione distingue infatti chiaramente tra le misure protettive di cui al 2° comma, vale a dire l'inibitoria di azioni cautelari ed esecutive e la sospensione di quelle pendenti, e i provvedimenti necessari per condurre a termine le trattative in corso, riprendendo la formulazione letterale dell'art. 20 e la relativa apertura all'atipicità. Accanto alle misure tipiche ve ne possono dunque essere altre non predeterminate nei contenuti ma funzionalizzate a propiziare il raggiungimento di una soluzione concordata.

Le conferme tuttavia continuano, se le precedenti non bastassero, nell'ulteriore corso dell'art. 20. La disposizione consente (4° comma) all'imprenditore avente struttura societaria di chiedere, sempre alla competente sezione specializzata in materia di impresa, durante il procedimento di composizione della crisi e fino alla sua conclusione, il differimento dell'applicazione di quello stesso complesso di norme del codice civile la cui disapplicazione, come si è appena visto, consegue automaticamente alle domande di omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione²⁷.

Ecco dunque che il dettato dell'art. 2, 1° comma, lett. p) ne esce praticamente svuotato di capacità definitoria, posto che la fisionomia normativa delle misure protettive va rimodulata tenendo conto delle caratteristiche che esse assumono nelle varie disposizioni del Codice che le prevedono.

²⁵ Siamo, all'evidenza, al di là e al di fuori della "regolazione della crisi", espressione sintetica con cui il Codice rimanda alla omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un concordato preventivo, atti finali di un procedimento giurisdizionale inaugurato, appunto, dalla domanda del debitore in crisi. Il contesto di riferimento della soluzione concordata è invece estraneo all'episodio giurisdizionale per assumere carattere completamente negoziale, ancorché assistito da organismi *ad hoc*, quelli appunto di composizione della crisi di impresa, cd. OCRI.

²⁶ La durata originaria delle misure è contingentata e strettamente commisurata al termine fissato dall'OCRI per portare a termine le trattative per la soluzione della crisi (tre mesi) e può essere prorogata su istanza del debitore solo a condizione che siano stati raggiunti, su attestazione dell'OCRI, progressi significativi nelle trattative stesse, tali cioè da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo. Le misure protettive possono poi essere revocate o modificate prima della loro naturale scadenza in presenza di atti di frode su istanza al giudice, a seconda dei casi, del commissario giudiziale, delle parti del procedimento o del P.M., così pure quando il tribunale accerta che l'attività intrapresa dal debitore non è idonea a portare alla composizione assistita della crisi o alla regolazione della crisi stessa (v. l'art. 20).

²⁷ Ponendo tuttavia un serio problema di tutela dei terzi potenziali contraenti con la società posto che, a differenza di quanto accade per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione, in cui la domanda è pubblicata nel registro delle imprese, la pubblicazione della domanda di composizione della crisi, in ossequio al suo carattere confidenziale e "protetto", sembrerebbe pubblicabile solo su istanza del debitore. Sul tema in generale e sui possibili correttivi adottabili in via ermeneutica v. PLATANIA, *Le misure protettive e cautelari nel Codice della crisi*, in *Il Fallimentarista*, Focus del 26 febbraio 2019.

Ne viene cioè meno il carattere necessariamente tipico e dipendente da un provvedimento del giudice mentre ne emerge il comune denominatore in termini squisitamente funzionali: preservare il patrimonio o l'impresa del debitore allo scopo di favorire il raggiungimento, da parte sua, di una composizione o regolazione della crisi e/o dell'insolvenza.

