



VALERIA VERDE

**Sull'identità delle misure protettive e cautelari nel Codice della crisi:
riflettendo su una recente ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Cassazione**

L'A. esamina la distinzione tra misure protettive e misure cautelari nell'ambito della gestione della crisi d'impresa, mettendo in luce la loro stretta connessione, funzionale al buon esito delle trattative intraprese per il superamento della crisi, e sottolineando che la loro distinzione risente di un'eccessiva preoccupazione classificatoria, essendo entrambe strumenti flessibili e adattabili alle esigenze specifiche del caso, con l'obiettivo comune di tutelare il patrimonio e garantire la continuità dell'attività economica nel corso del procedimento di risanamento.

The author examines the difference between protective and precautionary measures in the context of business crisis management, highlighting their close connection, functional to the success of the negotiations undertaken to overcome the crisis, and underlining that their distinction suffers from an excessive concern for classification, both being flexible and adaptable tools to the specific needs of the case, with the common objective of protecting the assets and ensuring the continuity of the economic activity during the recovery procedure.

Sommario: 1. L'obiettivo della Direttiva comunitaria 2019/1023 (c.d. "Insolvency Directive"). – 2. Le premesse teoriche dell'analisi: un chiarimento preliminare. – 3. Effettività della tutela giurisdizionale nel codice della crisi: le misure protettive e le misure cautelari; – 3.1. Misure protettive tipiche; – 3.2. Misure protettive atipiche; – 3.3. Misure cautelari; – 3.4. Modifiche normative recenti. – 4. Il provvedimento del Tribunale di Brindisi del 3 dicembre 2024 e il rinvio pregiudiziale. – 5. La complementarità tra le misure rimediali. – 6. La posizione della giurisprudenza. – 7. Un sistema in evoluzione. – 8. La recente pronuncia di inammissibilità della Corte di cassazione.

1. L'obiettivo della Direttiva comunitaria 2019/1023 (c.d. "Insolvency Directive").

La Direttiva (UE) 2019/1023 (c.d. "Insolvency Directive") disciplina i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le misure per aumentare l'efficacia delle procedure di insolvenza. Il concetto di valore dell'impresa all'interno di questa Direttiva si riferisce alla necessità di preservare la continuità aziendale e di minimizzare la distruzione di valore derivante da situazioni di crisi.

La Direttiva Insolvency ha voluto dare rilevanza al bene-impresa, evitandone la distruzione in caso di crisi economica. Secondo la Direttiva il valore dell'impresa - che è un bene di rilievo comunitario, oltre che, in Italia, costituzionale - è strettamente legato alla sua capacità di sopravvivere alla difficoltà finanziaria, evitando la distruzione del valore aziendale, proteggendo l'occupazione e garantendo un sistema più equo, omogeneo ed efficiente per la

gestione delle difficoltà finanziarie, consentendo all'impresa di ristrutturarsi¹. La Direttiva mira, quindi, a consentire alle aziende in difficoltà di riprendersi dalla crisi, accedendo a strumenti di ristrutturazione preventiva, prima di arrivare all'insolvenza conclamata. Attraverso la promozione e il potenziamento degli strumenti di ristrutturazione preventiva si evita la liquidazione dell'impresa allorquando esistono prospettive di risanamento, incoraggiando il metodo *early warning* volto a individuare tempestivamente segnali di crisi. Questo approccio permette di evitare che l'impresa perda valore a causa di uno scioglimento disordinato, privilegiando, ove possibile, la continuità aziendale rispetto alla liquidazione di realtà imprenditoriali ancora sane, per garantire l'occupazione e il tessuto economico locale. Soltanto un sistema efficace di ristrutturazione preventiva offre la possibilità di recupero per i creditori e riduce il fenomeno della perdita di conoscenze e competenze nel tessuto produttivo.

I criteri fissati dalla Direttiva consentono di armonizzare le procedure di ristrutturazione preventiva, insolvenza ed esdebitazione tra gli Stati membri, contribuendo così a un mercato interno più efficiente e riducendo gli ostacoli alla libera circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento in modo che le imprese possano competere su basi eque e gli investitori possano operare con maggiore sicurezza. Non può essere sottaciuto che le attuali differenze tra le legislazioni nazionali generano costi aggiuntivi per le imprese che operano in più Paesi, poiché devono valutare il rischio finanziario in contesti normativi diversi. Questa situazione disincentiva gli investimenti transfrontalieri e ostacola la libertà di stabilimento. Inoltre, le

¹ Nei considerando 1 e 2 della Direttiva, si legge «(1) L'obiettivo della presente direttiva è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno nonché eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali, quali la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, che derivano dalle differenze tra le legislazioni e procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni. Senza pregiudicare i diritti e le libertà fondamentali dei lavoratori, la presente direttiva mira a rimuovere tali ostacoli garantendo alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare, agli imprenditori onesti insolventi o sovraindebitati di poter beneficiare di una seconda opportunità mediante l'esdebitazione dopo un ragionevole periodo di tempo, e a conseguire una maggiore efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, in particolare attraverso una riduzione della loro durata.

Considerando 2: La ristrutturazione dovrebbe consentire ai debitori in difficoltà finanziarie di continuare a operare, in tutto o in parte, modificando la composizione, le condizioni o la struttura delle loro attività e delle loro passività o di una qualunque altra parte della loro struttura del capitale, anche mediante la vendita di attività o parti dell'impresa o, se previsto dal diritto nazionale, dell'impresa nel suo complesso, come anche apportando cambiamenti operativi. Salvo specifica disposizione contraria del diritto nazionale, i cambiamenti operativi, come la risoluzione o la modifica dei contratti o la vendita o altro atto dispositivo delle attività, dovrebbero rispettare i requisiti generali previsti dal diritto nazionale per tali misure, in particolare il diritto civile e il diritto del lavoro. Qualsiasi conversione del debito in capitale dovrebbe altresì rispettare le garanzie previste dal diritto nazionale. I quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero innanzitutto permettere ai debitori di ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce e prevenire l'insolvenza e quindi evitare la liquidazione di imprese sane. Tali quadri dovrebbero impedire la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze e massimizzare il valore totale per i creditori, rispetto a quanto avrebbero ricevuto in caso di liquidazione degli attivi della società o nel caso del migliore scenario alternativo possibile in mancanza di un piano, così come per i proprietari e per l'economia nel suo complesso».

piccole e medie imprese - che rappresentano la maggioranza del tessuto imprenditoriale europeo - subiscono maggiormente le conseguenze di procedure lunghe e costose, poiché dispongono di minori risorse per affrontare complessi *iter* di ristrutturazione.

Al contrario, un quadro efficace di ristrutturazione preventiva impedisce che le imprese rischino di non avere la possibilità di procedere al rimborso dei debiti, riducendo, al contempo, il rischio di accumulo di crediti deteriorati nel settore finanziario. Il deterioramento del credito può infatti amplificare le difficoltà in periodi di crisi economica, con ripercussioni su tutto il sistema bancario e produttivo. Di conseguenza, l'armonizzazione delle regole in materia di insolvenza garantisce che le imprese possano affrontare le difficoltà finanziarie in modo ordinato, evitando effetti a catena che potrebbero destabilizzare l'intero mercato.

Veniamo ai criteri stabiliti dalla Direttiva.

Innanzitutto, è prevista la suddivisione del ceto dei creditori in classi e l'introduzione del *cross-class cram-down*, cioè di meccanismi che consentono di adottare piani di ristrutturazione anche contro la volontà di alcune categorie di creditori, purché vengano rispettate determinate garanzie; la finalità è quella favorire la protezione del valore aziendale, evitando che singoli creditori possano ostacolare la continuità dell'impresa.

Inoltre il piano di ristrutturazione preventiva mira a salvaguardare l'occupazione, riducendo il rischio di perdita di posti di lavoro, mantenendo l'azienda attiva. Per consentire all'impresa in difficoltà la ripresa senza subire la pressione dei creditori e delle azioni da questi intraprese per vedere soddisfatte le loro ragioni, le imprese in difficoltà possono ottenere misure di protezione temporanee².

Come si è detto, la Direttiva incoraggia l'adozione di strumenti di allerta precoce per aiutare le imprese a individuare tempestivamente le difficoltà finanziarie e ad assumere decisioni consapevoli prima che la situazione diventi irreversibile. Questo può includere segnalazioni automatiche, come il mancato pagamento di imposte o contributi previdenziali, che permettano alle aziende di intervenire prima che sia troppo tardi.

Pur promuovendo la flessibilità nelle ristrutturazioni, la Direttiva sottolinea l'importanza di tutelare i lavoratori, garantendo loro il diritto a essere informati e coinvolti nelle decisioni che li riguardano. L'impatto sociale della ristrutturazione deve essere minimizzato e gestito con un dialogo tra le parti interessate, riducendo tensioni sociali. Per favorire la probabilità di

² Viene riportato il considerando 32 «Un debitore dovrebbe poter beneficiare di una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali, sia essa concessa da un'autorità giudiziaria o amministrativa oppure per legge allo scopo di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione, così da poter continuare a operare o almeno mantenere il valore della sua massa fallimentare durante le trattative. Ove previsto dal diritto nazionale, la sospensione dovrebbe essere possibile anche a beneficio dei terzi garanti, fra cui fideiussori e prestatori di garanzie reali. Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero poter disporre che le autorità giudiziarie o amministrative abbiano la facoltà di rifiutare la concessione di una sospensione delle azioni esecutive individuali qualora tale sospensione non sia necessaria o non soddisfi l'obiettivo di agevolare le trattative. Tra i motivi di rifiuto potrebbero figurare la mancanza di sostegno da parte della maggioranza richiesta dei creditori o, se previsto dal diritto nazionale, l'effettiva incapacità del debitore di pagare i debiti in scadenza».

successo della procedura di ristrutturazione e di riduzione del rischio di contenziosi che potrebbero rallentare il recupero dell'impresa o provocarne il fallimento, la Direttiva promuove una soluzione inclusiva nella definizione delle misure di ristrutturazione, attraverso il coinvolgimento dei creditori, dei lavoratori e delle altre parti interessate. Un dialogo che consente di trovare soluzioni più equilibrate e di ridurre i conflitti tra le parti, arrivando a un processo di ristrutturazione condiviso e trasparente.

