

QUALCHE CONSIDERAZIONE SULLA COMPATIBILITÀ TRA D.L. 118/2021 E DIRETTIVA INSOLVENCY

A cura di
Giovanna Bilò

1. Quadri di ristrutturazione preventiva e composizione negoziata: tra crisi e insolvenza – 2. L'accesso alle misure protettive: un diritto? – 3. Procedura di composizione negoziata ed istruttoria prefallimentare – 4. I termini di durata massima delle misure protettive

1. Quadri di ristrutturazione preventiva e composizione negoziata: tra crisi e insolvenza.

La direttiva *insolvency* rinuncia espressamente a definire le nozioni di “insolvenza” e “crisi” (concetto, quest’ultimo, reso attraverso la locuzione “probabilità di insolvenza”) che, si legge all’art. 2, comma 2, lett. a) e b), devono intendersi in conformità al diritto nazionale. Tale opzione consegue alla volontà del legislatore europeo di non incidere sugli aspetti sostanziali delle procedure di insolvenza per non interferire con altre branche dei diritti nazionali, quali il diritto civile, commerciale, societario e del lavoro¹. L’armonizzazione cui ambisce la direttiva non è, del resto, generale, ma limitata agli istituti dell’allerta, ristrutturazione precoce ed esdebitazione, oltre che alle misure finalizzate ad accrescere l’efficienza di tutte le procedure concorsuali.

Ma poiché dei concetti di insolvenza e crisi la stessa direttiva non può fare a meno, la scelta di non definirli si risolve in una certa confusione nell’individuazione dei presupposti e ambiti di applicazione delle disposizioni che proprio l’insolvenza e la probabilità di insolvenza dovrebbero fronteggiare².

¹ Paola Vella, L’impatto della direttiva Ue 2019/1023 sull’ordinamento concorsuale interno, in *Fall.*, 2020, 6, p. 747; Stefania Pacchi, La ristrutturazione dell’impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023, in www.dirittofallimentaresocieta.it, p. 1. Si veda anche la Relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva elaborata dalla Commissione del 22 novembre 2016, COM(2016) 723 final, 2016/0359(COD), in <https://eur-lex.europa.eu>.

² Ed è significativo, in tal senso, che la stessa BCE, nel parere alla proposta di direttiva del 7 giugno 2017 evidenziasse come il concetto di “probabilità di insolvenza” avrebbe dovuto “essere ulteriormente elaborato nella proposta di direttiva poiché appare cruciale ai fini del quadro di ristrutturazione e non dovrebbe essere rimesso alla completa discrezionalità degli Stati membri. In particolare, dovrebbero essere fornite ulteriori istruzioni ai

Seguendo l'ordito normativo, l'art. 1, comma 1, individua l'oggetto della direttiva distinguendo tra quadri di ristrutturazione preventiva (lett. a) e procedure di ristrutturazione (lett. c), da un lato, e procedure di insolvenza (lett. c), dall'altro.

Secondo la lett. a) citata, i *preventive restructuring frameworks* sono destinati ai debitori che versano in difficoltà finanziaria e per i quali sussiste probabilità di insolvenza e hanno il fine di impedire l'insolvenza e garantire la sostenibilità economica del debitore.

Di tenore analogo l'art. 4, comma 1, che apre il Titolo II della direttiva, appunto dedicato ai quadri di ristrutturazione, a mente del quale gli Stati membri devono provvedere "affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, il debitore abbia accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva che gli consenta la ristrutturazione, al fine di impedire l'insolvenza e di assicurare la loro (*rectius*, sua) sostenibilità economica, fatte salve altre soluzioni volte a evitare l'insolvenza, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale".

Secondo il considerando n. 1 l'obiettivo della direttiva è di garantire "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".

Prosegue il considerando n. 24 precisando che "è opportuno che i debitori possano disporre di un quadro di ristrutturazione che consenta loro di far fronte alle difficoltà finanziarie in una fase precoce, quando sembra probabile che l'insolvenza possa essere evitata e la sostenibilità dell'attività assicurata. Un quadro di ristrutturazione dovrebbe essere disponibile prima che il debitore diventi insolvente ai sensi del diritto nazionale, ossia prima che soddisfi le condizioni previste dal diritto nazionale per avviare procedure concorsuali per insolvenza, che di norma comportano lo spossamento totale del debitore e la nomina di un curatore. Onde evitare abusi dei quadri di ristrutturazione, è opportuno che le difficoltà finanziarie del debitore presentino una probabilità di insolvenza e che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l'insolvenza e garantire la sostenibilità economica dell'impresa".

Chiarisce, però, il considerando n. 28 che "gli Stati membri dovrebbero poter ampliare l'ambito di applicazione dei quadri di ristrutturazione preventiva di cui alla presente direttiva per includere le situazioni in cui il debitore attraversa difficoltà di natura non finanziaria, purché tali difficoltà comportino una reale e grave minaccia per la capacità effettiva o futura del debitore di pagare i suoi debiti in scadenza. Il quadro temporale rilevante per l'individuazione di tale minaccia può estendersi su un periodo di alcuni mesi, o anche più lungo, al fine di tenere conto dei casi nei quali il debitore

legislatori nazionali in merito alla portata e al contenuto del concetto di «probabilità di insolvenza». In alternativa all'inclusione di tali istruzioni nella proposta di direttiva, esse potrebbero essere fornite per mezzo di norme tecniche di regolamentazione adottate dalla Commissione mediante i poteri legislativi delegati": Parere della Banca Centrale Europea del 7 giugno 2017 su una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE, (CON/2017/22), (2017/C 236/02), par. 2.2., in <https://eur-lex.europa.eu>

attraversa difficoltà di natura non finanziaria che minacciano lo stato dei suoi affari in prospettiva di continuità aziendale e, a medio termine, la sua liquidità. Può essere il caso, ad esempio, di un debitore che ha perso un appalto per lui fondamentale?

Dunque, i *preventive restructuring frameworks* dovrebbero applicarsi alle imprese in condizioni di difficoltà finanziaria o anche economica tali da pregiudicare la loro capacità attuale o futura di pagare i debiti in scadenza, mettendo a rischio la continuità aziendale e, nel medio termine, la liquidità. La ristrutturazione dovrebbe consentire di fronteggiare tali difficoltà in una fase precoce, prima, cioè, che il debitore diventi insolvente e quando sia ancora probabile assicurare la sostenibilità dell'attività (*viability*). Pertanto, resterebbero fuori dall'ambito di applicazione del Titolo II della direttiva sia le situazioni di crisi che non presentano indizi di una probabile insolvenza, sia le situazioni di insolvenza già in atto³. Agli istituti volti a fronteggiare queste ultime, potrebbero applicarsi solo le disposizioni contenute nel Titolo IV, dedicato alle misure per aumentare l'efficienza delle procedure non solo di ristrutturazione ed esdebitazione ma, appunto, anche di insolvenza.

In altri termini, gli Stati membri sarebbero tenuti ad assicurare l'attuazione delle norme di cui al Titolo II in relazione alle procedure di ristrutturazione destinate a fronteggiare gli stati di crisi, intesi come probabilità di insolvenza. Dette norme, invece, non rileverebbero rispetto alle situazioni di insolvenza già in atto cui, nell'impostazione della direttiva, sarebbero destinate ad occuparsi le procedure di insolvenza. Si tratta, a mente del considerando n. 24, di quelle procedure che normalmente comportano il totale spossessamento del debitore e la nomina di un curatore. Nondimeno, secondo il considerando n. 38, esse dovrebbero comprendere oltre alle procedure che per legge possono avere come esito la sola liquidazione del debitore, anche quelle che potrebbero permetterne la ristrutturazione.

Coerentemente, allora, l'art. 4, comma 3, contempla la possibilità di introdurre o mantenere una verifica di sostenibilità economica (*viability test*), da effettuare senza pregiudicare gli attivi del debitore, con la finalità di escludere il debitore che non ha prospettive di sostenibilità economica dall'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva. La *ratio* è quella di evitare un ritardo nell'attivazione delle procedure di insolvenza, con conseguente rischio di pregiudicare la soddisfazione dei creditori. Come chiarito dal considerando n. 3, infatti, *“se un debitore che versa in difficoltà finanziarie non è sano o non può tornare a esserlo in tempi rapidi, gli sforzi di ristrutturazione potrebbero comportare un'accelerazione e un accumulo delle perdite a danno dei creditori, dei lavoratori e di altri portatori di interessi, come anche dell'economia nel suo complesso”*.

³ Stefania Pacchi, La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023, cit., p. 3

E però, estendo alla direttiva osservazioni formulate dalla dottrina in relazione al d.l. 118/2021⁴, se i quadri di ristrutturazione preventiva fossero senz'altro preclusi alle imprese già insolventi, non dovrebbe esservi bisogno di prevedere la sospensione, addirittura generale a mente dell'art. 6, delle azioni esecutive individuali, atteso che la pendenza di queste ultime parrebbe evidenziare una impossibilità attuale di soddisfare le proprie obbligazioni scadute e, dunque, una condizione di insolvenza presente e non meramente prospettica. *A fortiori*, non avrebbe ragion d'essere neppure la sospensione delle procedure di insolvenza che potrebbero concludersi con la liquidazione dell'attività del debitore, contemplata dall'art. 7, atteso che per l'attivazione di tali procedure, dovrebbero mancare i presupposti.

Certo, tali disposizioni potrebbero trovare giustificazione in relazione alle ipotesi di insolvenza sopravvenuta in corso di procedura di ristrutturazione. E d'altronde, l'art. 7, comma 1, relativo all'obbligo del debitore di richiedere l'apertura di una procedura di insolvenza, fa riferimento esplicito al caso in cui siffatto obbligo sorga in pendenza della sospensione delle procedure esecutive (riferimento che, però, non ricorre rispetto alle istanze dei creditori di cui all'art. 7, comma 2).