Quelle individuate dall'art. 2, 1° comma, lett. p) e dall'art. 54, 2° comma, non sono allora “le misure protettive”, ma solo alcune delle tecniche con le quali si realizza la “funzione protettiva” del patrimonio e dell'impresa in base alle concrete esigenze di tutela di volta in volta rappresentate dal debitore. Diverse tecniche possono inoltre convivere tra loro sia in modo automatico che su provvedimento del giudice. A volte esse consistono nella neutralizzazione delle aggressioni esecutive e cautelari dei creditori (con il contrappeso, automatico, della disapplicazione della normativa sostanziale sulla prescrizione e sulle decadenze); altre volte in una temporanea disapplicazione della normativa sostanziale che imporrebbe una riduzione per perdite del capitale sociale o addirittura lo scioglimento della società; altre volte ancora nell'inopponibilità ai creditori concorrenti di titoli di prelazione acquisiti da un certo momento assunto come rilevante nelle dinamiche della regolazione della crisi.

Infine, esse possono assumere la fisionomia ed i contenuti nel caso concreto più acconci, in base all'esigenza di tutela rappresentata dal debitore al giudice, a condurre a termine le trattative in corso per la soluzione concordata della crisi (artt. 20 e 54, 4° comma).²⁸

La possibilità che misure protettive atipiche convivano con quelle tipiche appartiene del resto già al sistema costruito dalla legge fallimentare. Molti sono infatti i provvedimenti²⁹ che, nel corso del procedimento volto alla omologazione del concordato preventivo, hanno ad esempio disposto, a titolo di misura protettiva, l'ordine ad enti previdenziali, nella specie Inps ed Inail, di emettere il certificato di regolarità contributiva (cd. DURC) con la dicitura “regolare,” anche in assenza di pagamento dei relativi contributi. La scelta si fonda sull'assunto che l'apertura del procedimento rappresenta una ipotesi di sospensione legale degli obblighi di pagamento dei creditori pregressi, come si desume sia dalla automatica inibitoria e sospensione di azioni esecutive e cautelari sia dal fatto che il pagamento di crediti pregressi può essere autorizzato dal tribunale solo in riferimento a contratti essenziali alla sopravvivenza dell'impresa. Il patrimonio del debitore che persegue il concordato è dunque protetto dall'impovertimento ulteriore indotto dall'obbligo di pagamento dei debiti previdenziali. I provvedimenti appena citati catturano perciò la logica di fondo che anima proprio lo statuto speciale applicabile a far data dall'apertura del procedimento.

E' perciò plausibile sostenere³⁰ che altre e diverse misure protettive possano venire plasmate dal giudice sulle peculiarità della composizione della crisi (i cui contenuti sono dei più ampi, e che il legislatore

²⁸ La possibile atipicità delle misure protettive è sostenuta da FABIANI M., *Le misure cautelari e protettive nel Codice della crisi d'impresa*, cit., che rileva perspicuamente come “(...) non vi è un catalogo perché ciò che conta è l'efficacia, l'effettività e la strumentalità. Le misure protettive devono essere in grado di perseguire l'obiettivo di evitare che azioni dei creditori possano porre a rischio le iniziative per l'accesso ad un concordato o ad un accordo”. Nello stesso senso anche PLATANIA, *Le misure protettive e cautelari nel Codice della crisi*, in *Il Fallimentarista*, cit.; contra invece FARINA P., *Tutela esecutiva individuale*, cit., 290 ss.

²⁹ V. ad esempio, in tal senso, Trib. Livorno 16 ottobre 2018, in www.ilcaso.it, 30 ottobre 2018; Trib. Milano 11 marzo 2016, in *Il Fallimentarista*, 16 marzo 2016; Trib. Cosenza 1 luglio 2015, www.ilcaso.it, 10 luglio 2015; Trib. Bergamo 23 aprile 2015, *ivi*, 22 luglio 2015; Trib. Pavia 29 dicembre 2014, *ivi*, 26 gennaio 2015.