Inoltre, l'ottimizzazione dei processi di ristrutturazione e la garanzia della trasparenza nella scelta del piano di ristrutturazione sono assicurate dalla previsione della presenza di specialisti (come amministratori della crisi), posti a presidio delle procedure attivate per il salvataggio dell'azienda.

La Direttiva sulla ristrutturazione preventiva, insolvenza ed esdebitazione rappresenta, quindi, un passo fondamentale per garantire un mercato unico più efficiente e resiliente. Infatti, attraverso l'armonizzazione delle procedure tra gli Stati membri, la riduzione dei tempi di esdebitazione e il miglioramento degli strumenti d'allerta si riducono le incertezze giuridiche, si favoriscono gli investimenti e si consente alle imprese di affrontare le difficoltà finanziarie in modo più efficace, incentivando l'imprenditorialità e la crescita economica.

2. Le premesse teoriche dell'analisi: un chiarimento preliminare.

La Direttiva e le leggi italiane (d. lgs. 12 gen. 2019, n.14: cd. Codice della crisi)³ che l'hanno recepita influiscono inevitabilmente sui presupposti a base del nostro modo di intendere la tutela cautelare. La dottrina classica ha storicamente qualificato il processo cautelare come pura azione, conformemente alla definizione proposta da Chiovenda⁴. Egli evidenziava che, nel concedere una misura cautelare, il giudice ignora se il beneficiario sia effettivamente titolare della pretesa oggetto di tutela provvisoria. Pertanto, l'azione cautelare è definita come "mera azione", in quanto il diritto al provvedimento cautelare non appartiene direttamente alla parte, bensì allo Stato, che lo esercita sulla base delle generali esigenze di tutela del diritto; alla parte spetta solo il potere di sollecitarne l'attivazione nel caso concreto. Così, la misura cautelare esprime una concreta volontà legislativa, diretta però non a se stessa, bensì alla

³ Tra i primi commentatori che si sono occupati dei rapporti tra il decreto legislativo e la normativa delegata, M. FABIANI, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 162 ss.; G. LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Il fallimento*, 2019, p. 263 ss.

⁴ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli, 1928, p. 224 ss.: «il potere giuridico d'ottenere uno di questi provvedimenti è una forma di per sé stante d'azione (azione assicurativa), che non può considerarsi come accessorio del diritto cautelato...è un diritto dello Stato, fondato sulle necessità generali della tutela del diritto: la parte non ha che il potere di provocarne l'esercizio nel caso concreto»; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, n. 12. Sul pensiero di Chiovenda v. A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 16 ss., per il quale l'enunciato secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che l'attore ha diritto di conseguire» è <precursore> degli attuali principi di effettività della tutela giurisdizionale e di strumentalità del processo al diritto sostanziale.

tutela anticipata di un'altra volontà legislativa, cioè quella destinata ad affermarsi nella futura decisione di merito.

Le misure cautelari, di conseguenza, sono strutturate come strumenti funzionali al successivo giudizio di merito, destinati ad essere integralmente assorbiti una volta pronunciata la decisione definitiva. Tale concetto ci è stato trasmesso in modo esemplare da Calamandrei, che sottolineò come l'essenza delle misure cautelari non possa essere ricercata sul piano ontologico, ma vada indagata sul piano teleologico: il loro carattere distintivo non risiede nella natura dichiarativa o esecutiva dei loro effetti, bensì nella funzione di anticipazione e preparazione degli effetti propri del provvedimento principale, effetti destinati a dissolversi con la pronuncia definitiva⁵.

Analogamente, la Corte costituzionale, con la celebre sentenza n. 190 del 3 luglio 1985, estensore Andrioli, ha precisato che dall'articolo 700 c.p.c. emerge una direttiva chiara: qualora un diritto, assistito dal requisito del *fumus boni iuris*, sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile determinato dal decorso del tempo necessario alla definizione ordinaria, compete al giudice adottare quelle misure di urgenza che appaiono più adeguate ad assicurare temporaneamente gli effetti della futura decisione di merito⁶.

Il codice di procedura civile del 1942 si ispira chiaramente a tale prospettiva e la stessa riforma introdotta con la legge 26 novembre 1990, n. 353, che ha sistematizzato nel Capo III una sezione dedicata ai "procedimenti cautelari in generale", si è mantenuta fedele al principio fondante per cui la misura cautelare è destinata a cedere definitivamente il passo alla decisione finale⁷.

Tuttavia, la purezza teorica di tale costruzione dottrinale ha subito una certa attenuazione negli anni successivi, essendosi diffusa la consapevolezza della necessità di tutelare anche l'interesse della parte ad accontentarsi della tutela cautelare ottenuta, senza procedere

⁵ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 140.

⁶ Si legge nella motivazione della citata sentenza «Dall'art. 700 è lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito da *fumus boni iuris* è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito» (vedila commentata da A. PROTO PISANI, *Foro It.*, 1985, c. 1881 ss.). Come evidenziato da C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998, p. 4, questa sentenza e il biennio 1983-5 segnano il punto di arrivo di un'evoluzione che ha condotto all'affermazione del valore della tutela cautelare nella prospettiva segnata dalla garanzia costituzionale del diritto d'azione.

⁷ L'impostazione chiovendiana, che risentiva delle sue idee sul diritto d'azione, è così superata, in quanto la tutela cautelare diventa l'addentellato indispensabile dello stesso diritto d'azione. La riforma del 1990 sarà il precipitato di questa diversa impostazione, come attestato dalla dottrina, di cui, per mera semplificazione e senza presunzione di completezza, si ricordano: A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997; C. CECHELLA, *Il processo cautelare: commentario*, Torino, 1997; E. MERLIN, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento mero, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella L. 353/1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 944 ss.; L. MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 309 ss., spec. p. 315; A. PROTO PISANI, *Il procedimento cautelare*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1991, p. 688 ss.; G. TARZIA (a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993; G. VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro It.*, V, 1992, 432 ss.

obbligatoriamente alla pronuncia sul merito⁸. Malgrado ciò, l'essenza e i presupposti classici della tutela cautelare restano immutati: il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, identificati sin dalle origini da Chiovenda.

Questi presupposti, o condizioni, restano intrinsecamente correlati alle future decisioni definitive di merito (sentenze di accertamento, di condanna o costitutive), la cui effettività è temporaneamente garantita dalle misure cautelari.

Del tutto diversa risulta, invece, la situazione relativa alle misure interinali adottate nei procedimenti volti alla gestione delle crisi d'impresa. In tale contesto, l'obiettivo delle misure adottate non è quello di anticipare gli effetti di una decisione di merito, ma di consentire la prosecuzione dell'attività economica dell'imprenditore in difficoltà, creando le condizioni favorevoli a un percorso di risanamento. Pertanto, il riferimento ai concetti tradizionali di *fumus boni iuris* o *periculum in mora* perde qualsiasi significato: la misura interinale non mira a garantire una successiva pronuncia giurisdizionale, bensì ad assicurare l'efficace gestione della crisi, valutando l'opportunità e la sostenibilità del piano aziendale.

In questa diversa realtà giuridica, il giudice svolge una funzione quasi imprenditoriale, dovendo compiere valutazioni di natura economica e sociale piuttosto che meramente giuridica, e deve quindi adottare provvedimenti atipici, variabili secondo le circostanze e finalizzati a consentire la continuità dell'attività imprenditoriale.

Di conseguenza, la terminologia classica deve essere reinterpretata: infatti, il legislatore, ben consapevole della diversità di presupposti e finalità, ha qualificato tali provvedimenti come misure "protettive", evidenziando la peculiarità della situazione rispetto alla tradizionale tutela cautelare. La protezione, qui, non è riferita alla parte in sé, bensì alla gestione giudiziale della crisi e alla salvaguardia della funzione economico-sociale dell'impresa, funzione cui l'attuale ordinamento giuridico attribuisce crescente rilievo.

Sulla base del pensiero di Chiovenda, potrebbe affermarsi che, anche in questo caso, lo Stato esercita una forma peculiare di tutela, perseguendo un interesse sociale generale piuttosto che un diritto individuale del soggetto interessato.

Le riflessioni che seguono saranno svolte assumendo come fondamentali tali premesse di metodo.

⁸ La riforma del 2006 ha inciso soprattutto nel dare stabilità al provvedimento cautelare sulla scorta delle riflessioni dottrinarie che avevano posto in evidenza che, da una parte, la cognizione in sede cautelare è tutt'altro che superficiale, e che, dall'altra parte, soprattutto nel caso di provvedimenti anticipatori, le parti possono accontentarsi della misura cautelare senza necessariamente insistere per ottenere un provvedimento di merito. V., anche qui senza presunzione di completezza, R. CAPONI, in *Foro It.*, 2006, V, 69 ss.; U. COREA, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1251 ss.; G. RUFFINI, *La riforma del processo cautelare nel disegno di legge ministeriale recante «modifiche urgenti al codice di procedura civile» e nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, p. 187 ss.; G. TARZIA-A. SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2015, *passim*.