Ma, a guardar bene, non può neppure escludersi che la probabilità di insolvenza contemplata dalla direttiva, anche al riguardo riprendendo considerazioni svolte in merito al d.l. 118/2021⁵, si estenda anche alle ipotesi di mera incertezza conoscitiva circa l'esistenza attuale di una condizione di insolvenza. Se si legge con più attenzione l'art. 4, comma 3, infatti, ci si avvede che il test finalizzato ad accertare la sostenibilità economica e l'insussistenza dell'insolvenza attuale possa, non debba, essere introdotta dagli Stati membri. Con la conseguenza che una procedura di ristrutturazione preventiva che da detto accertamento prescinda e che, pertanto, si presti, quantomeno per difetto di verifica, a ricomprendere anche le imprese insolventi, potrebbe non essere in contrasto con la disciplina europea.

Segnali in tal senso potrebbero rinvenirsi, d'altro canto, anche in sede di individuazione dell'armamentario volto a concretizzare i *preventive restructuring frameworks*.

L'art. 2, comma 1, n. 1, annovera, infatti, “*la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, quali la vendita di attività o parti dell'impresa, e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o una combinazione di questi elementi*?”. Dunque, un complesso di misure combinabili tra loro e tali da poter incidere sia sulla struttura che sull'organizzazione dell'impresa, eventualmente anche mediante attività liquidative. Concetti, questi, rinvenibili anche nel

⁴ Antonio Rossi, Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi, in www.dirittodellacrisi.it, p. 5

⁵ Antonio Rossi, *op. loc. ult. cit.*

considerando n. 2, secondo cui *“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”*. Va segnalato, al riguardo, che il riferimento alla possibilità di vendita dell’impresa in esercizio è stato inserito su richiesta della delegazione italiana che ha, in tal modo, aperto i quadri di ristrutturazione preventiva al risanamento non solo soggettivo ma anche oggettivo, sotteso alla continuità indiretta⁶.

Ma è evidentemente difficile immaginare la disponibilità di un imprenditore a cedere la propria impresa, nell’ambito di un progetto di ristrutturazione oggettiva o indiretta, se a ciò non sia costretto dalla necessità di far fronte ad una situazione di insolvenza in atto, non sanabile mediante una mera ristrutturazione interna.

Ed è prima ancora evidente che, nella misura in cui anche la cessione dell’impresa in attività si presta a rientrare tra i quadri di ristrutturazione preventiva, non può astrattamente escludersi l’utilizzo di questi ultimi anche in ipotesi di insolvenza, quandonche irreversibile⁷. Non a caso la dottrina interna ha sì sottolineato che la nozione di crisi desumibile dalla direttiva è assai prossima alla definizione contenuta negli artt. 2, comma 1, lett. a) e 13 del Codice della crisi⁸; tuttavia, non si porrebbe in contrasto con la disciplina europea l’opzione della legge fallimentare favorevole a consentire l’accesso agli accordi di ristrutturazione e al concordato preventivo anche agli imprenditori in condizioni di insolvenza (artt. 160, commi 1 e 3, e 182^{bis}, commi 1 e 9, l. fall.).

Il punto è che se l’obiettivo declamato dalla direttiva è quello di evitare l’insolvenza dell’imprenditore, ciò che, però, appare in concreto perseguito è l’oggettiva *viability* dell’impresa, da intendersi come

⁶ Paola Vella, L’impatto della direttiva Ue 2019/1023 sull’ordinamento concorsuale interno, cit., p. 750; Id., I quadri di ristrutturazione preventiva nella direttiva Ue 2019/1023 e nel diritto nazionale, in Fall., 8-9, p. 1033. Sottolineano come il legislatore europeo avesse in un primo momento aderito ad un’impostazione ancorata esclusivamente al risanamento diretto, Stefania Pacchi, La ristrutturazione dell’impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023, cit., p. 3; Francesco Marotta, L’armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza: la nuova direttiva europea riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, 17 aprile 2019, in www.ilcaso.it, p. 10.

⁷ Conf. Antonio Rossi, Il presupposto oggettivo, tra crisi dell’imprenditore e risanamento dell’impresa, in Fall., 2021, 12, p. 1504

⁸ Luciano Panzani, Il *preventive restructuring framework* nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il Codice della crisi. Assonanze e dissonanze, in ilcaso.it, 14 ottobre 2019, p. 11; Paola Vella, I quadri di ristrutturazione preventiva nella direttiva Ue 2019/1023 e nel diritto nazionale, cit., p. 1034; Antonio Rossi, Il presupposto oggettivo, tra crisi dell’imprenditore e risanamento dell’impresa, in Fall., 2021, 12, p. 1503

continuità imprenditoriale, anche al fine di tutelare i posti di lavoro⁹. Non a caso, ai sensi dell'art. 10, comma 3, l'autorità giudiziaria o amministrativa ha la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione non solo ove risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore ma anche, in via alternativa, quando non sia capace di garantire la sostenibilità economica dell'impresa. Nondimeno, ai sensi del considerando n. 50, gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a garantire che tale valutazione sia effettuata d'ufficio.

L'impostazione del CCII è conforme all'opzione più invasiva, poiché i poteri attribuiti al tribunale, tanto in fase di ammissione del concordato preventivo che di omologazione dello stesso o di un accordo di ristrutturazione, contemplano la valutazione *ex officio* non solo dell'ammissibilità della proposta ma anche della fattibilità economica del piano (artt. 47, comma 1, e 48, comma 3), concettualmente assimilabile alla prospettiva ragionevole di *viability*. Sulla stessa scia si colloca l'art. 5, comma 5, del d.l. 118/2021, laddove esclude dalla composizione negoziata le imprese per le quali l'esperto non ravvisi una concreta prospettiva di risanamento, così introducendo una verifica *ex officio*. Ma, per quanto detto, non appare in contrasto con la direttiva neppure l'art. 180 l. fall., seppure, in assenza di opposizioni, esso circoscrive il controllo giudiziale alla verifica di regolarità della procedura ed esito delle votazioni.

In conclusione, il vero discrimine tra gli ambiti di applicazione delle procedure non è tra crisi e insolvenza, concetti che, appunto, il legislatore rinuncia a definire, ma tra possibilità o meno di continuare l'attività d'impresa (*viability*). Di conseguenza, ben può dirsi che le disposizioni della direttiva dedicate ai quadri di ristrutturazione preventiva e, in particolare, quelle contenute nel Titolo II possano applicarsi a qualsiasi istituto nazionale di ristrutturazione a carattere conservativo che non determini lo spossessamento del debitore.

Alla luce di quanto esposto è evidente che il d.l. 118/2021 non fa che riprodurre la dicotomia interna alla direttiva tra presupposti declamati (la probabilità di insolvenza) ed istituti volti a farvi fronte e compatibili, quando non configurabili solo, in relazione a situazioni di insolvenza. E ciò emerge fin dall'art. 2 che, dopo aver individuato i presupposti della composizione negoziata nella probabilità di insolvenza (oltre che di crisi), si preoccupa di annoverare tra gli strumenti di ristrutturazione anche la cessione dell'azienda.

Ne consegue che nemmeno contrasta con la direttiva il d.m. Giustizia 28.09.2021, allorquando, al par. 2.4 della Sezione III, espressamente prevede che *“se l'esperto ravvisa, diversamente dall'imprenditore, anche a seguito dei primi confronti con i creditori, la presenza di uno stato di insolvenza, questo non necessariamente gli impedisce*

⁹ Paola Vella, I quadri di ristrutturazione preventiva nella direttiva Ue 2019/1023 e nel diritto nazionale, cit., p. 1035

di avviare la composizione negoziata. Occorre però che l'esperto reputi che vi siano concrete prospettive di risanamento che richiedano, per essere ritenute praticabili, l'apertura delle trattative?

L'art. 2 del d.l. 118/2021 apre, però, l'accesso alla composizione negoziata anche agli imprenditori in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi. La nozione di pre-crisi non è estranea alla direttiva. Ai sensi dell'art. 3, comma 1, infatti, gli Stati membri sono tenuti ad introdurre strumenti di allerta precoce che siano in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio. Si è detto che l'uso del condizionale servirebbe ad evocare una probabilità di probabilità di insolvenza, da intendere, quindi, come probabilità di crisi¹⁰. Secondo altri, poiché la probabilità si differenzia dalla possibilità per il fatto di tradursi, in termini percentuali, nella misura del 51% di possibilità, la previsione avrebbe invece l'effetto di posticipare l'allerta dalla fase di *early warning* a quella di *twilight zone*¹¹.

Nell'impostazione della direttiva, però, la fase di pre-crisi non rileva ai fini dell'accesso ai *preventive restructuring frameworks* ma per identificare il momento di attivazione degli istituti di allerta precoce. L'art. 3, comma 2, ne individua tre: a) quelli operanti nel momento in cui il debitore non ha effettuato determinati tipi di pagamento; b) i servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private; c) gli incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi.

Alla luce del fatto che l'introduzione dell'allerta esterna contemplata dall'art. 15 CCII, che sostanzialmente attuava le lett. a) e c) della disposizione in esame, era stata rinviata al 2024, mentre gli obblighi di segnalazione che l'art. 14 CCII poneva anche in capo ai revisori, oltre che ai sindaci, sono stati concentrati dall'art. 15 d.l. 118/2021 solo in capo agli organi interni (con esclusione, dunque, dei "terzi" di cui alla lett. c), è sembrato poter ravvisare proprio nell'art. 3 della direttiva l'esigenza che aveva indotto il legislatore dell'emergenza ad estendere ai casi di pre-crisi l'accesso alla *check list* telematica di cui all'art. 3 d.l. 118/2021, ma anche il servizio di consulenza fornito dall'esperto nell'ambito della composizione negoziata¹². E, seppure i componenti della commissione si fossero

¹⁰ Antonio Rossi, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi*, cit., p. 5; Paola Vella, *L'impatto della direttiva Ue 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, cit., p. 752; Vittorio Minervini, *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della direttiva "insolvency"*. Prime riflessioni, 17 ottobre 2021, in www.ilcaso.it, p. 7

¹¹ Paolo Montalenti, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rordorf al Codice della crisi"*, AA. VV., *In ricordo di Michele Sandulli. La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2018, 951 ss.