³⁰ Prendo qui a prestito gli esempi forniti da PLATANIA, *Op. loco ult. cit.* Interessante, e condivisibile, anche la prospettiva di FABIANI M., *Op. loco ult. cit.* che, sul presupposto che le misure protettive non debbano essere solo quelle tipiche ma possano assumere i contenuti più diversi purché strumentali al bisogno di tutela in concreto rappresentato dal debitore, sostiene che “(...) l'ampiezza della protezione può risolversi anche nella inibizione di azioni su beni che si trovano nella disponibilità del debitore in concordato e che tuttavia non gli appartengono. Il riferimento è a quei beni di cui il debitore gode ma che non sono inclusi nel suo patrimonio (in senso stretto); è noto quanto sia controverso se il divieto oggi allocato nell'art. 168 l. fall.

giustamente non specifica) o su quelle del concordato e degli accordi di ristrutturazione (sebbene in questi ultimi la griglia normativa si faccia più stringente), come, ad esempio, nell'ambito della soluzione concordata della crisi, la sospensione dell'esecuzione di alcuni contratti pendenti, se non più vantaggiosi per l'impresa. L'opzione potrebbe infatti rivelarsi utile ad evitare l'adempimento di contratti non più essenziali o comunque vantaggiosi per l'impresa in crisi, al contempo rinviando al momento dell'accordo la negoziazione con l'altro contraente sul se mantenere in vita il contratto o scioglierlo definitivamente e sulla determinazione dell'indennizzo. Altra misura innominata potrebbe consistere nell'ordine di sospensione della segnalazione dei mancati pagamenti a talune banche dati pubbliche e private, tra cui la Centrale Rischi. Le segnalazioni sarebbero infatti perniciose perché inibirebbero all'impresa l'accesso al credito pregiudicandone ogni possibilità di ripresa. Se a questa opzione, attestata nella prassi applicativa dell'art. 700 cpc³¹, si desse credito in ambito concorsuale, anche al concetto di protezione del patrimonio dovrebbe abdicarsi in parte nella definizione di misura protettiva. Una inibitoria della segnalazione sarebbe infatti funzionale a favorire un incremento del patrimonio stesso attraverso l'accesso al credito ed al finanziamento esterno, nel momento cruciale delle trattative per superare la crisi attraverso una soluzione concordata o uno strumento di regolazione (si pensi al concordato cd. in continuità).

A questo punto ciò che resta nella definizione dell'art. 2, 1° comma, lett. p) è la temporaneità delle misure protettive. Ciò che invece si ricava dalla complessiva trama normativa del Codice è che le misure protettive sono quelle misure temporanee tese a favorire il raggiungimento di una composizione o di una regolazione della crisi secondo i modelli di legge, attraverso strumenti che favoriscano il mantenimento o l'incremento di un adeguato livello del patrimonio o dell'impresa del debitore. Il che, a sua volta, è coerente con la legittimazione alla relativa istanza che, ove prevista, appartiene al solo debitore.

4.- La mimesi tra misure protettive e cautelari dalla realtà applicativa al Codice della crisi

Queste riflessioni ci mostrano quanto possano essere vicine, sotto il profilo funzionale, misure protettive e cautelari, le prime atipiche e modellate sulle esigenze di tutela non meno delle seconde.

Che misure protettive e cautelari tendano a sovrapporsi nella funzione trova conferme anche nella giurisprudenza. La Cassazione³² lo ha apertamente affermato in tema di inibitoria di azioni esecutive richiesta dal debitore che ha proposto domanda di pre-accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis*. Pronunciando nell'interesse della legge ex art. 363 cpc, la Corte ha infatti rilevato come quello di cui all' art. 182 *bis*, 6° e 7° comma (istanza inibitoria di azioni esecutive e cautelari nel cd. pre-accordo di ristrutturazione) sia un sub-procedimento finalizzato all'ottenimento di “misure protettive in funzione cautelare”: segnatamente, esso è finalizzato a ottenere la sospensione di eventuali azioni cautelari ed esecutive “in funzione dell'esito delle trattative in corso, destinate a culminare nella formalizzazione dell'accordo”. Il carattere cautelare del provvedimento si desume, prosegue la Corte, dal riscontro dell'elemento distintivo proprio di ogni misura di tal genere. “(...) Al pari infatti di ogni provvedimento cautelare, anche il decreto di cui alla 1 fall., art. 182 *bis*, comma 7, possiede valenza provvisoria e strumentale, e non ha funzione satisfattiva del particolare diritto previsto dalla legge; sicché in tal senso

si estenda a questi beni ma al cospetto di una locuzione dell'art. 54 c.c.i.i. che pare ricopiata dall'art. 168 l. fall., se le misure protettive possono essere decise dal giudice, il giudice potrebbe estenderle anche ai beni in godimento”.