3. Effettività della tutela giurisdizionale nel codice della crisi: le misure protettive e le misure cautelari.

In linea con l'obiettivo della Direttiva comunitaria⁹, il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII) ha fissato i criteri che favoriscono il buon esito delle procedure di

⁹ Si riportano gli artt. 6 e 7 della Direttiva n. 2019/1023: «Articolo 6 Sospensione delle azioni esecutive individuali 1. Gli Stati membri provvedono affinché il debitore possa beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali al fine di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione nel contesto di un quadro di ristrutturazione preventiva. Gli Stati membri possono prevedere che le autorità giudiziarie o amministrative abbiano la facoltà di rifiutare la concessione di una sospensione delle azioni esecutive individuali qualora tale sospensione non sia necessaria o non consegua l'obiettivo di cui al primo comma. 2. Fatti salvi i paragrafi 4 e 5, gli Stati membri provvedono affinché la sospensione delle azioni esecutive individuali possa riguardare tutti i tipi di crediti, compresi quelli garantiti e privilegiati. 3. Gli Stati membri possono prevedere che una sospensione delle azioni esecutive individuali possa essere generale, ossia riguardare tutti i creditori, o limitata, ossia riguardare uno o più singoli creditori o categorie di creditori. In caso di sospensione limitata, essa si applica solamente ai creditori che sono stati informati, conformemente al diritto nazionale, delle trattative di cui al paragrafo 1 sul piano di ristrutturazione o della sospensione. 4. Gli Stati membri possono escludere determinati crediti o categorie di crediti dall'ambito di applicazione della sospensione delle azioni esecutive individuali, in circostanze ben definite, qualora tale esclusione sia debitamente giustificata e qualora:

a) un'azione esecutiva non sia suscettibile di compromettere la ristrutturazione dell'impresa; oppure

b) la sospensione comporti un ingiusto pregiudizio dei creditori che vantano tali crediti.

5. Il paragrafo 2 non si applica ai diritti dei lavoratori. In deroga al primo comma, gli Stati membri possono applicare il paragrafo 2 ai diritti dei lavoratori se, e nella misura in cui, essi assicurano che il pagamento di tali diritti sia garantito nell'ambito di un quadro di ristrutturazione preventiva con un livello di tutela analogo. 6. La durata iniziale di una sospensione delle azioni esecutive individuali è limitata a un massimo di quattro mesi. 7. In deroga al paragrafo 6, gli Stati membri possono autorizzare l'autorità giudiziaria o amministrativa a prorogare la durata di una sospensione delle azioni esecutive individuali o a concedere una nuova sospensione delle medesime su richiesta del debitore, di un creditore o, se del caso, di un professionista nel campo della ristrutturazione. La proroga o il rinnovo della sospensione delle azioni esecutive individuali sono concessi solo in circostanze ben definite da cui risulti che la proroga o il rinnovo sono debitamente giustificati, ad esempio:

a) sono stati compiuti progressi significativi nelle trattative sul piano di ristrutturazione,

b) la continuazione della sospensione delle azioni esecutive individuali non pregiudica ingiustamente i diritti o gli interessi delle parti interessate, oppure

c) nei confronti del debitore non siano ancora state aperte procedure di insolvenza che possano concludersi con la liquidazione delle attività del debitore a norma del diritto nazionale.

8. La durata totale della sospensione delle azioni esecutive individuali, inclusi le proroghe e i rinnovi, non supera i dodici mesi. Qualora gli Stati membri decidano di attuare la presente direttiva per mezzo di una o più procedure o misure che non soddisfano le condizioni per la notifica in virtù dell'allegato A del regolamento (UE) 2015/848, la durata complessiva della sospensione nell'ambito di tali procedure è limitata a un massimo di quattro mesi se il centro degli interessi principali del debitore è stato trasferito a un altro Stato membro nei tre mesi precedenti alla presentazione di una richiesta di apertura della procedura di ristrutturazione preventiva.

9. Gli Stati membri provvedono affinché l'autorità giudiziaria o amministrativa possa revocare una sospensione delle azioni esecutive individuali nei casi seguenti:

a) la sospensione non soddisfa più l'obiettivo di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione, ad esempio se risulta evidente che una parte di creditori che ai sensi del diritto nazionale può impedire l'adozione del piano di ristrutturazione non appoggia la continuazione delle trattative;

b) su richiesta del debitore o del professionista nel campo della ristrutturazione;

c) ove previsto dal diritto nazionale, se uno o più creditori oppure una o più classi di creditori sono o sarebbero ingiustamente pregiudicati dalla sospensione delle azioni esecutive individuali; oppure

d) laddove previsto dal diritto nazionale, se la sospensione comporta l'insolvenza di un creditore.

regolazione della crisi, preservando per la loro durata il patrimonio dell'imprenditore in difficoltà. È evidente, infatti, che le trattative non si possono svolgere con la dovuta serenità se l'imprenditore rimane esposto alle azioni esecutive e cautelari dei creditori che possono disgregare il patrimonio e l'operatività aziendale e creare un'alterazione del paritario trattamento tra i creditori, finendo col pregiudicare l'iniziativa intrapresa dall'imprenditore per emergere dalla situazione di crisi.

Gli Stati membri possono limitare, ai sensi del primo comma, la facoltà di revoca della sospensione delle azioni esecutive individuali a situazioni in cui i creditori non hanno avuto l'opportunità di essere ascoltati prima dell'entrata in vigore della sospensione o della concessione di una sua proroga da parte di un'autorità giudiziaria o amministrativa. Gli Stati membri possono prevedere un periodo minimo, che non deve eccedere il periodo di cui al paragrafo 6, durante il quale non è possibile revocare una sospensione delle azioni esecutive individuali.

Articolo 7 Conseguenze della sospensione delle azioni esecutive individuali. 1. Qualora un obbligo di un debitore, previsto dal diritto nazionale, di presentare istanza di apertura di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore sorga durante una sospensione delle azioni esecutive individuali, esso è sospeso per la durata della sospensione. 2. La sospensione delle azioni esecutive individuali conformemente all'articolo 6 sospende, per la durata della sospensione, l'apertura, su richiesta di uno o più creditori, di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore. 3. Gli Stati membri possono derogare ai paragrafi 1 e 2 in situazioni in cui il debitore sia incapace di pagare i suoi debiti in scadenza. In tali casi, gli Stati membri provvedono affinché l'autorità giudiziaria o amministrativa possa decidere di mantenere il beneficio della sospensione delle azioni esecutive individuali se, tenendo conto delle circostanze del caso, l'apertura di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore non fosse nell'interesse generale dei creditori. 4. Gli Stati membri prevedono norme che impediscono ai creditori cui si applica la sospensione di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti essenziali, o di risolverli, anticiparne la scadenza o modificarli in altro modo a danno del debitore, in relazione ai debiti sorti prima della sospensione, per la sola ragione di non essere stati pagati dal debitore. I contratti pendenti essenziali devono essere intesi come i contratti pendenti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione comporterebbe la paralisi dell'attività del debitore. Il primo comma non impedisce agli Stati membri di conferire a tali creditori adeguate garanzie per evitare che subiscano un ingiusto pregiudizio in conseguenza di tale comma. Gli Stati membri possono prevedere che il presente paragrafo si applichi a contratti pendenti non essenziali. 5. Gli Stati membri assicurano che ai creditori non sia consentito di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti né di risolverli, di anticiparne la scadenza o di modificarli in altro modo a danno del debitore in forza di una clausola contrattuale che prevede tali misure, in ragione esclusivamente:

- a) di una richiesta di apertura di una procedura di ristrutturazione preventiva;*
- b) di una richiesta di sospensione delle azioni esecutive individuali;*
- c) dell'apertura di una procedura di ristrutturazione preventiva; oppure*
- d) della concessione di una sospensione delle azioni esecutive individuali in quanto tale.*

6. Gli Stati membri possono prevedere che una sospensione delle azioni esecutive individuali non si applichi ad accordi di netting, compresi accordi di netting per close-out, su mercati finanziari, mercati dell'energia e mercati dei prodotti di base anche nei casi in cui non si applica l'articolo 31, paragrafo 1, se tali accordi sono opponibili a norma delle legislazioni nazionali in materia di insolvenza. Tuttavia, la sospensione si applica, da parte del creditore all'esecuzione, di un credito da esso vantato nei confronti di un debitore in conseguenza dell'applicazione di un accordo di netting. Il primo comma non si applica ai contratti di fornitura di beni, servizi o energia necessari all'operatività dell'impresa del debitore, salvo che tali contratti costituiscano una posizione negoziata su una borsa valori o su un altro mercato, tale da poter essere sostituita in ogni momento al valore corrente di mercato. 7. Gli Stati membri provvedono affinché la scadenza del termine di sospensione di un'azione esecutiva individuale senza l'adozione di un piano di ristrutturazione non comporti di per sé l'apertura di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore, a meno che sussistano altre condizioni per tale apertura a norma del diritto nazionale».

In tale contesto un ruolo cruciale è affidato alle misure protettive e cautelari¹⁰.

3.1. Misure protettive tipiche.

La legge distingue le misure protettive da quelle cautelari. La distinzione nasce dall'intuizione che il concetto di "cautela", elaborato dalla dottrina classica, va qui adattato. Entrambe sono misure che hanno lo stesso obiettivo: fare in modo che si possa salvare l'impresa in crisi. Di conseguenza, entrambe realizzano più che la "cautela", una "protezione" nella misura in cui è necessaria per raggiungere l'obiettivo. Lo fanno, tuttavia, in modo diverso: impedendo che l'imprenditore debitore sia aggredito e, quindi, proteggendolo; oppure salvaguardando il patrimonio aziendale e, quindi, "cautelandolo". una differenza sottile, ma non priva di rilievo pratico, perché la valutazione delle prime è di esclusiva pertinenza del Tribunale e può essere più che richiesta, sollecitata dall'imprenditore, là dove l'interesse per le seconde potrebbe anche rintracciarsi nei creditori o in alcuni di essi.