¹² Luciano Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione positiva del Covid*, in www.dirittodellacrisi.it, pp. 14-16

affrettati a precisare che l'istituto non intendeva sostituire l'allerta ma la sola composizione assistita del CCII¹³, era risultato difficile non leggere nell'ottica dell'art. 3, comma 1, della direttiva il riferimento alla probabilità di crisi contenuto nell'art. 2, comma 1, del d.l. 118/2021.

Certo, così concepito l'istituto non appariva sufficiente a far ritenere adempiuto l'obbligo imposto dall'art. 3, comma 2, della direttiva *insolvency*. Non è chiaro, per vero, se i tre strumenti ivi individuati siano da intendere come alternativi o cumulativi¹⁴. Ma, in ogni caso, la circostanza che l'attivazione della composizione negoziata, così come, prima ancora, l'accesso alla *check list* predisposta dal d.m. 28.9.2021, fosse rimessa all'esclusiva spontanea iniziativa del debitore, destava qualche perplessità¹⁵.

La necessità di una sollecitazione esterna emerge, seppur non esplicitamente, dal disposto dell'art. 3 che rimette l'operatività degli strumenti di allerta all'intervento di terzi (i terzi creditori non pagati, i consulenti, i terzi in possesso di informazioni rilevanti). In tal senso si esprime anche il considerando n. 3, a mente del quale oltre a dover dare informazioni chiare, aggiornate, concise e di facile consultazione sulle procedure di ristrutturazione preventiva disponibili, gli Stati membri dovrebbero anche *“predisporre uno o più strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce. Gli strumenti di allerta precoce che assumono la forma di meccanismi di allerta che indicano il momento in cui il debitore non ha effettuato taluni tipi di pagamento potrebbero essere attivati, ad esempio, dal mancato pagamento di imposte o di contributi previdenziali. Tali strumenti potrebbero essere sviluppati sia dagli Stati membri o da entità private, a condizione che l'obiettivo sia raggiunto”*.

L'integrazione apportata dall'art. 30^{sexies} del d.l. 152/2021¹⁶, reintroducendo l'obbligo di INPS e Agenzia delle Entrate di segnalare all'imprenditore e all'organo di controllo, ove presente, il superamento di determinate soglie di indebitamento, con contestuale invito ad accedere alla composizione negoziata, ha, pertanto, avvicinato ulteriormente il sistema introdotto dal d.l. 118/2021 alla disciplina dell'allerta contenuta nella direttiva *insolvency*. Più di quanto non facesse l'art. 15, comma 4, CCII, che, mediante l'ulteriore obbligo di segnalazione all'OCRI per il caso di mancata

¹³ Ilaria Pagni e Massimo Fabiani, La transizione dal Codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa), in www.dirittodellacrisi.it, 2 novembre 2021, pp. 3-4

¹⁴ Ravvisa un'ampia discrezionalità in capo agli Stati membri nel conformare gli istituti dell'allerta, Luciano Panzani, Il *preventive restructuring framework* nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il Codice della crisi. Assonanze e dissonanze, cit., p.5

¹⁵ Carlo Pagliughi, Obiettivi dell'allerta secondo la Direttiva 1023/2019, il CCI e il D.L. 118/2021: similitudini e divergenze, in *ilFallimentarista*, Blog del 26 ottobre 2021

¹⁶ Fabio Cesare, Torna l'allerta esterna ridimensionata nella composizione negoziata della crisi, in *ilFallimentarista*, Focus del 4 gennaio 2022

regolarizzazione della posizione debitoria nel termine di 90 giorni, imponeva un'esternalizzazione della crisi che la direttiva ignora¹⁷.

Nondimeno, e precisato che il superamento delle dette soglie non fa di per sé presumere la sussistenza dei presupposti di accesso alla composizione negoziata, l'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione di quest'ultima alla fase di pre-crisi pone qualche perplessità in punto di compatibilità con le disposizioni europee in tema di *preventive restructuring frameworks*, riservati a soli casi di insolvenza probabile. In tal senso è esplicito il considerando n. 24, allorché dispone che *“onde evitare abusi dei quadri di ristrutturazione, è opportuno che le difficoltà finanziarie del debitore presentino una probabilità di insolvenza”*.

Se, però, si pone mente al fatto che la direttiva non impone e il d.l. non contempla l'accertamento dei presupposti di accesso alla procedura, la questione in concreto non si pone rispetto alla nomina dell'esperto e all'instaurazione delle trattative. In tale sede, ai sensi dell'art. 5, comma 5, all'esperto è richiesta solo la verifica di concrete prospettive di risanamento. E, in attuazione di quegli obblighi di consulenza previsti dall'art. 3, comma 2, lett. b), della direttiva, è ipotizzabile un intervento dell'esperto anche per il caso in cui sia la negoziazione con un singolo creditore a dover essere agevolata per sfatare ogni prospettiva di crisi. Deve, invece, convenirsi con la dottrina¹⁸ circa il fatto che l'accertamento dei presupposti di accesso alla procedura diventa essenziale per l'adozione delle misure protettive, *ex art. 6*, o delle autorizzazioni, *ex art. 10*, demandate al tribunale. Il d.l. non prevede, in tal caso, presupposti di accesso più restrittivi. Ma un'interpretazione di tali disposizioni alla luce della disciplina europea rende difficile ammettere che l'incisione dei diritti dei terzi possa intervenire anche in una situazione di pre-crisi. In astratto può ritenersi che la questione non si ponga in concreto, per quanto già detto in merito alla difficoltà di configurare una mera pre-crisi in pendenza di procedure esecutive. Ove, però, una di tali procedure penda, per esempio perché il debitore si oppone all'adempimento in favore di uno dei creditori per ragioni soggettive e non legate all'andamento dell'attività di impresa, la mancanza di insolvenza probabile dovrebbe di per sé indurre a ritenere strumentale la richiesta di misure protettive, con conseguente diniego delle stesse da parte del Tribunale.

2. L'accesso alle misure protettive: un diritto?

L'accesso alle misure protettive si realizza attraverso un'istanza trasmessa telematicamente al Registro delle imprese e depositata, necessariamente nello stesso giorno, presso il tribunale competente a mente

¹⁷ Lorenzo Stanghellini, La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza, in Fall., 2017, p. 875; Vittorio Minervini, La “composizione negoziata” nella prospettiva del recepimento della direttiva “insolvency”. Prime riflessioni, 17 ottobre 2021, pp. 7-8

¹⁸ Antonio Rossi, Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi, cit., pp. 3-4

dell'art. 9 l. fall. Sebbene l'effetto sospensivo delle procedure esecutive pendenti si produca automaticamente al momento della pubblicazione da parte della Camera di commercio, spetta, infatti, al Tribunale la decisione in merito alla conferma, durata o revoca delle misure.

A tal fine, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del d.l. 118/2021, il tribunale deve fissare, nel termine di 10 giorni dal deposito, l'udienza per l'esame del ricorso. Tuttavia, ove riscontrasse la tardività dello stesso, per non essere stato presentato nel medesimo giorno della trasmissione al Registro delle imprese, il tribunale dovrebbe dichiarare l'inefficacia delle misure senza udienza, per espressa previsione dello stesso art. 7, comma 3, citato.

Nel silenzio della norma, è dubbio se, in caso di altre irregolarità procedurali, il giudice debba comunque convocare le parti innanzi a sé o se, come già ritenuto in dottrina, anche in tali ipotesi possa essere adottata una declaratoria di inefficacia delle misure *inaudita altera parte*. Si pensi al caso di incompletezza della documentazione prescritta dall'art. 7, comma 2. Trattasi di atti essenziali per consentire al giudice la valutazione in merito alla sussistenza dei presupposti di accesso alle misure protettive (bilanci o dichiarazioni dei redditi e Iva, situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata, dichiarazione di risanabilità e nominativo dell'esperto) e alla serietà dell'iniziativa di composizione negoziata (piano finanziario e prospetto delle iniziative industriali), ma, prima ancora, anche per permettere l'individuazione dei soggetti con i quali instaurare il contraddittorio (elenco dei creditori). Se poi si guarda alla *ratio* della disposizione, che è quella di consentire una verifica giudiziale il più possibile celere rispetto a misure efficaci per il solo fatto della richiesta, risulta poco coerente una ricostruzione del sistema nel senso di pretendere la fissazione dell'udienza per addivenire alla mera declaratoria di inefficacia in tali casi. Considerato, infine, che il deposito tardivo del ricorso, quandanche completo, determina l'inefficacia delle misure e che, purtuttavia, una pronuncia di tal fatta non risulta preclusiva della reiterazione dell'istanza, non appare coerente con il quadro normativo complessivo nemmeno l'opzione favorevole, per il caso di documentazione incompleta, a fissare un'udienza in funzione dell'integrazione del ricorso. Del resto, non si ravvisano ragioni per distinguere le sorti di un ricorso completo depositato tardivamente rispetto a quelle di un ricorso incompleto ed integrato tardivamente. Va, dunque, condiviso l'orientamento favorevole a consentire una dichiarazione di inefficacia *in limine litis* anche in tali casi¹⁹.

In ossequio ai medesimi obiettivi di celerità decisionale, l'ultimo periodo del terzo comma dell'art. 7 prevede che gli effetti protettivi prodotti dalla presentazione dell'istanza alla camera di commercio

¹⁹ Laura Baccaglini e Francesco De Santis, Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali, 12 ottobre 2021, in www.dirittodellacrisi.it, p. 16

vengano meno anche nei casi in cui il giudice non provveda alla fissazione dell'udienza nel termine di dieci giorni dal deposito del ricorso.