³¹ Su cui v., *si vis*, DELLE DONNE, *Linee evolutive della tutela (anticipatoria) d'urgenza nell'esperienza applicativa e in alcune scelte del legislatore: l'irrilevanza della durata del giudizio di merito e l'emancipazione dall'eseguibilità forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2014, *passim*.

³² Cass. 19 giugno 2018, n. 16161, in www.pluris.it, su cui anche FABIANI M., *Op. loco ult. cit.*

si connota per sommarietà della (sola) cognizione, attesa la provvisorietà degli effetti che ne derivano.” Per la Corte il passo dalla temporaneità “secca” alla provvisorietà, e quindi alla strumentalità, cui la provvisorietà è asservita, è dunque breve: la funzione delle misure protettive può in astratto non essere distinguibile da quella delle misure cautelari.

Ancora. Qualche giudice di merito³³ ha disposto, nel periodo del pre-concordato, un sequestro sull'intero patrimonio del debitore con nomina di due custodi. Nel provvedimento si legge che le misure protettive di cui all'art. 168 l. fall. non coprono le condotte dissipative del debitore.³⁴ Occorre dunque provvedere in via cautelare a soddisfare l'esigenza di tutela dell'integrità del patrimonio contro le condotte del debitore (ed evidentemente a favore dei creditori) e non a suo favore, come accade per le misure protettive.

Da un lato vi è dunque la caratterizzazione giurisprudenziale delle misure protettive, addirittura quelle tipiche di blocco di azioni esecutive, in funzione cautelare; dall'altro, e per contro, la sperimentazione di misure schiettamente cautelari, ed innominate, (al di là dunque della sospensione dei contratti in corso che, essendo già prevista per il concordato preventivo, si può definire cautela tipica) anche a presidio della omologazione del concordato preventivo.

Questo dato applicativo ci riporta ad un dato testuale del Codice della crisi, per il quale le misure cautelari possono essere richieste con la domanda di cui all'art. 40, vale a dire anche con quella di omologazione del concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione.

E' cioè plausibile sostenere che il Codice abbia inteso generalizzare il ricorso alla tutela cautelare già previsto nel concordato preventivo sotto forma di (possibile) sospensione dei contratti in corso e già sperimentato nella prassi, affiancandolo al ventaglio di tutele, tipiche e innominate, già disponibili come misure protettive.

Ma c'è un altro dato applicativo che ci riporta ad un dato testuale del Codice, e che ci mostra come anche le misure cautelari possano assolvere alle medesime esigenze di tutela cui sono tipicamente votate le misure protettive.

Ci si è infatti chiesti, oggi come in passato e nell'ambito di un ben più ampio dibattito,³⁵ se tra gli effetti della dichiarazione di fallimento anticipabili ai sensi dell'art. 15, 8° comma l. fall., vi sia anche quello inibitorio/sospensivo di azioni esecutive e cautelari, collegato dall'art. 51 alla dichiarazione di fallimento. Qui i percorsi della giurisprudenza di merito si mostrano particolarmente illuminanti di quella sorta di effetto mimetico tra misure protettive e cautelari di cui ho detto.