Le misure protettive, infatti, sono provvedimenti temporanei richiesti dal debitore per impedire che azioni o comportamenti dei creditori possano essere esiziali, compromettendo

¹⁰ Il nuovo approccio del legislatore ha inevitabilmente provocato l'interesse della dottrina. Senza pretesa di completezza qui si richiamano: M. M. AIELLO, *La protezione del debitore nel codice della crisi: un approccio sistematico*, in *Fall.*, 2023, p. 311 ss.; L. BACCAGLINI-L. CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, in *Dirittodellacrisi.it*, 11 ottobre 2022; L. BACCAGLINI-I. PAGNI, *Misure cautelari e misure protettive nel Codice della Crisi: una chiave di lettura per l'impiego anche combinato dei diversi strumenti di tutela*, *ivi*, 4 marzo 2024; G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Ilcaso.it*, 18 luglio 2021; A. CARRATTA, *Le misure cautelari e protettive nel CCII dopo il d.lgs. n. 83/2022*, in *Dir. Fall.*, 2022, V, p. 859 ss.; L. DE GENNARO, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 3 dicembre 2024; C. DELLE DONNE, *La tutela del patrimonio e dell'impresa del debitore tra misure protettive e cautelari nel Codice della crisi*, in *Judicium*, fasc. 1/2020; F. DE SANTIS, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2021, p. 1536 ss.; *Id.*, *Le novità in materia di misure protettive e cautelari*, in *Proc. Conc.*, 2025, p. 36 ss.; *Id.*, *Il sistema dei rimedi nel cosiddetto procedimento "unitario"*, in *Fall.*, 2023, p. 310 ss.; A. DIDONE, *Le misure protettive/cautelari*, in *Fall.*, 2022, p. 1251 ss.; M. FABIANI, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 849 ss.; *Id.*, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, *Gli speciali del Foro italiano*, 3, 2022, p. 109 ss.; P. FARINA, *Le misure protettive richieste dopo la domanda di accesso allo strumento negoziale dall'inibitoria dell'azione di sfratto per morosità alla iscrizione nel registro delle imprese, della domanda integrativa*, in *Fallimento*, 2023, p. 687 ss.; R. GIORDANO, *Sub artt. 54-55*, in (diretto da) F. SANTANGELI, *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 377 ss.; M. MAGGIONE, *Interferenze tra misure cautelari, misure protettive atipiche (nel procedimento unitario) e tutela d'urgenza (nel processo civile)*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa*, 4/2025, p. 515 ss.; C. MANCUSO, *Le misure protettive e cautelari*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo ter G.U. 27 settembre 2024, n. 227*, diretto da M. IRRERA e A. CERRATO, Bologna, 2024, p. 842 ss.; M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, in [ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it](https://www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it), 24 dicembre 2021; G. N. NARDO, *La composizione della crisi di impresa tra autonomia e poteri decisorio del giudice*, in questa Rivista, p. 521 ss.; I. PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Società*, 2019, p. 438 ss.; *Id.*, *Il "sistema" delle misure protettive e cautelari negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza: note a margine di un provvedimento del Tribunale di Milano, nota a Trib. Milano*, in *Fall.*, 2024, p. 279 ss.; *Id.*, voce *Misure cautelari e protettive (diritto dell'insolvenza)*, in *Enc. dir.*, volume tematico *Crisi di impresa*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2024, p. 869 ss.; G. RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, in *Fall.*, 2022, p. 282; F. ROLFI, *Il procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 173 ss.; T. SENNI, *Misure protettive e misure cautelari: una "staffetta" impossibile?*, in *Dirittodellacrisi.it*, 10 settembre 2024.

le iniziative intraprese per la gestione della crisi o dell'insolvenza, anche durante la fase preliminare delle trattative. Queste misure includono la sospensione delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, nonché la sospensione dei termini di prescrizione e decadenza. L'obiettivo principale è creare un ambiente stabile che favorisca le trattative e le soluzioni negoziate, evitando che iniziative individuali dei creditori possano pregiudicare gli sforzi di risanamento dell'azienda o di ristrutturazione dei debiti.

Le misure protettive tipiche non sono una novità del Codice della crisi, essendo state mutate dalla legge fallimentare (artt. 51 e 168 L.F.), con la differenza che esse non sono rivolte a una migliore soddisfazione della massa creditoria e, quindi, non hanno di mira la tutela di quest'ultima, ma hanno come obiettivo la possibilità di mantenere intatto il valore aziendale e la capacità di iniziativa imprenditoriale nell'interesse generale e, quindi, operano inevitabilmente secondo un meccanismo di semi-automaticità su richiesta del debitore¹¹.

L'addentellato normativo si rinviene nell'art. 2, lett. p) del Codice della crisi, secondo cui tutte le misure protettive (sia tipiche che atipiche) sono misure temporanee che possono essere chieste dal debitore *«anche prima dell'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza»* per evitare che determinate *«azioni o condotte»*¹² poste in essere dai creditori vanifichino le iniziative intraprese dall'imprenditore per la ripresa dell'azienda, assicurando *«il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi e dell'insolvenza»*.

Sono finalizzate a garantire la stabilità del patrimonio dell'impresa in difficoltà e a tal fine erigono una sorta di scudo protettivo principalmente rispetto alle azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori che vengono sospese per tutta la loro durata. Le caratteristiche principali delle misure protettive tipiche consistono nell'essere previste direttamente dalla legge e di essere concesse in caso di richiesta del debitore che presenta una domanda di accesso a strumenti di regolazione della crisi. In realtà le misure protettive tipiche possono essere concesse anche successivamente alla presentazione della domanda di composizione negoziata o di risanamento dell'azienda e realizzano una protezione eccezionale per l'azienda

¹¹ La giurisprudenza ha chiarito che l'omissione di tale richiesta non preclude la possibilità di presentare un'istanza successiva; così Trib. Roma, (decr.) 4 novembre 2022 osserva che *«la durata delle misure protettive è fissata in ogni caso nella misura massiva di 12 mesi (art. 8 del CCII): una diversa interpretazione che permettesse di avanzare la richiesta di misure protettive unicamente in sede di primo atto di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi (ossia, ordinariamente, in sede di domanda prenotativa di concordato) finirebbe col costringere il debitore non solo ad anticipare la richiesta rispetto all'effettiva insorgenza dell'esigenza protettiva, ma soprattutto a consumare parte del periodo di protezione nonostante non ne abbia necessità (rischiando, in tal modo, di non avere poi sufficiente "copertura protettiva" sino all'eventuale omologazione) sol perché gli verrebbe preclusa la possibilità di avanzare tale richiesta in un momento successivo, così frustrando la ratio della normativa che è quella, all'opposto, di circoscrivere temporalmente le misure protettive al minimo ritenuto indispensabile sia dal debitore che dal Tribunale»*. Per il procedimento di negoziazione assistita, non sorgono dubbi interpretativi, giacché l'art. 18 prevede che l'imprenditore possa chiedere l'applicazione di misure protettive del patrimonio *«con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le modalità di cui all'articolo 17, comma 1»*.

¹² Così a seguito della modifica apportata dal d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136, su cui vedi *infra* § 3.4.

che, per tutta la loro durata, gode di una immunità rispetto alle iniziative di terzi volte a intaccare il patrimonio aziendale e a minare il buon esito della trattativa intrapresa. Le misure protettive hanno un'efficacia temporanea, che prevede una durata di 4 mesi, prorogabile fino a 12 mesi e cessano di avere effetto al momento della pubblicazione della sentenza di omologazione dello strumento di regolazione della crisi o di apertura della procedura di insolvenza. Con tali misure il Tribunale dispone la sospensione delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, l'impossibilità di intraprendere azioni esecutive, l'impossibilità di risolvere i contratti in corso a causa dell'apertura di una procedura di crisi, la sospensione del termine di prescrizione e di decadenza per l'esercizio dei diritti da parte dei creditori, l'inammissibilità delle revocatorie fallimentari per gli atti compiuti dal debitore in buona fede nel periodo protetto.

3.2. Misure protettive atipiche.

Le misure protettive atipiche rappresentano una vera novità del Codice della crisi, non essendovene traccia nella legge fallimentare. Non sono previste dalla legge, potendo essere concesse dal tribunale -su richiesta del debitore - in base alla specificità del caso concreto e in funzione della tutela degli interessi in gioco *«per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare il buon esito delle trattative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza»* (si riporta nuovamente l'art. 2, lett. p) Codice della crisi)¹³. È evidente che la loro adozione richiede una attenta e responsabile valutazione da parte del Tribunale, perché queste misure, a differenza di quelle tipiche, non sono generali e, quindi, non producono effetti su tutto il ceto creditorio, ma inevitabilmente finiscono con l'incidere sulla posizione di taluni e, quindi, per alterare la *par condicio*. E infatti esse non partecipano del regime della semi-automaticità, essendo oggetto di una valutazione giudiziale e sono concesse solo con un provvedimento costitutivo del tribunale, previa instaurazione del contraddittorio con le parti interessate: la loro natura personalizzata e la loro flessibilità contenutistica le rende inidonee a una generalizzata applicazione *erga omnes*, dovendo modellarsi sulla situazione di volta in volta prefigurata dalla parte istante. Ne deriva per l'imprenditore un onere di allegazione più specifico rispetto alle misure tipiche, dovendo dimostrare non solo la necessità della misura, ma anche il suo concreto impatto sulla continuità aziendale.

Tali misure possono riguardare rapporti non strettamente patrimoniali, ma anche misure di blocco di decisioni societarie che potrebbero pregiudicare la ristrutturazione. Si pensi, ad esempio, al blocco temporaneo delle azioni revocatorie non previste dal CCII, se ritenute dannose per il percorso di risanamento; alla sospensione di specifiche obbligazioni

¹³ M. FABIANI, *cit.*, osserva giustamente che *«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»*.

contrattuali che potrebbero compromettere l'equilibrio finanziario dell'impresa; alla limitazione temporanea delle facoltà di voto nelle assemblee societarie per evitare manovre ostili da parte di soci o creditori; all'inibizione di azioni di escussione delle garanzie personali rilasciate da terzi (es. fideiussioni), per non compromettere il piano di risanamento.

Ciò spiega per quale ragione secondo il d. lgs. 13 settembre 2024 n. 136, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 27 settembre 2024, meglio noto come decreto correttivo-*ter* non è possibile ottenere misure protettive atipiche nella fase di pre-concordato, durante la quale sono invece fruibili misure cautelari. Si ritiene che la possibilità di tali misure in questa fase farebbe pagare prezzi troppo alti alle esigenze del paritario trattamento.