Non è chiaro, perché la norma nulla dice, se, ove il giudice si determini ad esaminare il ricorso *ex art. 7 d.l. 118/2021* dopo dieci giorni dalla sua presentazione, egli possa astenersi dal provvedere, debba limitarsi a dichiarare l'inefficacia delle misure protettive, dando atto della tardività della propria determinazione, o se, al contrario, possa comunque esaminare l'istanza avallando l'adozione di misure protettive con decorrenza, però, dalla propria decisione.

La prima tra le opzioni divise, seppur funzionale a consentire il reclamo avverso un silenzio che ha l'efficacia di una revoca, non pare francamente compatibile con l'obbligo di motivazione sancito dall'art. 111, comma 6, Cost. per tutti i provvedimenti giurisdizionali, quantomeno a contenuto decisorio²⁰.

Ma, in realtà, tutte le soluzioni ipotizzate, nella misura in cui fanno dipendere l'accesso ad un rimedio giudiziale dall'inadempimento dell'autorità giudiziaria, si pongono in palese contrasto con il diritto di azione sancito dall'art. 24 Cost., da intendere anche come dovere statale di non rifiutare indebitamente la prestazione del servizio giudiziario. La nostra Carta fondamentale, nell'attribuire a tutti la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, esige che qualunque sia la situazione soggettiva da tutelare, il cittadino possa farla valere sia nei confronti dello Stato che di altro cittadino: *“ogni volontà concreta di legge, di cui sia possibile la formazione secondo la legge sostanziale, deve trovare nella legge processuale mezzi idonei di attuazione”*²¹. L'accesso alla tutela giurisdizionale rientra tra i diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost.²² e, dunque, non può essere impedito a nessun soggetto dell'ordinamento. *“Pertanto, le norme che direttamente o indirettamente sottraggono all'autorità giudiziaria il giudizio, violano il precetto costituzionale”*²³.

L'ultimo periodo dell'art. 7, comma 3, pare, di conseguenza, illegittimo nella misura in cui condiziona l'accesso al rimedio giurisdizionale delle misure protettive da parte del debitore ad un termine di decadenza, peraltro breve, sul cui decorso egli non ha alcuna facoltà di controllo. In pratica la disposizione riversa sulla parte gli effetti del tardivo adempimento del giudice.

Peraltro, la violazione del termine decadenziale di 10 giorni non pare possa fondare una responsabilità risarcitoria a mente della l. 117/1988, concernente il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle

²⁰ Alessandro Andronio, Commento all'art. 111 Cost., in Alfonso Celotto, Raffaele Bifulco e Marco Olivetti (a cura di), Commentario della Costituzione della Repubblica Italiana, UTET, Torino, 2006, vol. III, 2099 ss.

²¹ Andrea Proto Pisani, Note sulla tutela civile dei diritti, in Foro it., 2002, V, 165

²² Giuseppe de Vergottini, Tommaso E. Frosini, Diritto pubblico, Cedam, Padova, 2021, 327

²³ Aristide Police, Commento all'art. 24 Cost., in Alfonso Celotto, Raffaele Bifulco e Marco Olivetti (a cura di), Commentario della Costituzione della Repubblica Italiana, UTET, Torino, 2006, vol. I, 501 ss.

funzioni giudiziarie e la responsabilità civile dei magistrati. Detta legge limita la responsabilità dello Stato ai casi di dolo o colpa grave del magistrato (art. 2). Vero è che, ove il fatto costituisca reato - e la fattispecie in esame appare astrattamente riconducibile all'art. 328, comma 2, c.p. (Omissione di atti d'ufficio) -, a mente dell'art. 13 il danneggiato può agire anche direttamente nei confronti del magistrato, e non solo verso lo Stato, secondo le norme ordinarie. Senonché sia l'art. 328 c.p., sia l'art. 3 l. 117/1988 contemplano un meccanismo di messa in mora con assegnazione di un termine di 30 giorni per rimediare all'inerzia che è evidentemente incompatibile con il meccanismo diviso dall'art. 7, comma 3, d.l. 118/2021. A meno che non si voglia ipotizzare che, in caso di fissazione di udienza oltre i 10 giorni, semplicemente slitti in avanti (alla data della decisione) il *dies a quo* di efficacia delle misure protettive.

Ci si potrebbe però chiedere se la disposizione possa fondare una responsabilità statale per attività legislativa. Al riguardo va premesso che, posto che l'art. 7, comma 3, non preclude la reiterazione dell'istanza e, pertanto, non impedisce in via assoluta l'accesso al rimedio, il contrasto pare ravvisabile con il solo art. 24 Cost. e non anche con la direttiva. Orbene, la Cassazione ha tracciato una linea di distinzione netta tra attività legislativa non conforme alle norme interne (sia pure costituzionali) e attività legislativa difforme dalle norme comunitarie, stabilendo che solo il contrasto con l'ordinamento comunitario, in forza della separazione e sovraordinazione di quest'ultimo, è in grado di connotare in termini di antigiridicità (a livello sovranazionale) l'attività legislativa statale. Poiché, invece, il dualismo tra ordinamenti difetta nel caso di disposizioni legislative in contrasto con i parametri costituzionali, nessuna attività antigiridica è ascrivibile allo Stato in tali casi. L'attività legislativa, infatti, in quanto essenzialmente politica, è libera nei fini, dovendo sottostare ai soli limiti procedurali e valoriali sanciti dalla Carta costituzionale. Pertanto, essa non è sindacabile da parte dell'autorità giudiziaria che, altrimenti, finirebbe per interferire nell'esercizio del potere legislativo, in spregio al principio di separazione dei poteri²⁴. *“In virtù dell'insindacabilità dell'attività esplicativa di funzioni legislative, in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di legge regionale, per violazione della potestà legislativa statale, non è ipotizzabile alcun danno risarcibile, a differenza di quanto previsto per la responsabilità dello Stato italiano nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione europea, non essendo ravvisabile, nella specie, quella distinzione tra ordinamenti - con prevalenza di uno sull'altro - che costituisce il fondamento di tale ipotesi di responsabilità”*²⁵.

Ergo, la norma è costituzionalmente illegittima ma il ricorrente non ha alcun rimedio di diritto interno per far valere la responsabilità civile dello Stato per mancato o ritardato accesso alle misure protettive.

²⁴ Mattia Caputo, La responsabilità dello stato per attività legislativa non esiste, in www.iurisprudenzia.it, passim.

²⁵ Cass. civ., sez. III, 22.11.2016, n. 23730, in Foro It., 2017, 1, 1, 174. Conf. Cass. sez. lav. 24.12.2019, n. 34465, in Foro Amm., (II), 2020, 3, 401.

Muovendo dal presupposto che l'istanza è reiterabile, anche la violazione dell'art. 6 CEDU non appare predicabile con certezza. È ovvio che anche nella giurisprudenza di Strasburgo il diritto al giusto processo ricomprende quello di accesso al giudice, quale principio fondamentale dello stato di diritto e di tutela contro l'arbitrio²⁶. Non si tratta, evidentemente, di un diritto assoluto ma eventuali limitazioni non possono essere tali da annientarne l'essenza e, in ogni caso, non sarebbero conformi all'art. 6 se non perseguissero uno scopo legittimo e non vi fosse proporzione tra il mezzo impiegato e lo scopo perseguito²⁷.

In linea di principio, pertanto, i termini decadenziali frapposti alla proposizione di un'istanza giudiziale sono compatibili con l'art. 6 CEDU nella misura in cui perseguono il fine legittimo di assicurare la certezza del diritto²⁸ senza annullare il diritto di azione della parte²⁹. L'osservanza di regole procedurali nella definizione del giudizio è, infatti, importante nella misura in cui limita la discrezionalità, assicura la parità delle armi, previene l'arbitrio e garantisce la definizione della lite in un tempo ragionevole, assicurando la certezza del diritto³⁰. Nondimeno, il diritto di accesso alla giustizia deve ritenersi negato quando le regole procedurali cessano di servire alla certezza del diritto e alla corretta amministrazione della giustizia ed erigono una barriera che impedisce alle parti di conseguire l'esame nel merito della loro causa³¹.

Al fine di verificare se la restrizione all'accesso alla giustizia comprime illegittimamente il diritto della parte, la Corte europea dei diritti dell'uomo verifica, di regola, le seguenti circostanze: 1) se le regole procedurali contestate fossero prevedibili³²; 2) se, in conseguenza di tali regole, il ricorrente ha dovuto sopportare un onere eccessivo, tenendo conto del fatto che la Corte tende ad accollare gli effetti della violazione alla parte che l'ha determinata³³; 3) se le restrizioni possono ritenersi eccessive³⁴.

²⁶ *Golder v. the United Kingdom* [Plenary], n. 4451/70, §§ 28-36, 21 February 1975. Tutte le pronunce della Corte europea dei diritti umani sono rinvenibili nel sito www.echr.coe.int

²⁷ *Naït-Liman v. Switzerland* [GC], n. 51357/07, §§ 113, 115, 15 March 2018

²⁸ *Cañete de Goñi v. Spain* [Fourth Section], n. 55782/00, § 36, 15 October 2002

²⁹ *Miragall Escolano and Others v. Spain* [Fourth Section], n. 38366/97 and others, § 36, 25 January 2000

³⁰ *Zubac v. Croatia* [GC], n. 40160/12, § 96, 5 April 2018

³¹ *Zubac v. Croatia* [GC], cit., § 98

³² *Arrozpide Sarasola and Others v. Spain* [Third Section], n. 65101/16 and others, § 106, 23 October 2018

³³ *Musumeci v. Italy* [Fourth Section], n. 33695/96, §§ 41-43, 11 January 2005, in materia di tardivo esame rispetto al termine legale di 10 giorni, da parte del Tribunale di sorveglianza, del ricorso avverso le proroghe stabilite dal Ministro della Giustizia all'applicazione del regime ex 41bis l. 354/1975, con conseguente perdita della possibilità di vedere i figli; *Ganci v. Italy* [First Section], n. 41576/98, § 31, 30 October 2003, concernente un caso di omessa decisione da parte del Tribunale di Sorveglianza con conseguente declaratoria di inammissibilità dell'appello.