Molti provvedimenti partono dalla premessa di metodo che è da escludersi, in linea generale, che un'istanza cautelare ex art. 15, 8° comma, l. fall. possa essere formulata ed accolta nei termini onnicomprensivi dell'effetto previsto, oggi, dagli artt. 51, 168 e 182 *bis* l. fall. In assenza dei presupposti previsti da tali norme, infatti, si sacrificerebbe il diritto dei creditori ad una tutela giurisdizionale effettiva in modo eccessivo e non giustificabile³⁶. Il dato sorprendente si ritrova tuttavia nel prosieguo delle motivazioni dove si rileva che se la parte istante allega e dimostra un concreto *periculum* di dispersione del patrimonio tale da pregiudicare il concorso dei creditori in sede di procedura

³³ Trib. Catania 28 febbraio 2019, inedit., citata da FABIANI M., *Op. loco ult. cit.*

³⁴ In questi termini ne riferisce il contenuto FABIANI M., *Op. loco ult. cit.*, da cui sono tratti il riferimento e la citazione.

³⁵ Che vede escludersi, per esempio, l'anticipabilità degli effetti collegabili all'esperimento azioni revocatorie fallimentari, in ragione del loro carattere costitutivo: v per tutti, su questo complesso tema, FABIANI M., *Op. loco ult. cit.*, e LEUZZI, *Cautela e protezione dell'impresa nelle procedure concorsuali*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, collana "I quaderni di In executivis", a cura di D'ARRIGO, DE SIMONE, DI MARZIO e LEUZZI, 2019. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, v. Trib. Nocera Inferiore 5 luglio 2012, in *Il Fallimentarista*, 2013, con nota di Signorelli.

³⁶ Trib. Prato 4 febbraio 2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, 340, con nota di PACCHI; Trib. Milano 25 marzo 2010, *ivi*, 2010, II, 552, con nota di GRECO.

fallimentare vera e propria, è possibile incidere su singoli processi esecutivi in corso.

Alcuni giudici hanno così, ad esempio, ordinato ai creditori procedenti di costituire conti correnti dedicati su cui depositare le somme loro versate dal terzo *debitor debitoris*, affinché se ne disponga solo previa autorizzazione del tribunale fallimentare³⁷.

In altri provvedimenti si legge poi che quest'ultimo giudice non può disporre, ex art. 15, 8° comma l. fall., la sospensione di un pignoramento presso terzi, trattandosi di competenza del solo giudice dell'esecuzione. Egli può tuttavia inibire al terzo *debitor debitoris* il pagamento in favore del creditore e disporre che le somme da questi dovute siano invece depositate su un conto dedicato e utilizzate da un terzo indipendente solo per effettuare pagamenti essenziali al funzionamento dell'attività di impresa³⁸.

In altri casi ancora il percorso è stato addirittura più diretto perché si è disposta la sospensione della vendita coattiva di singoli beni appartenenti all'azienda per evitarne lo smembramento/impoverimento in modo da preservare l'attività di impresa sia per consentire l'accesso dei lavoratori agli ammortizzatori sociali che per realizzare in modo pieno la *par condicio creditorum* a seguito di dichiarazione di fallimento³⁹.

Rispetto ai provvedimenti che impongono al terzo *debitor debitoris*, in luogo del pagamento a favore del creditore procedente, il deposito del dovuto su conti vincolati sotto il controllo del tribunale davanti al quale pende l'istruttoria prefallimentare, viene da chiedersi dove sia la differenza rispetto ad una inibitoria dell'azione esecutiva. Il creditore che ha iniziato e perseguito l'esecuzione presso terzi fino all'emissione dell'ordinanza di assegnazione delle somme si vede infatti privato delle somme che gli spetterebbero, e che invece saranno vincolate a beneficio della massa in attesa del fallimento.

Certo, l'effetto di tali provvedimenti è limitato ad una o più singole esecuzioni in corso rispetto alle quali uno o più creditori istanti per la dichiarazione di fallimento hanno avanzato domanda ex art. 15, 8° comma l. fall., e non si espande a tutte le altre possibili o già in corso, ma di fatto una sorta di anticipazione dell'effetto dell'art. 51 a data anteriore alla dichiarazione di fallimento è già in atto.