3.3. Misure cautelari.

Le misure cautelari sono provvedimenti emessi dal giudice su istanza di parte, finalizzate a tutelare il patrimonio o l'impresa del debitore. L'obiettivo di questi provvedimenti risiede nell'assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative o l'efficacia degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. A differenza delle misure protettive, le misure cautelari possono essere richieste non solo dal debitore, ma anche dai creditori, dal pubblico ministero e dagli organi di controllo o di vigilanza. Tali misure, pur avendo una finalità affine a quella delle misure protettive, si distinguono per il loro contenuto, per il regime normativo applicabile e per la provvisorietà. In particolare, l'art. 2, lett. q) del CCII definisce le misure cautelari come strumenti che *«appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative, gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza e l'attuazione delle relative decisioni»*, attraverso provvedimenti emessi dal giudice competente. Questi provvedimenti sono caratterizzati da una durata limitata e provvisoria, nonché da un contenuto necessariamente atipico e flessibile. Infatti, le misure cautelari si applicano in via residuale rispetto alle misure protettive, condividendone l'obiettivo principale, che consiste nel preservare il patrimonio e la stabilità dell'impresa, ma differenziandosi per la disciplina e per le condizioni di applicazione. Tuttavia, a differenza delle misure protettive, che possono essere concesse con un meccanismo di semi-automaticità, l'efficacia delle misure cautelari è subordinata a una specifica istanza della parte interessata, che viene esaminata e decisa nell'ambito del procedimento previsto dagli artt. 19 e 55 del CCII. Questo procedimento richiede una valutazione attenta e discrezionale da parte del tribunale, il quale deve verificare la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, valutando se le circostanze e le esigenze rappresentate dal richiedente giustifichino l'adozione delle misure richieste.

È evidente che queste "cautele" non sono strumentali rispetto alla decisione di merito e, quindi, non sono emesse per assicurarne gli effetti. Ciò spiega la ragione per la quale gli artt. 19, comma 7, e 54, comma 1 del CCII escludono l'applicazione degli articoli 669 *octies*, commi 1°, 2° e 3°, e 669 *novies* del codice di procedura civile. In questo contesto, non avrebbe senso

prevedere un onere per il debitore o per gli altri soggetti legittimati a fare richiesta di cautela di instaurare un giudizio di merito per mantenere l'efficacia delle misure cautelari; esse sono finalizzate esclusivamente alla salvaguardia del patrimonio e alla facilitazione delle trattative. Un ulteriore aspetto rilevante delle misure cautelari è la loro flessibilità: non essendone predeterminato il contenuto, possono essere concesse in funzione delle specifiche esigenze di tutela rappresentate dal richiedente. Spetta a quest'ultimo individuare gli interventi necessari e motivare la loro utilità, mentre al tribunale compete il compito di valutarne la giustificazione e di determinarne la concreta attuazione. Tale discrezionalità consente al giudice di adattare le misure cautelari alle variabili situazioni dell'impresa, garantendo una risposta efficace e personalizzata alle necessità emergenti.

In sintesi, le misure cautelari si configurano come strumenti essenziali e flessibili, che - pur condividendo la finalità di protezione delle misure protettive - ne differiscono per modalità applicativa e presupposti di concessione e possono differirne per contenuto, dimostrando una spiccata capacità di adattamento alle peculiarità del caso concreto. Tra le misure cautelari rientrano, ad esempio, la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, il sequestro di beni o altri provvedimenti conservativi¹⁴.

Secondo l'opinione condivisa, la flessibilità e la duttilità delle misure cautelari (e di quelle protettive) non comporta che il giudice sia libero di scegliere la misura che meglio si adatta alla protezione del patrimonio o alla salvaguardia dell'attività imprenditoriale¹⁵. Anche in tali procedimenti deve essere rispettato il principio di corrispondenza tra il chiesto e il

¹⁴ In proposito, si segnala un'interessante ordinanza del Tribunale di Napoli (Est. Cacace) del 4 marzo 2024; il Tribunale, dopo avere verificato la corretta instaurazione del contraddittorio e avere valutato la sussistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, ha accolto il ricorso cautelare volto a consentire alle amministrazioni pubbliche debentriche dell'impresa - che aveva presentato una domanda di concordato in bianco in continuità aziendale - di pagare i debiti in favore dell'azienda in crisi, pur in assenza del formale provvedimento dell'ente previdenziale attestante la regolarità contributiva; ha così dichiarato, *per la sola durata della procedura di concordato preventivo* che, in ragione della presenza dei presupposti per il rilascio in favore dell'imprenditore del c.d. Durc gli enti pubblici debitori possano corrispondere i pagamenti di quanto da loro dovuto in favore dell'impresa anche in assenza di formale rilascio del documento unico di regolarità contributiva; l'ordinanza non è pubblicata. Cfr. C. DELLE DONNE, *cit.*, nota 29.

¹⁵ Con riferimento al rispetto del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nel procedimento cautelare uniforme, si rinvia a A. CARRATTA, *Procedimento cautelare uniforme*, in *I procedimenti cautelari*, a cura di A. CARRATTA, Bologna, 2013, p. 121; G. FRUS, *Riflessioni sul petitum cautelare, tra rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e potere discrezionale del giudice*, in *Giur. It.*, 1998, Torino, p. 197 ss.; in senso contrario E. MERLIN, voce «*Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*», in *Dig. Civ.*, Torino, 1996, XIV, p. 402 ss. secondo cui il giudice non è vincolato all'indicazione della misura cautelare richiesta, essendo sufficiente che nel ricorso sia individuata la finalità che si intende perseguire. La questione è stata affrontata dalla dottrina con riguardo al provvedimento d'urgenza: secondo parte della dottrina il provvedimento del giudice deve avere un contenuto rigorosamente conforme alla domanda proposta, F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, p. 300; A. PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti cautelari*, *cit.*, p. 745; in senso contrario, G. ARIETA, *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 596.

pronunciato¹⁶. Il giudice resta, quindi, vincolato alla domanda proposta dalla parte ricorrente, dovendo attenersi scrupolosamente al contenuto del ricorso e alle richieste formulate dalla parte; dovrà, pertanto, emettere una decisione contenuta nel perimetro delineato dal ricorrente. Pertanto, sia nell'ambito del ricorso volto a ottenere la concessione di una misura protettiva atipica sia in quello finalizzato alla concessione di una misura cautelare, il ricorrente sarà tenuto necessariamente a specificare il tipo di provvedimento cui mira per dare la possibilità al giudice di pronunciarsi, accogliendo o denegando la richiesta. Si è, però, dell'idea che, in un settore ove il giudice svolge un ruolo regolatore più che decisorio, vi debba essere una doverosa collaborazione tra il giudice e le parti coinvolte che dovrebbe consentire a queste ultime di rimodulare le richieste sulla base dei rilievi del giudice piuttosto che ricevere un secco rigetto dell'istanza. Si ritiene, pertanto, ammissibile la *mutatio libelli* nel corso del procedimento, purché sia salvaguardato il rispetto delle formalità essenziali a garantire il contraddittorio tra le parti; conseguentemente, in caso di contumacia dei destinatari del provvedimento, la domanda modificata andrà loro notificata e, ove dovesse persistere la loro contumacia, il giudice potrà pronunciarsi sulla nuova richiesta soltanto dopo avere verificato la ritualità della notifica.

3.4. Modifiche normative recenti.

Con l'entrata in vigore del citato decreto correttivo-ter (d. lgs. 13 settembre 2024, n. 136), sono state apportate modifiche significative al CCII in materia di misure protettive e cautelari. Tra le novità principali, è stata ampliata la definizione di misure protettive per includere non solo le azioni giudiziarie dei creditori, ma anche le condotte che possano pregiudicare le trattative o la ristrutturazione. Inoltre, è stato chiarito che le misure protettive "atipiche" possono essere concesse anche dopo l'esaurimento delle misure tipiche, a condizione che sia stata presentata una domanda completa (c.d. piena) al tribunale.

In conclusione, le misure protettive e cautelari nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza rappresentano strumenti fondamentali per salvaguardare il patrimonio dell'imprenditore e facilitare il successo delle procedure di risanamento, garantendo un equilibrio tra le esigenze del debitore e quelle dei creditori.

¹⁶ Per la specifica questione in relazione al Codice della crisi, si rinvia a L. BACCAGLINI e S. LEUZZI, *Su natura, funzione e limiti delle misure protettive e cautelari nel sistema concorsuale (considerazioni a margine di un recente rinvio pregiudiziale e di altre ordinanze)*, in *Dirittodellacrisi.it*, 10 febbraio 2025, secondo cui «La formulazione, voluta ampia e generica dell'art. 54, comma 1, CCII, si spiega con l'obiettivo del legislatore di garantire (se fondato) qualsiasi bisogno di tutela provvisoria del debitore, nel rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale, riconosciuto dalla stessa Costituzione. Questa circostanza, unita al fatto che le misure protettive atipiche e quelle cautelari rispondono al medesimo regime, sembra rendere nominalistica la distinzione tra le due tipologie, al punto che il giudice, senza violare il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, potrebbe accogliere una misura (qualificata dal debitore come protettiva atipica) concedendo un provvedimento cautelare»; I. PAGNI, *Misure cautelari e protettive*, cit., p. 872.

4. Il provvedimento del Tribunale di Brindisi del 3 dicembre 2024 e il rinvio pregiudiziale.

Le osservazioni che precedono mirano a evidenziare che tutte queste misure devono essere esaminate senza essere pregiudicati dalla dottrina classica che aveva elaborato la categoria delle misure cautelari in funzione della decisione di merito. Ma il dibattito dottrinale è ancora alle sue battute iniziali. Lo dimostra l'ordinanza del Tribunale di Brindisi del 3 dicembre 2024¹⁷, con la quale il giudice delegato si è interrogato sulla possibilità di convertire le misure protettive in misure cautelari, una volta che le prime siano decadute¹⁸.