³⁴ *Dos Santos Calado and Others v. Portugal* [Third Section], n. 55997/14 and others, §§ 116-117, 31 March 2020

Applicando tali coordinate al caso di specie è evidente che, seppure la regola sancita nell'ultima parte dell'art. 7, comma 3, d.l. 118/2021 risulta chiara, la decadenza che essa commina non è prevedibile dal ricorrente perché dipende esclusivamente dalla condotta dell'autorità giudiziaria. Soprattutto, come già evidenziato, essa fa ricadere interamente sulla parte incolpevole le conseguenze di un'eventuale omessa decisione del tribunale.

E, tuttavia, i giudici di Strasburgo hanno più volte affermato che i ricorrenti sono tenuti ad operare con la dovuta diligenza innanzi ai tribunali nazionali, non potendo dolersi degli esiti del giudizio ove, per esempio, abbiano omesso di avvalersi di un rimedio esperibile³⁵. Alla luce di tale rilievo, la circostanza che la richiesta di misura protettiva è immediatamente reiterabile o, secondo altri³⁶, che è quantomeno impugnabile al collegio, nelle forme dell'art. 669-terdecies c.p.c., l'omessa fissazione di udienza da parte del giudice, esplicita o implicita che sia, potrebbe indurre ad escludere l'ipotizzata violazione dell'art. 6 o, quantomeno, a limitare l'ammontare dei danni risarcibili eziologicamente derivanti dall'omissione del tribunale.

Ma, per l'appunto, quali sarebbero questi danni?

In realtà, per come il meccanismo è configurato, pare difficile che il ricorrente possa conseguire dei pregiudizi per effetto dell'inerzia del tribunale. E questo perché l'art. 7 fissa in capo al ricorrente l'onere di comunicare al Registro delle Imprese il numero di R.G., che viene assegnato al ricorso prima e a prescindere dalla fissazione dell'udienza, entro 30 giorni. Se si considera che la comunicazione alla camera di commercio potrebbe intervenire l'ultimo giorno di durata della misura cautelare e che l'art. 7 non prevede, invece, alcuna comunicazione del decreto di udienza e, soprattutto, solo per il caso di ordinanza contempla la comunicazione alla CCIAA circa le sorti delle misure protettive, in ipotesi, il ricorso *ex* art. 6 ed il correlato R.G. potrebbero, in difetto di ulteriori comunicazioni da parte del Tribunale circa le sorti del giudizio (comunicazioni, lo si ribadisce, previste per la sola ordinanza) rimanere pubblicate per tutti i 240 gg. di durata massima delle misure previsti dalla normativa.

Sostanzialmente, quindi, dell'inerzia del tribunale potrebbe aver ragione di dolersi di più il creditore ostacolato nelle proprie iniziative esecutive o cautelari. Anche per questa ragione, nell'ambito di tali giudizi, un riscontro circa lo stato effettivo del procedimento *ex* art. 7 e, eventualmente, un rinvio in attesa della definizione dello stesso e prima di disporre la sospensione, parrebbe opportuno.

La norma tace circa il tempo entro il quale deve essere fissata l'udienza ma, tenuto conto della delicatezza degli interessi in gioco e del fatto che l'efficacia temporale minima delle misure protettive è

³⁵ Kamenova v. Bulgaria [Fifth Section], n. 62784/19, §§ 52-55, 12 July 2018

³⁶ Laura Baccaglini e Francesco De Santis, Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali, cit., p. 22

di trenta giorni, è da ritenersi che essa debba essere fissata a stretto giro. In dottrina³⁷, muovendo dal rilievo che il sistema processuale di riferimento per completare la disciplina della procedura in discorso debba ravvisarsi, stante la contiguità tematica, in quella del procedimento cautelare uniforme, si è suggerita l'applicazione del termine di quindici giorni previsto dall'art. 669^{sexies}, comma 2, c.p.c. per l'udienza di convalida del decreto cautelare emesso *inaudita altera parte*. Detto termine, però, non sempre risulterà compatibile con la necessità di dover notificare l'udienza a tutti gli interessati, specie nel caso in cui questi siano da identificare in tutti i creditori e non solo in quelli incisi dalle misure adottate (seppure rispetto alla maggior parte dovrebbe potersi utilizzare la notifica a mezzo p.e.c., trattandosi di imprenditori).

Ma, prima ancora, è la previsione di un meccanismo di conferma giudiziale associato alla durata minima di 30 giorni della misura ad ignorare la circostanza che, normalmente, un tale termine sarà necessario integralmente per la definizione del procedimento, specie ove il tribunale ritenga di dover ricorrere all'ausilio di un consulente. Con la conseguenza che il deposito del ricorso sarà di per sé solo idoneo a far guadagnare al debitore un rinvio in sede esecutiva o cautelare normalmente pari ad almeno la durata minima della misura cautelare.

3. Procedura di composizione negoziata ed istruttoria prefallimentare.

Secondo l'impostazione tradizionale, nella l. fall. (artt. 15, comma 8, e 168) mentre le misure protettive sono richieste dal debitore a protezione del suo tentativo di addivenire alla soluzione pattizia della crisi d'impresa, i provvedimenti cautelari sono sollecitati dai creditori o dal pubblico ministero contro il rischio di dispersione del patrimonio del debitore nella pendenza dell'iniziativa concorsuale.

Nel CCII (artt. 2, lett. p) e q), e 54, commi 1 e 2), tale contrapposizione risulta più incerta in quanto, se la richiesta di misure protettive può provenire, per esplicita dizione normativa, dal solo debitore, nessuna specificazione è prevista rispetto alle misure cautelari che, ai sensi dell'art. 2, lett. q), si connotano per la sola finalità di tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore mediante provvisoria assicurazione degli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Ai sensi dell'art. 54, comma 1, che all'uopo impiega la stessa dizione di cui all'art. 15, comma 8, l. fall., le misure cautelari sono, infatti, genericamente emesse su istanza di parte.

Nel d.l. n. 118/2021, le misure protettive e cautelari mantengono la stessa finalità che esse hanno nella normativa concorsuale vigente, ovvero, come si ricava dall'art. 7, comma 6, mirano ad assicurare il buon esito delle trattative senza arrecare un pregiudizio sproporzionato ai creditori istanti.

³⁷ Laura Baccaglini e Francesco De Santis, Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali, cit., p. 18

Ma, a differenza di quanto previsto nella l. fall., il d.l. 118/2021 legittima a richiedere i provvedimenti cautelari il solo debitore. Pertanto, anche alle misure cautelari si riconosce una funzione protettiva in vista del perseguimento del risanamento tramite una delle soluzioni indicate nell'art. 11.

Secondo l'art. 7 del d.l. n. 118/2021, l'istanza è proposta dal debitore. I soggetti passivi dell'eventuale misura cautelare non sono specificamente individuati ma possono identificarsi con uno o più terzi, verosimilmente ivi compresi i creditori. L'art. 7, comma 4, stabilisce infatti al riguardo che, se i provvedimenti cautelari (al pari delle misure protettive) incidono sui diritti dei terzi, questi ultimi devono essere sentiti.

A tali precauzioni, l'art. 6, comma 4, aggiunge l'impossibilità di dichiarare il fallimento o di accertare lo stato d'insolvenza fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi. I componenti della commissione³⁸ si sono preoccupati di chiarire che, in realtà, la durata del divieto va di pari passo con il blocco delle azioni esecutive di modo che, venute meno queste ultime, deve ritenersi caducato anche il divieto di dichiarare il fallimento, quandanche la composizione negoziata sia ancora in corso. La norma, per vero, per come è formulata non lascia troppo spazio a questa interpretazione, cui può però pervenirsi attraverso una lettura alla luce dell'art. 7 della direttiva. L'art. 7, par. 1, infatti, dispone che per la durata della sospensione delle procedure esecutive e cautelari non opera l'obbligo dell'imprenditore di domandare l'apertura di una procedura di insolvenza suscettibile di concludersi con la liquidazione della propria attività. Ai sensi dell'art. 7, par. 2, inoltre, l'apertura di una procedura di insolvenza suscettibile di concludersi con la liquidazione dell'attività del debitore è sospesa anche quando ne venga fatta richiesta da uno o più creditori. *Ergo*, la direttiva non preclude la presentazione di istanze di auto-fallimento e fallimento. Impedisce soltanto che, per la durata di operatività delle misure protettive, il fallimento richiesto dai creditori (non anche quello sollecitato dal debitore³⁹) possa essere dichiarato.