Le stesse conclusioni valgono, ed a maggior ragione, per i provvedimenti cautelari con cui il tribunale fallimentare sospende la vendita coatta di beni in quanto appartenenti all'azienda del debitore fallendo, che se anche tecnicamente non sospendono il processo esecutivo in corso, lo privano di uno o più cespiti interferendo pesantemente sul realizzo e quindi sulla sua distribuzione ai creditori procedente ed intervenuti, le cui esigenze saranno sacrificate a quelle del funzionamento dell'impresa in stato di insolvenza, ed ancora una volta a beneficio della massa in caso di fallimento.

La prassi si mostra dunque ancora una volta, anche in ambiente concorsuale, il laboratorio in cui si libera l'essenza più pura della atipicità della cautela che l'art. 15, 8° comma attinge dall'art. 700 cpc., e che arriva ad assumere contenuti di fatto equivalenti alla misura protettiva della sospensione o inibitoria di azioni esecutive individuali.

Questo ci riporta al dato testuale del Codice per il quale le misure protettive possono essere richieste anche con la domanda di apertura della liquidazione giudiziale. E' cioè plausibile supporre che il Codice, proprio recependo la complessità delle concrete esigenze di tutela, abbia inteso aprire la strada anche alle misure protettive vere e proprie, i cui concreti esiti la prassi già sperimentava in via cautelare, contando sulla loro durata solo temporanea e sottoposta al vaglio iniziale del giudice.

Se così fosse, dalla definizione dell'art. 2, 1° comma, lett. p) dovrebbe espungersi anche il riferimento alla fase delle "trattative", che rimanda ai soli strumenti di regolazione della crisi⁴⁰ e non invece alla

³⁷ Trib. Milano 25 marzo 2010, *cit.*

³⁸ Trib. Monza 20 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2011, II, 324, con nota di CORDOPATRI M.

³⁹ Trib. Busto Arsizio 28 luglio 2009, in www.ilcaso.it; Trib. Terni 3 marzo 2011, in *Il Fallimento*, 2011, 632, e 852, con nota di Pagni.

⁴⁰ Ed è in effetti proprio su questo dato testuale che FABIANI M., *Op. loco ult. cit.*, fonda la conclusione che le misure protettive non sarebbero sperimentabili in caso di domanda di apertura della liquidazione giudiziale.

regolazione dell'insolvenza.

La domanda resta allora se si possa sperimentare, in presenza di esigenze di tutela del patrimonio che permangono dopo la scadenza dei termini massimi delle misure protettive richieste dal debitore in sede di procedure di regolazione della crisi, una istanza di tutela cautelare avente lo stesso o altro contenuto protettivo.

La risposta dovrebbe essere positiva non forzando il dato normativo, ma al contrario applicandolo in pieno.

5.- Conclusioni: diversità di struttura *versus* possibile identità di funzione

I tempi sono oramai maturi per trarre alcune parziali conclusioni, con una precisazione.

Le misure protettive e cautelari sono disciplinate in modo separato dal Codice della crisi,⁴¹ come del resto già dalla legge fallimentare, perché sono e restano diverse sotto il profilo squisitamente procedimentale.

Le prime sono caratterizzate dalla temporaneità, da una durata massima predeterminata cioè nel tempo a prescindere dalla verifica della permanenza delle esigenze di tutela che ne avevano giustificato l'applicazione automatica o la emissione giudiziale. Le misure cautelari, viceversa, sono provvisorie e quindi capaci, in ambiente concorsuale, di inseguire e soddisfare le esigenze di tutela finché si manifestano e comunque fino al momento ultimo della sentenza di fallimento nel contesto della legge fallimentare o di quella che apre la liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti, nel contesto del Codice della crisi. Diversa è anche la legittimazione a richiederle: in capo al solo debitore per le misure protettive, che accedano alle procedure di regolazione della crisi o a quelle di insolvenza; in capo ad ogni parte legittimata all'istanza per l'apertura della liquidazione giudiziale per le misure cautelari (lo stesso debitore, i creditori, il PM o gli organi e autorità amministrative aventi funzioni di controllo o vigilanza sull'impresa: art. 37). Diverse sono infine le regole della competenza e del procedimento, scandite dagli artt. 20, 54 e 55 del Codice della crisi.