Il tribunale brindisino ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione¹⁹ per sollecitare un intervento chiarificatore al fine di stabilire se le misure protettive debbano

¹⁷ Trib. Brindisi, 3 dicembre 2024, in *Dirittodellacrisi.it*. L'ordinanza è commentata da L. BACCAGLINI e S. LEUZZI, *Su natura, funzione e limiti delle misure protettive e cautelari*, cit.

¹⁸ Si riportano di seguito i quesiti rimessi alla Corte di cassazione: «1. Quale natura giuridica abbiano le misure protettive (tipiche e atipiche) e, in particolare, se le stesse: a) siano ascrivibili, in alternativa, al genus delle misure cautelari a tipiche ex art. 700 cpc, o siano, comunque, accomunabili alla species delle misure d'urgenza endoconcorsuali, connotate dalla c.d. strumentalità attenuata, con conseguente necessità di accertare in relazione ad esse il duplice requisito del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*; b) abbiano natura non cautelare, con conseguente esenzione del suddetto vaglio; 2. In ogni caso, quali debbano ritenersi i presupposti applicativi per la concessione delle misure protettive (tipiche e atipiche); 3. Se la sospensione degli effetti cambiari e degli assegni postdatati debba essere qualificata quale misura protettiva atipica o quale misura cautelare, con conseguente riconducibilità del provvedimento suddetto al novero delle une o delle altre e quali siano i presupposti applicativi; 4. Se l'impresa istante possa o meno beneficiare di una misura cautelare dello stesso contenuto di quella atipica richiesta, conseguita e che sia già scaduta. Ciò, in considerazione del limite, perentorio e improrogabile, di 12 mesi cui soggiacciono le (sole) misure protettive».

¹⁹ Sull'istituto di recente conio, si vedano, senza pretesa di completezza, A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Il Processo*, 2022, p. 947 ss.; V. CAPASSO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione ed il "vincolo" di troppo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 587; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, p. 113; *Id.*, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa"*, in *Giur. It.*, 2023, p. 473; M. CIRULLI, *Osservazioni sull'art. 363 bis c.p.c.*, in *Judicium.it*, 8 novembre 2024; M.A. COMASTRI, *La pregiudiziale interpretativa innanzi alla corte di cassazione*, in *Il processo civile dopo la riforma d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. CECHELLA, Milano, 2023, p. 141 ss.; A. FABBI, *Il rinvio pregiudiziale alla "Corte"*, in *Judicium.it*, 11 aprile 2023; A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 667 ss.; A. MONDINI, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, in *Judicium.it*, 27 dicembre 2022; A. PANZAROLA, *Introduzione al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione (art. 363-bis)*, Pisa, 2023, p. 1 ss.; L. PASSANANTE, *Le impugnazioni civili dopo il d.lgs 10 ottobre 2022, n. 149 § 7*, in *Quest. Giust.*, 1/2023; G. SCODITTI, *Brevi note sul nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *Quest. Giust.*, 3/2021, p. 3 ss.; C. SILVESTRI, *Il rinvio per interpretazione pregiudiziale alla Corte di cassazione a oltre un anno dalla sua entrata in vigore*, in *Judicium.it*, 3 ottobre 2024; R. TISCINI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione dell'art. 363-bis c.p.c. La disciplina. La casistica*, in *Giust. civ.*, 2023, p. 343 ss.; M. TURRINI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione e principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1609. Per G. VERDE, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile. Passato e presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, p. 64 ss., si è «introdotto un caso di pregiudizialità artificiale, con necessaria sospensione del processo, che la parte dovrà subire addirittura senza rimedi. Paradossalmente, in una legge dettata dall'obbligo della accelerazione (e con l'obiettivo di contenere i ricorsi al giudice), si è introdotta una disposizione che allontana la decisione di merito, che, anche se di primo grado, è comunque esecutiva. Oltre i dubbi di natura tecnica, si impone un'ulteriore riflessione. La disposizione, infatti, è il prodotto della svalutazione del fatto, là dove fatto e diritto sono indissolubili come la carne e il sangue». Critiche sono state espresse anche da F. BARBIERI, *Brevi considerazioni sul rinvio pregiudiziale in Cassazione: il giudice di merito superiorem recognoscens*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 369 ss.; B. CAPPONI, *E' opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di cassazione?*, in *Giustiziainsieme.it*, 19 giugno 2021; M. FABIANI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, pp. 197 ss.; G. SCARSELLI, *Note sul rinvio pregiudiziale alla*

rientrare nella categoria delle misure cautelari e, in caso affermativo, se sia necessario il duplice vaglio del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Ha evidenziato che la scelta interpretativa ha rilevanti implicazioni pratiche, in quanto potrebbe determinare un accesso più o meno restrittivo a tali strumenti di tutela nel contesto della regolazione della crisi d'impresa.

Ciò è opportuno anche in ragione delle innovazioni introdotte. Una delle principali innovazioni la si rinviene negli artt. 19 e 55 del Codice della crisi, che prevedono ora l'obbligo di pubblicazione nel registro delle imprese del decreto di fissazione dell'udienza per la conferma delle misure protettive. Il Tribunale può inoltre disporre specifiche modalità di notificazione per garantire la partecipazione dei creditori. Questa modifica mira a colmare un vuoto normativo relativo alle forme di pubblicità della procedura di conferma, revoca o modifica delle misure protettive, rendendo più trasparente il processo.

Un'altra modifica assai rilevante del correttivo riguarda la gestione dei rapporti bancari e finanziari nel contesto delle misure protettive. Il correttivo stabilisce che l'accesso alla composizione negoziata non comporta automaticamente la sospensione dell'erogazione del credito da parte delle banche, ma lascia agli istituti finanziari la facoltà di decidere in base ai principi di vigilanza prudenziale (cfr. Trib. Milano, 7 luglio 2024²⁰; Trib. Udine, 30 aprile 2024²¹). E la previsione conferma che le scelte del sistema bancario devono essere fondate su valutazioni prudenziali autonome, in linea con la normativa comunitaria e le disposizioni della Banca Centrale Europea. Allo stesso tempo, viene imposto agli intermediari finanziari l'obbligo di riattivare immediatamente le linee di credito sospese in caso di conferma delle misure protettive, salvo che la sospensione sia giustificata da specifiche ragioni prudenziali.

Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito, in Giustiziainsieme.it, 5 luglio 2021; G. TRISORIO LIUZZI, La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale, in Judicium.it, 9 dicembre 2024, che evidenzia l'effetto negativo che avrà l'applicazione di questo istituto sul processo consistente nella sospensione che consegue automaticamente alla pronuncia dell'ordinanza di rinvio alla Corte di cassazione. L'A. afferma che «è un evidente controsenso, da un lato, affermare che la riforma del sistema giudiziario deve perseguire la riduzione dei tempi del processo e, dall'altro, contemplare un nuovo istituto che comporta la sospensione del processo che, come è noto, arresta il processo, allunga i tempi di definizione del giudizio ed impedisce sia pure momentaneamente al giudice di decidere e alla parte di avere giustizia. Sottolineava Salvatore Satta che la sospensione del processo è "un diniego di giustizia, sia pure temporaneo". Un istituto che dottrina e giurisprudenza considerano eccezionale perché contrario alla natura del processo, che è fatto per procedere e non per arrestarsi...se proprio si vogliono ridurre i tempi dei processi, bisognerebbe eliminare le ipotesi di sospensione e non introdurne di nuova»; e manifesta peraltro preoccupazione per i tempi di attesa della decisione, essendo la Cassazione già oberata di lavoro.

²⁰ La cui massima è la seguente: «Qualora nel corso della composizione negoziata si determini una esigenza cautelare per l'imminente sopraggiungere della scadenza ultima delle misure protettive del patrimonio confermate erga omnes, il presidio può essere riconosciuto se è richiesto un provvedimento specifico nei confronti di destinatari determinati, finalizzato ad assicurare provvisoriamente l'esito delle trattative. Trattasi di tutela interinale personalizzata per lo specifico debitore e per le peculiari esigenze delle trattative in corso con i creditori».

²¹ Secondo cui «Il contenuto delle misure cautelari atipiche può risultare il medesimo di quelle protettive tipiche qualora ciò risulti necessario per condurre a termine le trattative e sia però scaduto il termine massimo di 240 giorni previsto per la durata di queste ultime dall'ultimo periodo dell'art. 19, comma 5, CCII».

Il correttivo ha inoltre chiarito che le misure protettive atipiche possono avere lo stesso contenuto di quelle tipiche e possono essere concesse anche dopo la scadenza del limite massimo annuale di cui all'art. 8 CCI, purché l'imprenditore abbia presentato una proposta di accordo e un piano dettagliato. Tuttavia, il legislatore non ha fornito indicazioni sulla possibilità di ricorrere a misure cautelari dopo la scadenza di quelle protettive, lasciando aperta una questione interpretativa cruciale. Nell'articolata ordinanza il Tribunale brindisino afferma, tuttavia, che le novità procedurali introdotte dal citato decreto correttivo-*ter* non hanno risolto le incertezze interpretative relative alla qualificazione giuridica delle misure protettive e alla loro sistematizzazione. E, quindi, non è male che intervenga una pronuncia della Corte di cassazione che faccia chiarezza.

In particolare, non è possibile ottenere misure protettive atipiche nella fase di pre-concordato, durante la quale sono invece fruibili misure cautelari. Questo aspetto suggerisce una distinzione tra misure protettive e cautelari basata sul momento procedimentale della richiesta.

Quindi il Tribunale evidenzia l'attuale incertezza normativa che impone un chiarimento da parte della Suprema Corte sulla qualificazione giuridica delle misure protettive. Secondo il Tribunale se le misure fossero assimilabili alle misure cautelari atipiche ex art. 700 c.p.c., ci sarebbe l'obbligo di accertare il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* per la loro concessione. Tuttavia, secondo il Tribunale il diverso *nomen iuris* suggerisce che il legislatore abbia voluto differenziare le due categorie, attribuendo alle misure protettive un diverso ambito applicativo.