In difetto di una diversa indicazione normativa, in questo senso va letto anche l'art. 6 del d.l. 118/2021: la domanda di fallimento o di accertamento dello stato d'insolvenza può essere introdotta e, compatibilmente col principio di economia processuale, probabilmente anche istruita, limitandosi il divieto a precluderne la decisione nel senso del suo accoglimento. In particolare, l'istanza di fallimento potrebbe essere presentata dai creditori che si vedano attinti da una misura protettiva o cautelare, ai

³⁸ Ilaria Pagni e Massimo Fabiani, La transizione dal Codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa), cit., p. 37, nt. 27. Ma sottolinea la problematica individuazione del momento in cui la procedura concorsuale possa essere aperta, Massimo Ferro, La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il d.l. 118/2021, in Fall., 2021, 12, 1580

³⁹ Nello stesso senso, Massimo Ferro, La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il d.l. 118/2021, cit., 1583

sensi degli artt. 6 e 7. Ma non può escludersi una segnalazione al pubblico ministero da parte del Tribunale, ai sensi dell'art. 7 l. fall., proprio all'esito delle determinazioni concernenti le suddette misure, cui segue l'istanza di fallimento da parte del primo (pur auspicandosi che ciò si verifichi raramente, ove la composizione negoziata venga richiesta da imprenditori non ancora insolventi). A tale ultimo riguardo, va, infatti, segnalato che ai sensi dell'art. 7, par. 3, il divieto di apertura di una procedura di insolvenza può essere derogato dagli Stati Membri in situazioni in cui il debitore sia incapace di pagare i suoi debiti in scadenza. In tali casi, spetta agli Stati valutare se mantenere il blocco delle azioni esecutive individuali qualora la procedura di insolvenza non risulti nell'interesse generale dei creditori. Da tanto si ricava la piena ammissibilità di un'istanza di fallimento proveniente anche dal pubblico ministero nel corso della composizione negoziata della crisi.

Il problema che questa lettura pone attiene al riparto di competenze. Infatti, mentre quella in materia di misure protettive e cautelari in favore del debitore è attribuita, dall'art. 7, comma 7, al tribunale fallimentare in composizione monocratica, l'istruttoria prefallimentare e le connesse misure cautelari in favore dei creditori continuerebbero a competere al tribunale in composizione collegiale.

Sul contemperamento di tali distinte funzioni il d.l. è silente mentre parte della dottrina⁴⁰, muovendo dalla piena configurabilità di misure adottate dall'uno e dall'altro giudice, si appella al ruolo equilibratore del magistrato.

Si osserva⁴¹, infatti, che nella prassi, le misure cautelari normalmente disposte in sede prefallimentare, al di là di qualche ipotesi di sequestro conservativo o giudiziale⁴², sono essenzialmente atipiche e si sostanziano nella nomina di amministratori giudiziari⁴³ o custodi⁴⁴. Tali nomine potrebbero già essere state adottate, nell'ambito di una procedura pre-fallimentare pendente, allorché venga presentata un'istanza di misure protettive. Potrebbe, però, anche verificarsi che l'adozione della misura cautelare pre-fallimentare venga sollecitata in pendenza del blocco delle procedure esecutive.

Nel primo caso, la richiesta di misure protettive potrebbe provenire dall'amministratore giudiziario o dall'imprenditore in caso di nomina del custode. L'adozione delle misure *ex art. 6* non sarebbe

⁴⁰ Ilaria Pagni e Massimo Fabiani, La transizione dal Codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa), cit., p. 10, 30; Luciano Panzani, Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione positiva del Covid, cit., pp. 15-16

⁴¹ Ilaria Pagni e Massimo Fabiani, op. loc. ult. cit.

⁴² Trib. Novara 24.02.2010 in www.osservatoriocrisidimpresa.org; Trib. Sulmona 11.11.2009 in www.osservatoriocrisidimpresa.org

⁴³ Trib. Vicenza 15.01.2018, in www.osservatoriocrisidimpresa.org; Trib. Prato 16.06.2011 in www.osservatoriocrisidimpresa.org; Trib. Terni 18.05.2011 in www.osservatoriocrisidimpresa.org; Trib. Monza 11.02.2009, in www.ilcaso.it; Trib. Udine 11.07.2008, in Fall., 2009, 80

⁴⁴ Trib. Cagliari 10.02.2010 in www.osservatoriocrisidimpresa.org; Trib. Bologna 10.05.2010 in www.ilcaso.it; Trib. Vibo Valentia 14.12.2010 in Rep. Foro It., 2012, voce Fallimento, n. 270; Trib. Verona 21.05.2008, in Foro It., 2008, I, 2026

comunque preclusa, spettando al tribunale monocratico dettare le disposizioni idonee a contemperare le misure protettive con quelle cautelari in essere.

Nel caso opposto, in cui la richiesta di misura cautelare pre-fallimentare intervenga quando già pende il blocco *ex artt. 6 e 7 d.l. 118/2021*, è dubbio se quest'ultimo osti anche all'adozione delle misure *ex art. 15*, comma 8, l. fall.⁴⁵.

A sostegno della tesi negativa si è rilevato⁴⁶ che il d.l. inibisce le sole misure cautelari individuali e, pertanto, non dovrebbe incidere su quelle *ex art. 15 l. fall.* che, per quanto emesse su richiesta dei creditori, sono finalizzate a tutelare un interesse collettivo.

La soluzione pare compatibile con la direttiva per due ordini di ragioni. Innanzitutto, se l'art. 7, par. 3, consente di derogare al divieto di dichiarare il fallimento in presenza di una situazione di insolvenza, *a fortiori* deve ritenersi possibile l'adozione di una misura cautelare che metta al sicuro gli effetti di quella decisione, per il caso in cui venga adottata, senza ostacolare il tentativo di ristrutturazione dell'imprenditore. In secondo luogo, sia per l'art. 6, par. 3 e 9, della direttiva, che per l'art. 7, commi 4 e 6, del d.l., l'autorità giudiziaria può sia limitare a determinati crediti, sia revocare il blocco delle procedure esecutive individuali. Dal che può ritrarsi che un altro tipo di contemperamento tra i contrapposti interessi delle parti in gioco, attuato mediante la coesistenza delle cautele *ex art. 15*, comma 8, l. fall. e le misure protettive e cautelari *ex art. 6* (anche tenuto conto del contenuto atipico delle misure cautelari richieste dal debitore, che non paiono escludere contestuali prescrizioni a salvaguardia dei creditori) non contrasta con la direttiva.

Resta la farraginosità di due competenze distinte e, pur comprendendo l'esigenza di celerità sottesa al ricorso al giudice monocratico per le misure protettive, viene da chiedersi se, ove venga introdotto un giudizio prefallimentare, non sia più opportuno procedere ad una riunione per connessione innanzi al collegio, ai sensi dell'art. 274 c.p.c.⁴⁷.

4. I termini di durata massima delle misure protettive.

Ove, nell'udienza prevista dall'art. 7, comma 4, del d.l. 118/2021, vengano confermate le misure protettive ovvero concessi i provvedimenti cautelari richiesti, il giudice deve, con ordinanza, stabilire la durata delle prime, non inferiore a trenta e non superiore a centoventi giorni. Ai sensi del comma 5, tale

⁴⁵ Nega la possibilità di concedere misure cautelari *ex art. 15 l. fall.* in pendenza di misure protettive, Francesco De Santis, Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa, in *Fall.*, 2021, 12, p. 1541

⁴⁶ Ilaria Pagni e Massimo Fabiani, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷ *Contra*, nel senso che “*appare plausibile che tutte le criticità del rapporto con le istituzioni concorsuali si scarichino sul giudice dell'art. 6-7*”, Massimo Ferro, La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il d.l. 118/2021, *cit.*, 1588

durata può anche essere prorogata, su istanza delle parti ed acquisito il parere dell'esperto, per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative, fermo restando che la durata complessiva delle misure non può superare i duecentoquaranta giorni.

Atteso che il tribunale è chiamato a confermare misure protettive efficaci dal giorno della pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, a mente dell'art. 6, comma 1, deve ritenersi che la durata fissata dal tribunale si sommi a quella già decorsa al momento del deposito nel registro delle imprese. Parimenti dalla data della pubblicazione dell'istanza va accertato il rispetto del limite temporale complessivo di duecentoquaranta giorni, trascorsi i quali, anche se le trattative ancora pendono, le misure protettive perdono di efficacia.

Si è ritenuto, in dottrina⁴⁸, che tali termini non operino rispetto alle misure cautelari, che - salvo diverso e successivo provvedimento del tribunale - avrebbero fisiologicamente una durata coerente con quella delle trattative, essendo, per espresso dettato normativo, "necessari(e) per condurre a termine" le stesse. Siffatta lettura non appare in contrasto con la direttiva atteso che quest'ultima limita la previsione di termini di durata massima alla sola sospensione delle azioni esecutive individuali. Ma, in realtà, il comma 4 del decreto non esclude che, "se occorre", termini di durata siano apposti anche alle misure cautelari, stante, del resto, la loro potenziale atipicità.

Come anticipato, la fissazione di termini massimi di durata delle misure protettive è diretta conseguenza del recepimento delle indicazioni della direttiva *insolvency* che, all'art. 6, par. 6 e 8, stabilisce in 4 e 12 mesi rispettivamente la durata della sospensione delle iniziative esecutive individuali al netto e al lordo dei rinnovi.

Riproponendo perplessità già sviluppate con riferimento alla composizione assistita introdotta dal CCII⁴⁹, si è dubitato della capacità del d.l. di assicurare in ogni caso l'osservanza del termine massimo imposto dalla normativa europea. Infatti, nella misura in cui la composizione negoziata può sfociare in una delle procedure previste dalla l. fall. e, pertanto, anche nella richiesta dei termini di cui all'art. 161, comma 6, l. fall. (cfr. art. 11, comma 3, lett. c, d.l. 118/2021), il termine di 12 mesi può essere superato. L'imprenditore potrebbe, cioè, avvalersi degli 8 mesi contemplati dall'art. 7, comma 5, nell'ambito della composizione negoziata e, all'esito, richiedere l'ulteriore termine di 120 gg. (4 mesi) di cui all'art. 161, comma 6, l. fall. Ci si chiede se, in tal caso, potrebbe anche pretendere l'ulteriore proroga di 60 gg. che la norma consente. E, in ogni caso, se potrebbe avvalersi della sospensione fino all'omologa, prevista

⁴⁸ Laura Baccaglini e Francesco De Santis, Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali, cit., p. 21

⁴⁹ Cfr. Luciano Panzani, Il *preventive restructuring framework* nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze, cit., p. 17, 22

dall'art. 168 l. fall., ove questa, sommata alla durata della composizione negoziata, richieda un tempo superiore all'anno. Dubbi analoghi potrebbero, poi, porsi per l'imprenditore sottosoglia che richieda di accedere all'accordo di composizione della crisi *ex art.* 10, comma 1, l. 3/2012, qualora i termini (ordinatori) dettati per la definizione della procedura non possano essere rispettati.