La differenza tende invece a sfumare sotto il profilo della funzionalizzazione a soddisfare le esigenze di tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore (sia pure dai diversi punti di vista emergenti dalle differenti legittimazioni) e sotto il connesso profilo dei possibili contenuti. Proprio questa capacità mimetica rende verosimile supporre che il Codice della crisi abbia raccolto l'eredità della prassi rendendo estremamente duttili gli strumenti di tutela. Da un lato ha generalizzato un controllo penetrante del giudice sulle misure protettive, almeno alcune, presidiandole con una rigida temporaneità per evitarne l'abuso, e ne ha confermato l'accesso al solo debitore istante per la regolazione della crisi e (oggi anche per quella) dell'insolvenza. Dall'altro ha però recuperato al giudice ed alle parti, in sede cautelare, gli spazi di manovra indispensabili per soddisfare, tra le tante possibili, anche quelle esigenze di tutela rimaste eventualmente frustrate dalla rigida temporaneità delle misure protettive.

⁴¹ Su questo profilo insistono, giustamente, tutti i primi commentatori: v., oltre agli AA. finora già citati, anche CRIVELLI, *Le "Misure cautelari e protettive" nel procedimento unitario del codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giustiziacivile.com*, 24 settembre 2019; GAMBÌ, *Le nuove misure protettive nel codice della crisi*, in *Il Fallimentarista, Focus* del 6 marzo 2019; LENOCI, *Le misure cautelari e protettive nella riforma concorsuale*, *ivi*, *Focus* del 27 aprile 2018; MARZO, *Le misure cautelari e protettive nei giudizi di accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, *ivi*, 22 marzo 2019.

Così, ad esempio, il debitore che non possa più beneficiare delle misure protettive perentive prima dell'omologazione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione potrebbe chiedere, in via cautelare, e sempre che riesca a dimostrare *fumus e periculum* in contraddittorio con i creditori interessati, una o più misure cautelari a funzione protettiva (perché) aventi carattere inibitorio o sospensivo di singole azioni individuali sia cautelari che esecutive. Sicché egli sarebbe legittimato a richiedere, in sequenza, prima le misure protettive e poi, perentive le prime, le misure cautelari.

Di contro, lo stesso debitore istante per l'apertura della liquidazione giudiziale potrebbe richiedere, stavolta quale misura protettiva e quindi con le relative regole procedurali, la sospensione della vendita coattiva di un bene essenziale dell'azienda allo scopo di preservare la funzionalità dell'impresa sia a beneficio dei lavoratori che della possibilità, ad esempio, di una continuazione dell'attività di impresa e/o di un concordato fallimentare. Con lo stesso scopo potrebbe richiedere, e sempre a titolo di misura protettiva, la sospensione della segnalazione alla Centrale Rischi, e così via.

Ancora. I creditori istanti per l'apertura della liquidazione giudiziale, e nel corso della relativa istruttoria, potrebbero continuare a richiedere, a titolo di misura cautelare, la distrazione delle somme dovute dal terzo *debitor debitoris* al creditore che ha intrapreso il pignoramento presso terzi, su un conto dedicato e gestito dal tribunale investito della istanza di liquidazione, come la prassi insegna.

Gli esempi, tratti dalla casistica edita o ad essa ispirati, potrebbero continuare.

Ciò che conta è tuttavia già chiaro: il Codice sembra confermare che è l'atipicità sia delle misure cautelari che di quelle protettive a renderle funzionali a soddisfare, ciascuna nel suo terreno di elezione e sempre sotto stretto controllo giudiziale, le più disparate esigenze di tutela.

Ma è la provvisorietà che rende le misure cautelari, a differenza delle misure protettive, capaci di inseguire e neutralizzare il *periculum* fino al sopraggiungere del provvedimento di regolazione della crisi o dell'insolvenza, ed è in esse che il Codice sembra confidare quali strumenti di chiusura del sistema.