Secondo il Giudice remittente la distinzione ha un impatto significativo sull'accessibilità delle misure protettive: se fossero trattate come misure cautelari, sarebbe richiesto un onere probatorio più elevato per la loro concessione, limitando la tutela delle imprese in difficoltà. Ad avviso del Giudice remittente, siffatta conclusione priverebbe di rilevanza operativa le misure protettive e si porrebbe in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale che si rinviene, a livello nazionale, negli artt. 24 e 113 Cost, e, a livello comunitario, negli artt. 6 e 13 Cedue e 47 Cdfue. Il Tribunale propone, pertanto, la soluzione di distinguere ontologicamente le misure protettive rispetto alle misure cautelari; scelta giustificata anche in base al principio costituzionale di ragionevolezza e a quello comunitario di proporzionalità, richiamati dal Giudice delle leggi in ipotesi di fattispecie prive di specifica regolamentazione.

Si ha l'impressione che la questione sia stata mal posta, in quando condizionata dall'idea che in questo settore si possa parlare di "misure cautelari" allo stesso modo in cui se ne parla nell'ordinario processo di cognizione. Non è così. Le disposizioni sul processo cautelare contenute nel codice di rito sono richiamabili in questa sede nella misura in cui, non essendoci una normativa "ad hoc", sia necessario fare ad essa riferimento in presenza di una necessaria piattaforma comune. Ad avviso di chi scrive, è evidente che i requisiti del *fumus boni iuris* e

del *periculum in mora* sono del tutto diversi poiché le misure definite cautelari o protettive hanno uno scopo del tutto diverso, non tutelando -come direbbe Chiovenda- l'attore che ha ragione, ma l'imprenditore in difficoltà. Di conseguenza il *fumus* si concreta in una sorta di giudizio di "meritevolezza" (ossia di probabilità che il tentativo di risanamento abbia successo) e il *periculum* in una valutazione di "opportunità" (ossia di misure necessarie per rendere fattibile il tentativo)²².

Ed è anche fuorviante parlare di "onere probatorio" che ricorre quando il giudice deve accertare i fatti per derivarne le conseguenze giuridiche: qui il giudice deve "valutare" la situazione sulla base dei dati che gli sono stati offerti non per "qualificarla" giuridicamente, ma per adottare le misure "opportune"²³.

5. La complementarità tra le forme rimediali.

Convieni, anche a costo di qualche ripetizione, sintetizzare le conclusioni raggiunte. La misura cautelare, come chiarito nel precedente § 3, ha la funzione di assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e degli strumenti di regolazione della crisi e/o dell'insolvenza, nonché delle relative procedure. La valutazione in ordine alla sua concessione va fatta *ex ante* e adottata in base alle circostanze, affinché risulti la più idonea alla situazione specifica. Tale misura può essere disposta non solo per la protezione del patrimonio della società in crisi (impedendo azioni esecutive finalizzate all'espropriazione forzata di beni), ma anche per garantire la salvaguardia dell'impresa nel suo complesso e, in particolare, la continuità aziendale.

Sotto il profilo della tutela patrimoniale, la giurisprudenza ha ampiamente riconosciuto la possibilità di adottare misure cautelari volte a inibire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio della società debitrice, nonché sui beni e sui diritti con cui viene esercitata l'attività d'impresa. Il secondo profilo, relativo alla tutela della continuità aziendale, emerge chiaramente dall'interpretazione dell'art. 2, lett. q) del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) e trova conferma nella giurisprudenza di merito.

Orbene tutti gli strumenti per affrontare situazioni di crisi presuppongono sempre una valutazione preliminare circa l'idoneità del procedimento "a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio economico-finanziario" (come enunciato ad esempio nell'art. 56 del d.lgs. n. 14/2019). È inevitabile che si tratti di un

²² La dottrina, richiamata alle note 7 e 8, si è interrogata sul *fumus boni iuris*, che Chiovenda identificava con la "possibilità di diritto" e Calamandrei con "l'apparenza del diritto"; sul *periculum in mora* che riportava al danno in vista della futura cognizione o esecuzione, notando che spesso fa aggio sulla stessa verosimiglianza della pretesa (cfr. E. Merlin e G. Verde, cit.); sulla natura della cognizione, che, come notava soprattutto L. MONTESANO, cit., è incompleta, ma non superficiale. Sembra evidente che queste discussioni non abbiano senso se rapportate alle misure cautelari e protettive nei procedimenti di gestione delle imprese in crisi, come viene evidenziato nel testo.

²³ Sulla differenza tra *accertamento* e *valutazione*, si veda di recente G. VERDE, *Attualità del principio dell'onere della prova*, in *Il processo*, 2024, p. 625 ss., spec. p. 638 ss.

giudizio prognostico di "fattibilità" (si veda l'art. 70, comma 4). In questi casi il compito del giudice è di emettere provvedimenti "allo stato degli atti", suscettibili di revisione, modulazione o addirittura abbandono dinanzi ad evidenze sopravvenute o all'emersione di una situazione di irrimediabile insolvenza (art. 72), un ruolo che non ha nulla a che vedere con l'attuazione della legge, con l'accertamento dei diritti e con il giudicato.

In tale contesto i provvedimenti interinali assumono un ruolo decisivo, diventando essenziali per creare le condizioni necessarie affinché i tentativi di risanamento abbiano effettive possibilità di successo. Si è già detto che il d. lgs. n. 14/2019 prevede "misure protettive" e "misure cautelari", riferendosi con le prime a provvedimenti temporanei richiesti dal debitore per impedire azioni creditorie pregiudizievoli al buon esito delle iniziative intraprese e con le seconde a provvedimenti adottati direttamente dal giudice, su richiesta del soggetto interessato, a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore.

Queste misure non hanno alcuna correlazione con i pregiudizi derivanti dall'attesa di una decisione nel merito, bensì proteggono o assicurano la continuità operativa di attività economiche che permangono possibili nonostante le difficoltà dell'imprenditore. La stessa distinzione tra misure "protettive" e "cautelari" sembra derivare da un eccessivo scrupolo classificatorio, volto a separare artificiosamente la tutela delle iniziative economiche da quella patrimoniale, mentre nella realtà si tratta di strumenti necessariamente atipici e plasmabili sulle esigenze specifiche del caso, dotati di capacità "mimetica"²⁴, fondati, in definitiva, sui poteri di "sospensione" o di "divieto" e sugli obblighi di "manutenzione".

Lo scrupolo terminologico comporta conseguenze pratiche: l'art. 19, dopo una dettagliata disciplina procedimentale per l'adozione di tali misure, rinvia agli artt. 669-*bis* e seguenti c.p.c., escludendo alcune disposizioni specificamente correlate alla funzione cautelare tradizionale, quasi per prudente precauzione contro eventuali lacune normative. E questa prudenziale

²⁴ L'espressione è di C. DELLE DONNE, *cit.*, la quale, dopo avere osservato che le misure protettive sono caratterizzate dalla temporaneità e le misure cautelari invece dalla provvisorietà, evidenzia che «la differenza tende a sfumare sotto il profilo della funzionalizzazione a soddisfare le esigenze a 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...Ciò che conta è tuttavia chiaro: il Codice sembra confermare che è la 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 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». Per L. BACCAGLINI, *Protezione e cautela del patrimonio dopo il D. Lgs. N. 136/2024, anche in pendenza di una domanda di accesso con riserva allo strumento*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa*, 2024, p. 1663 ss., la distinzione tra misure protettive e cautelari è puramente nominalistica; si veda anche la nota 15.

disciplina conferma l'idea che questi rimedi innominati siano assolutamente estranei alla tutela cautelare tradizionale, essendo volti non a tutelare la durata del processo, ma ad agevolare l'attuazione di iniziative economiche salvifiche per l'impresa.

Occorre, quindi, verificare se un debitore che abbia già usufruito delle misure protettive per il periodo massimo consentito possa ottenere ulteriormente il blocco delle azioni esecutive attraverso una misura cautelare. L'art. 8 CCII stabilisce un limite massimo annuale per la sospensione delle azioni esecutive e cautelari in favore dell'imprenditore che abbia avviato un procedimento di risoluzione della crisi d'impresa. Tuttavia, a giudizio di chi scrive, il ricorso a una misura cautelare che produca effetti analoghi a quelli delle misure protettive può costituire l'unica risorsa a disposizione del debitore per tutelare l'*asset* aziendale e garantire il buon esito delle trattative tutte le volte in cui il termine previsto dall'art. 8 sia scaduto per cause a lui non imputabili e le trattative negoziali versino in una fase avanzata, ma ancora lontana dalla omologazione del piano. Si pensi al caso, ed è capitato, in cui - nell'ambito di procedimento di concordato c.d. in bianco in continuità aziendale - il debitore, dopo avere presentato il piano attestato dal professionista, si veda costretto ad apportare modifiche al piano medesimo per effetto di certificazioni postume dei creditori che variano l'entità dei crediti vantati nei confronti dell'impresa, sfiorando così il termine massimo di protezione accordato dalla legge all'art. 8.

6. La posizione della giurisprudenza.

Rispetto alla questione finora trattata vi sono recenti pronunce in senso positivo. In particolare, la giurisprudenza di merito si è espressa in modo favorevole alla possibilità di presentare istanze cautelari anche in tempi non coincidenti, e in via posticipata, rispetto alle misure protettive. Si segnalano le pronunce di particolare interesse ai fini della questione che si sta esaminando. Il Tribunale di Torino²⁵ ha riconosciuto la possibilità di proporre istanze cautelari anche in fasi successive rispetto all'iniziale avvio della composizione negoziata, qualora emergano circostanze sopravvenute, non esistendo limiti normativi che impongano di presentare tali istanze esclusivamente nella fase iniziale. Il Tribunale di Gorizia²⁶ ha concesso le misure cautelari richieste, seppure formalmente separate dalle misure protettive. È stato sottolineato che, per l'adozione di misure cautelari in seno alla composizione negoziata, è necessario dimostrare un nesso funzionale tra tali misure e il buon esito delle trattative. Le misure cautelari hanno lo scopo di prevenire che la società, durante le trattative, si trovi costretta a utilizzare liquidità necessaria per saldare debiti pregressi, compromettendo così il risanamento aziendale. Il Tribunale di Milano²⁷ si è pronunciato su un caso riguardante

²⁵ Ord., 5 dicembre 2023, in *Dirittodellacrisi.it*.