Non dovrebbe, invece, rilevare, ai fini dell'eventuale superamento del limite annuale anzidetto, l'improcedibilità delle azioni esecutive rispetto ai crediti scaduti ma riscadenzati dal piano concordatario o dall'accordo di composizione della crisi omologati, in pendenza del termine di pagamento. Anche nei confronti dei creditori dissenzienti ed oppositori, infatti, gli effetti di riscadenzamento dei crediti scaturenti dal buon esito della procedura di ristrutturazione andrebbero ricondotti alle modifiche (auspicabilmente definitive) delle condizioni o della struttura delle passività, contemplate dall'art. 2, par. 1, n. 1, della direttiva e non alle sospensioni (necessariamente temporanee) disciplinate dall'art. 7⁵⁰. E negli stessi termini dovrebbero qualificarsi le sospensioni connesse alle convenzioni di moratoria *ex art.* 182^{octies} l. fall., sebbene la relativa qualificazione come "temporanee" potrebbe far sorgere qualche dubbio ulteriore.

Tanto premesso, va segnalato che una tempistica siffatta presupporrebbe l'ennesimo, ma da molti atteso, rinvio oltre il 16 maggio 2022 della data di entrata in vigore del CCII. Nondimeno anche l'eventuale sostituzione del richiamo alla l. fall., contenuto nel citato art. 11, con quello al d. lgs. 14/2019 potrebbe porre gli stessi dubbi, se, per esempio, si ha riguardo alla durata della procedura di omologazione del concordato minore, ai sensi degli artt. 78, comma 2, lett. d, o se si considera che al termine massimo di 120 giorni, previsto dall'art. 44, comma 1, lett. a), per il deposito della proposta di concordato preventivo con riserva, dovrà poi sommarsi il tempo necessario a pervenire all'omologazione, *ex artt.* 47 e 48.

Nell'esaminare la compatibilità della normativa interna con la direttiva va, in primo luogo, evidenziato che l'eventuale mancanza di consequenzialità formale tra due procedure (si pensi ad una composizione negoziata archiviata cui faccia seguito, a distanza di breve termine, il deposito di un ricorso per concordato preventivo con riserva) non pare sufficiente, di per sé, a far decorrere daccapo i termini posti dalla disciplina europea. In tal senso, oltre che l'obbligo di interpretazione conforme gravante sui giudici nazionali⁵¹, milita il dato letterale dell'art. 6, par. 7 e 8, della direttiva, a mente del quale gli Stati

⁵⁰ Negli stessi termini, Luciano Panzani, *Il preventive restructuring framework* nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze, cit., p. 21

⁵¹ "... secondo consolidata giurisprudenza, l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di raggiungere il risultato ivi previsto, nonché il loro dovere, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE e dell'articolo 288 TFUE, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi di tali Stati, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali (v., segnatamente, sentenze del 14 settembre 2016, Martínez Andrés e Castrejana

membri, in presenza di circostanze ben definite, possono autorizzare l'autorità giudiziaria o amministrativa a concedere una nuova sospensione delle procedure esecutive individuali. Tuttavia, la durata totale della sospensione, incluse le proroghe ma anche i rinnovi, non può superare i dodici mesi⁵². È, pertanto, coerente con tale limitazione il divieto di riproposizione dell'istanza di composizione negoziata della crisi prima che sia decorso un anno dalla precedente archiviazione, previsto dall'art. 5, comma 8^{ter}, del d.l. Ove, invece, a fronte di un'archiviazione il debitore intenda avvalersi del concordato preventivo, l'obbligo di interpretazione conforme dovrebbe indurre a negare la proroga contemplata dagli artt. 161, comma 6, l. fall. ma appare arduo pensare che possa anche giustificare una declaratoria di improcedibilità del ricorso una volta superato il termine annuale successivamente all'ammissione ed in pendenza dell'omologa. La direttiva, d'altro canto, impone una durata massima alle misure di protezione ma non ai quadri di ristrutturazione che, ferma la salvaguardia delle parti interessate e dei pertinenti portatori di interessi, ben può "consistere in una o più procedure, misure o disposizioni, alcune delle quali possono realizzarsi in sede extragiudiziale" (art. 4, par. 5).

Nel concordato preventivo disciplinato dal CCII, più agevolmente, il giudice chiamato a fissare i termini di durata delle misure protettive, nell'ambito del sub-procedimento descritto dagli artt. 54 e 55, dovrebbe stabilire una scadenza compatibile con il termine massimo annuale, tenendo conto, però, a tal fine, anche delle misure di cui il debitore abbia già fruito in precedenza. Il mancato rispetto dei termini massimi potrebbe, inoltre, integrare una causa di revoca delle misure protettive richieste dal debitore a mente dell'art. 55, comma 4, CCII. Esiti, questi, che non richiedono particolari sforzi interpretativi, sol che si rammenti che, senza scomodare la direttiva e neppure il d.l. 118/2021, il limite di durata annuale

López, C-184/15 e C-197/15, EU:C:2016:680, punto 50 e giurisprudenza ivi citata, e del 24 gennaio 2018, Pantuso e a., C-616/16 e C-617/16, EU:C:2018:32, punto 42). 58. Per attuare tale obbligo, il principio d'interpretazione conforme esige che le autorità nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme e applicando i metodi d'interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultimo (v., in particolare, sentenze del 13 luglio 2016, Pöpperl, C-187/15, EU:C:2016:550, punto 43, e del 28 giugno 2018, Crespo Rey, C-2/17, EU:C:2018:511, punto 70 e giurisprudenza ivi citata)": Corte Europea di Giustizia, sentenza del 4 ottobre 2018, C-384/17, Doel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N&N, ECLI:EU:C:2018:810, par. 57 – 58, in www.curia.europa.eu

⁵² E si noti che nella Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE (COM(2016)0723 – C8-0475/2016 – 2016/0359(COD)), in <https://eur-lex.europa.eu>, tale termine era stato ridotto a 10 mesi. Invece, nel Parere della commissione per i problemi economici e monetari destinato alla commissione giuridica sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE (COM(2016)0723 – C8-0475/2016 – 2016/0359(COD)), in <https://eur-lex.europa.eu>, esso era stato ridotto addirittura a 9 mesi.

delle misure protettive, anche non continuativo ed inclusi eventuali rinnovi o proroghe, è espressamente contemplato dall'art. 8 CCII.

Solo rispetto all'accordo di composizione della crisi previsto dalla l. 3/2012 e al concordato minore del CCII parrebbero mancare appigli normativi che consentano al giudice di revocare l'effetto protettivo prima dell'omologa senza travolgere l'intera procedura.

A tal proposito occorre, però, segnalare che, nonostante il tenore stringente dell'art. 6 della direttiva, i termini di durata massima delle misure protettive potrebbero non ritenersi assolutamente insuperabili. Il Considerando 35 osserva, infatti, che *“al fine di garantire il giusto equilibrio tra i diritti del debitore e quelli dei creditori, una sospensione delle azioni esecutive individuali dovrebbe applicarsi per un periodo massimo di quattro mesi. Le ristrutturazioni complesse, tuttavia, potrebbero richiedere più tempo. Gli Stati membri dovrebbero poter determinare che in tali casi l'autorità giudiziaria o amministrativa possa concedere una proroga del periodo iniziale di sospensione. Qualora l'autorità giudiziaria o amministrativa non decida sulla proroga della sospensione prima della scadenza della stessa, questa dovrebbe cessare di produrre effetti alla scadenza del termine di sospensione. Nell'interesse della certezza del diritto, il termine totale della sospensione dovrebbe essere limitato a dodici mesi. Gli Stati membri dovrebbero poter prevedere una sospensione a durata indeterminata una volta che il debitore diventi insolvente a norma del diritto nazionale. Gli Stati membri dovrebbero poter decidere se una breve sospensione temporanea in attesa di una decisione dell'autorità giudiziaria o amministrativa sull'accesso al quadro di ristrutturazione preventiva sia soggetta ai termini temporali previsti dalla presente direttiva”*.

La “Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea”⁵³ precisa che i considerando non hanno valenza precettiva ma contengono o un'esposizione organica dei motivi che ne hanno giustificato l'adozione dell'atto ed hanno lo scopo di informare tutti gli interessati sulle circostanze che hanno presieduto all'adozione dell'atto, nonché di dare alle parti delle eventuali controversie la possibilità di tutelare i propri diritti e alla Corte di giustizia dell'Unione europea di esercitare il proprio controllo.

Leggendo, allora, l'art. 6 della direttiva alla luce del Considerando n. 35, si devono anzitutto escludere dal termine di 12 mesi le sospensioni, normalmente propedeutiche all'estinzione, conseguenti all'apertura di procedure di insolvenza *ex art.* 51 l. fall. e 150 CCII. In tal senso, d'altro canto, conducono anche i dati letterale e sistematico atteso che la direttiva riferisce i termini di durata massima alle sole sospensioni temporanee delle azioni esecutive (cfr. art. 2, comma 1, n. 4), e li contempla nel

⁵³ Commissione europea, Servizio giuridico, Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea, Ufficio delle pubblicazioni, 2016, pp. 31-37, in <https://data.europa.eu/doi/10.2880/931237>

solo Capo II del Titolo II, dedicato all' "agevolazione delle trattative sul piano di ristrutturazione preventiva".

Si è poi già detto dell'irrilevanza dei tempi di esecuzione dei concordati e degli accordi omologati. Le considerazioni appena svolte in tema di procedure di insolvenza consentono di rafforzare questa conclusione rispetto al concordato semplificato, ma anche all'accordo di composizione della crisi *ex art.* 10 l. 3/2012 e al concordato preventivo e minore che siano stati omologati in favore di un'impresa insolvente ed abbiano un contenuto meramente liquidatorio.

Potrebbero, inoltre, sottrarsi da tale computo le sospensioni connesse all'instaurazione del giudizio di omologa del concordato, ovvero quelle *ex artt.* 161, comma 6, l. fall., e 44, comma 1, lett. a), CCII, se non addirittura quelle necessarie a pervenire alla pronuncia definitiva, *ex artt.* 168 l. fall. e 54 e 55 CCII.

In conclusione, da un lato, l'elusione del termine annuale posto dall'art. 6, par. 8, della direttiva difficilmente potrebbe prodursi per effetto dell'applicazione dell'art. 11 d.l. 118/2021, se, come preventivato, le procedure ivi contemplate verranno sostituire da quelle del CCII nel termine del 16 maggio 2022. Dall'altro, non ogni superamento potrà considerarsi in violazione della disciplina unionale, alla luce dei chiarimenti contenuti nel Considerando n. 35. Anche se è dubbio se tale previsione possa consentire un allargamento delle più stringenti maglie dell'art. 8 CCII che, nel riproporre il limite massimo del termine annuale, non distingue tra le varie fasi delle procedure.

Ad ogni modo, nell'ipotesi in cui il termine annuale venga superato, occorre chiedersi se, allo scadere dei 12 mesi, il creditore possa riassumere il giudizio esecutivo o cautelare pretendendo dal giudice dell'esecuzione o della cautela la disapplicazione della norma sulla sospensione. A sostegno della soluzione negativa sembrerebbe condurre, per vero, il rilievo che in tal modo gli effetti diretti della direttiva parrebbero invocati dal creditore nei confronti del debitore esecutato o convenuto in giudizio e, pertanto, in senso orizzontale. Possibilità, quest'ultima, come noto esclusa dalla giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia⁵⁴. E, tuttavia, la stessa Corte Ue è, nel tempo, pervenuta a distinguere,

⁵⁴ "Come ha sottolineato la Corte, secondo una giurisprudenza costante successiva alla sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall (Racc. pag. 723, punto 48), una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti. 21 Il giudice nazionale ha sottolineato che la limitazione degli effetti delle direttive incondizionate e sufficientemente precise, ma non attuate, ai rapporti tra enti statali e singoli farebbe sì che un atto normativo sia tale solo nei rapporti fra alcuni soggetti dell'ordinamento mentre, nell'ordinamento italiano come in quello di ogni altro ordinamento di qualsiasi paese moderno basato sul principio di legalità, lo Stato è un soggetto di diritto al pari di qualsiasi altro. Se la direttiva potesse essere opponibile solo nei confronti dello Stato, ciò equivarrebbe a una sanzione per l'inadempienza nell'adozione delle misure legislative di attuazione, come se si trattasse di un rapporto di natura meramente privatistica. 22 Basti rilevare al riguardo che, come discende dalla sentenza 26 febbraio 1986, Marshall, già citata (punti 48 e 49), la giurisprudenza sulla possibilità di far valere direttive nei confronti degli enti statali è fondata sulla natura cogente attribuita alla direttiva dall'art. 189, natura cogente che esiste solo nei confronti dello "Stato membro cui è rivolta". Detta giurisprudenza mira ad evitare che uno "Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario". 23 Sarebbe infatti inaccettabile che lo Stato al quale il legislatore comunitario prescrive l'adozione di talune norme volte a disciplinare i suoi rapporti o quelli degli enti statali con i privati e a riconoscere a questi

nell'ambito delle direttive non recepite, quelle che comportano ammissibili ripercussioni negative sui diritti dei terzi e quelle, invece, che prevedono inammissibili obblighi a loro carico, escludendo che possa farsi applicazione diretta delle disposizioni non recepite o recepite male solo nel secondo caso⁵⁵. Posto che, nelle fattispecie qui in esame, ciò che invocherebbe il creditore procedente in sede esecutiva o cautelare è la sola disapplicazione delle norme che protraggono la sospensione dei giudizi oltre il termine annuale, senza richiedere l'applicazione diretta di qualche altra disposizione della direttiva e, pertanto, senza neppure pretendere l'imposizione in capo al debitore di un qualche obbligo che nella direttiva trovi fonte, la via della disapplicazione della misura protettiva di diritto interno parrebbe tutt'altro che preclusa.

Tanto premesso, è possibile che i giudici nazionali si determinino a richiedere alla Corte Europea di Giustizia, in via pregiudiziale, l'interpretazione corretta del citato art. 6, comma 8, della direttiva. Ma l'eccessivo prolungamento della tutela predisposta dalle misure protettive potrebbe parimenti essere sottoposto all'esame della Corte costituzionale, sol che si rammentino le recenti statuizioni in materia di sospensione ultrannuale delle esecuzioni immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore. Come evidenziato dalla Consulta, *“la garanzia – riconosciuta dall'art. 24, primo comma, Cost. – di poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti comprende anche l'esecuzione forzata, che è diretta a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento del giudice (sentenza n. 522 del 2002). La tutela in sede esecutiva, infatti, è componente essenziale del diritto di accesso al giudice: l'azione esecutiva rappresenta uno strumento indispensabile per l'effettività della tutela giurisdizionale perché consente al creditore di soddisfare la propria pretesa in mancanza di adempimento spontaneo da parte del debitore (ex plurimis, sentenze n. 225 del 2018, n. 198 del 2010, n. 335 del 2004, n. 522 del 2002 e n. 321 del 1998; ordinanza n. 331 del 2001). La fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, proprio in quanto componente intrinseca ed essenziale della funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria (sentenza n. 419 del 1995), stante che «il principio di effettività della tutela giurisdizionale [...] rappresenta un connotato rilevante di ogni modello processuale» (sentenze n. 225 del 2018 e n. 304 del 2011). È certo riservata alla discrezionalità del legislatore la conformazione degli istituti processuali, con il limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della*

ultimi il godimento di taluni diritti potesse far valere la mancata esecuzione dei suoi obblighi al fine di privare i singoli del godimento di detti diritti. Per tale ragione la Corte ha ammesso la possibilità di far valere nei confronti dello Stato (o di enti statali) talune disposizioni delle direttive sulla conclusione degli appalti pubblici (v. sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo, Racc. pag. 1839) e delle direttive sull'armonizzazione delle imposte sulla cifra d'affari (v. sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/81, Becker, Racc. pag. 53). 24 Estendere detta giurisprudenza all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti”: Corte Europea di Giustizia, sentenza del 14 luglio 1994, C-91/92, EU:C:1994:292, Faccini Dori, parr. 20-24, in www.curia.europa.eu

⁵⁵ Corte Europea di Giustizia, sentenza del 17 luglio 2008, C-152/07 - C-154/07, ECLI:EU:C:2008:426, Arcor AG & Co. KG (C-152/07), Communication Services TELE2 GmbH (C-153/07) e Firma 01051 Telekom GmbH (C-154/07), parr. 34 – 44, in www.curia.europa.eu

disciplina (*ex plurimis*, sentenze n. 44 del 2016, n. 10 del 2013 e n. 221 del 2008); ma tale limite è valicato «ogniqualevolta emerge un'ingiustificabile compressione del diritto di agire» (sentenza n. 225 del 2018; negli stessi termini, tra le tante, sentenze n. 87 del 2021, n. 271 del 2019, n. 44 del 2016 e n. 335 del 2004). La sospensione delle procedure esecutive deve costituire, pertanto, un evento eccezionale: «un intervento legislativo che di fatto svuoti di contenuto i titoli esecutivi giudiziali conseguiti nei confronti di un soggetto debitore può ritenersi giustificato da particolari esigenze transitorie qualora [...] siffatto svuotamento sia limitato ad un ristretto periodo temporale» (sentenza n. 186 del 2013)⁵⁶.

Anche alla luce di tali considerazioni, pertanto, il meccanismo predisposto dall'art. 11 d.l. 118/2021 non pare possa essere mantenuto in difetto di una norma che consenta, quantomeno⁵⁷, di “disattivare” l'operatività delle misure protettive una volta superato il termine di durata massima delle stesse.

In caso contrario, e per completare il quadro dei rimedi esperibili, l'Italia potrebbe esporsi alle pretese risarcitorie dei creditori lesi, forse, dalla non corretta attuazione della direttiva ma, senz'altro, dall'irragionevole durata del procedimento, secondo la legge Pinto, e dall'indisponibilità di una tutela giurisdizionale effettiva, in violazione degli artt. 6 CEDU e 1 del primo protocollo addizionale⁵⁸.

⁵⁶ C. Cost. 20 giugno 2021, n. 128, in www.cortecostituzionale.it

⁵⁷ Critico rispetto alla mancata previsione di “abbreviazioni procedimentali o contrazioni dei termini per il debitore che ricominci daccapo, a conferma della potenzialità dilatoria del nuovo istituto”, Massimo Ferro, La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il d.l. 118/2021, cit., 1590

⁵⁸ La Corte di Strasburgo ha avuto già modo di sanzionare l'Italia per violazione degli artt. 6 e 1 del primo protocollo nei casi di sospensione delle azioni esecutive conseguenti alla dichiarazione di dissesto di un ente locale ai sensi dell'art. 248 d. lgs. 267/2000: cfr. De Luca v. Italy, n. 43870/04, 24 September 2013; Pennino c. Italie, n. 43892/04, 8 juillet 2014. Vi è, però, da dire che nei casi di specie la sospensione si era protratta per un periodo di oltre 10 anni e si trattava di credito nei confronti di un ente pubblico che, secondo l'impostazione CEDU non si distingue dallo Stato e non può addurre lo stato di insolvenza come causa di inadempimento di una propria obbligazione.