²⁶ Ord., 19 marzo 2024, in *Dirittodellacrisi.it*.

²⁷ Decr., 30 marzo 2023, in *Fallimento*, 2/2024.

misure di protezione ex art. 40 CCII, affermando un principio applicabile anche alle misure cautelari. Ha stabilito che è consentito al debitore richiedere misure protettive ulteriori successivamente al deposito del ricorso, qualora emergano nuove esigenze di protezione del patrimonio o si verifichino omissioni nel ricorso iniziale. Tale flessibilità evita che il patrimonio dell'impresa resti esposto ad azioni pregiudizievoli da parte dei creditori durante la procedura. Il Tribunale di Roma²⁸ ha confermato la possibilità di richiedere misure ex art. 54, comma 2, CCII successivamente al deposito della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi. L'interpretazione è coerente con la definizione unitaria di "misure cautelari" fornita dall'art. 2, lett. q), CCII, che non distingue il contesto procedurale in cui queste possono essere adottate.

Il Tribunale di Milano (ord. 7 luglio 2024) ha ulteriormente confermato tale orientamento, concedendo misure cautelari *inaudita altera parte* a fronte della scadenza di precedenti misure protettive. È stato ribadito che, in corso di composizione negoziata, le domande di misure cautelari possono essere riproposte con un nuovo ricorso. Il ricorso, notificato ai creditori interessati, garantisce il contraddittorio e tutela il diritto dei terzi controinteressati, secondo quanto previsto dall'art. 19, comma 7, CCII e dalle disposizioni del codice di procedura civile²⁹. In senso conforme si è espresso il Tribunale di Imperia (ord., 20 febbraio 2024)³⁰ che ha affermato che i limiti temporali delle misure protettive devono essere intesi come una tutela generale nella fase iniziale delle trattative, ma non impediscono di adottare misure specifiche contro determinati creditori quando se ne ravvisa la necessità per non pregiudicare i risultati raggiunti e la realizzazione dell'obiettivo cui è finalizzata la procedura concorsuale intrapresa.

7. Un sistema in evoluzione.

Il sistema delle misure protettive e cautelari deve essere analizzato alla luce dei principi costituzionali di ragionevolezza ed effettività della tutela giurisdizionale, nonché del principio di proporzionalità.

In particolare, il principio di proporzionalità impone un bilanciamento tra la necessità di garantire la continuità aziendale e la tutela dei creditori, evitando misure eccessivamente restrittive o pregiudizievoli per una delle parti coinvolte nel procedimento. Le misure protettive e cautelari devono essere adeguate agli obiettivi perseguiti e non comportare limitazioni sproporzionate ai diritti dei creditori, i quali devono poter confidare in un sistema

²⁸ Decr., 4 novembre 2022, in *Il caso.it*, 2022.

²⁹ In *Dirittodellacrisi.it*; nella motivazione si legge che «trattasi di tutela interinale personalizzata per lo specifico debitore e per le peculiari esigenze delle trattative in corso con i creditori».

³⁰ Con commento di I. PAGNI e L. BACCAGLINI, *Misure cautelari e misure protettive nel codice della crisi: una chiave di lettura per l'impiego anche combinato dei diversi strumenti di tutela*, in *Dirittodellacrisi.it*. In senso contrario si richiama Trib. Milano, 22 novembre 2023, in *Dirittodellacrisi.it*.

giuridico che garantisca l'effettività della loro tutela. Tale equilibrio è determinante per assicurare che le forme rimediali esaminate non diventino strumenti di abuso processuale o di indebita sottrazione di garanzie ai creditori. Il diritto processuale concorsuale deve infatti assicurare che ogni provvedimento adottato sia in grado di raggiungere il proprio scopo senza creare effetti distorsivi o pregiudizievoli per gli altri soggetti coinvolti. In tale contesto il rinvio pregiudiziale al quale si è fatto riferimento in precedenza pone questioni che si ritengono non fondate per le ragioni esposte, in quanto la disciplina delle misure protettive e cautelari del Codice della crisi è sufficientemente delineata dal legislatore e offre ai giudici gli strumenti per adottare decisioni coerenti con il sistema normativo vigente³¹.

8. La recente pronuncia di inammissibilità della Corte di cassazione.

Quando il presente lavoro era stato completato, è intervenuta la decisione della Corte di cassazione che ha dichiarato inammissibile, con decreto n. 8794 del 3 aprile 2025³², il rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Brindisi per le seguenti ragioni: *«i quesiti indicati sub 1) e sub 2), nella parte in cui riguardano le misure protettive “tipiche”, si palesano ultronei rispetto alla fattispecie concreta su cui dovrà pronunciarsi il rimettente, difettandone perciò la rilevanza; anche il quesito sub 4) si palesa non pertinente rispetto alla fattispecie in esame, giacché non risulta che si sia verificata la scadenza della misura richiesta dalla società che ha presentato istanza di ammissione alla procedura di concordato preventivo; in relazione al quesito sub 3), l'interpretazione e la qualificazione della domanda di sospensione degli effetti cambiari e degli assegni postdatati in termini di misure protettive atipiche ovvero di misure cautelari sono rimesse al “potere-dovere” del giudice di merito e la questione che pone l'ordinanza di rimessione non è – da un lato - “esclusivamente di diritto”, in quanto presuppone una indagine di fatto sugli atti processuali rilevanti che spetta allo stesso giudice del merito;*

³¹ Finora il ricorso all'istituto ha dato luogo a numerose pronunce di inammissibilità. Nei decreti di inammissibilità si ha modo di leggere che «Il dubbio ermeneutico deve assurgere a un livello di serietà idoneo a impedire un arretramento del potere-dovere decisorio del giudice»; «la grave difficoltà interpretativa non può derivare dalla scelta tra due soluzioni contrapposte e astrattamente configurabili, quando queste non dividono il campo della giurisprudenza di merito. Ed infatti, diversamente opinando, ogni questione interpretativa dovrebbe dirsi passibile di essere sottoposta, tramite l'istituto di cui all'art. 363 bis c.p.c., alla decisione della Corte di cassazione, finendo con l'inadire il compito di interpretare la legge, che è dovere indeclinabile di ogni giudice»; la questione interpretativa deve essere caratterizzata da <realtà e concretezza> e il rinvio non può essere esplorativo o ipotetico e non può richiedere «un approfondito esame di tutte le alternative interpretative che possono porsi»; «l'istituto della nomofilachia preventiva non può trasformarsi in un mezzo rivolto a sollecitare impropriamente una riconsiderazione della giurisprudenza di legittimità»; decr. 7 ottobre 2024, n. 26140; decr. 17 maggio 2024, n. 13749; decr. 11 aprile 2024, n. 1808; decr. 14 febbraio 2024, n. 4071; decr. 3 novembre 2023, n. 30657. Sui primi provvedimenti di ammissibilità e inammissibilità, si rinvia ad A. BRIGUGLIO, *Judicium.it*, 9 giugno 2023.

³² In *Diritto della crisi*.it.

dall'altro lato, invece, la questione pare svolta al fine di conseguire un mero avallo rispetto ad orientamenti che in precedenza lo stesso tribunale ha seguito³³».

La decisione della Suprema Corte appare corretta e condivisibile anche perché il rinvio preventivo va contenuto nel limite massimo possibile, scontando il prezzo di una inevitabile stasi del processo. Il provvedimento, peraltro, fornisce indicazioni utili nella non facile gestione dei procedimenti volti al risanamento delle imprese in crisi. È prezioso il richiamo della Suprema Corte a tenere presente «*gli argomenti spesi dalla più recente dottrina circa la compresenza dei caratteri propri della tutela cautelare del sistema processualcivilistico di entrambe le tipologie di misure, protettive e cautelari*». Si trova conferma dell'impostazione data al presente lavoro nel quale si è sottolineato che le due misure vanno collocate nel contesto del procedimento di salvataggio delle attività imprenditoriali e, pertanto, hanno un valore sostanzialmente unitario. In altri termini, il principio di effettività della tutela giurisdizionale deve essere adattato alle finalità del procedimento e finisce con l'assumere un significato del tutto proprio e diverso da quello con il quale viene inteso in relazione al processo di cognizione. Infatti, il sistema delle misure protettive delineato dal Codice della crisi - che rappresenta un significativo passo in avanti nella tutela delle imprese in crisi - amplia le possibilità di intervento per evitare la dispersione del valore aziendale. Con la conseguenza che l'effettività della tutela richiede un'attenta interpretazione delle norme da parte dei giudici chiamati a soppesare con avvedutezza le esigenze del caso, garantendo un giusto equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco.

Valeria Verde

Aggregata dell'Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli

³³ Si legge nella motivazione che l'«indagine di fatto è stata compiuta dal Tribunale rimettente (pur - come detto - senza darne contezza), il quale è giunto ad un sicuro convincimento circa la natura della misura richiesta dalla società istante e degli effetti dalla stessa misura scaturenti, così da evidenziare, al contempo, che il prospettato dubbio ermeneutico, in realtà, non assurge "a un livello di serietà idoneo a impedire un arretramento del potere-dovere decisorio del giudice"...La "grave difficoltà interpretativa" della questione, infatti, è stata dal giudice a quo saggiata non sul piano della sua effettiva consistenza, bensì, piuttosto, al fine di conseguire un mero avallo (decreti: n. 4071 del 14 febbraio 2024 e n. 26645 del 25 novembre 2024) alla soluzione interpretativa già compiutamente prefigurata con l'adesione ad una delle opzioni che dividono il campo della giurisprudenza di merito, senza, peraltro, esplorare, sino in fondo, gli argomenti spesi dalla più recente dottrina circa la compresenza dei caratteri propri della tutela cautelare del sistema processualcivilistico in entrambe le tipologie di misure, protettive e cautelari».