

2019



DIRITTO DELLA
CRISI

www.dirittodellacrisi.it



Cautela e protezione dell'impresa nelle procedure concorsuali *

Salvo Leuzzi, Magistrato addetto al Massimario della Suprema Corte di Cassazione

30 Aprile 2019

L'elaborato affronta trasversalmente il tema delle misure cautelari e protettive nel quadro del CCII, delineandone la trama delle regole, esaminandone problematiche sostanziali e processuali correlate agli istituti, individuandone, infine, potenzialità e limiti.

Riproduzione riservata

Sommario:

1. Procedimento unitario e omogeneizzazione del modello cautelare-protettivo
2. Definizione codicistica delle misure protettive
3. Definizione codicistica delle misure cautelari
 - 3.1. Atipicità e strumentalità
 - 3.2. I presupposti del periculum in mora e del fumus boni juris e la loro prova
4. Le misure protettive nel quadro dei procedimenti di allerta
5. Il procedimento per la concessione delle misure protettive e cautelari nel quadro delle procedure concorsuali
 - 5.1. L'istanza di parte e la relativa rinuncia
 - 5.2. Attuazione e assorbimento.
6. I contenuti delle misure
 - 6.1. I sequestri c.d. "prefallimentari"
 - 6.2. L'esclusione dell'anticipazione di effetti della revocatoria fallimentare e altre cautele inattuabili

- 6.3. La sospensione delle azioni esecutive
- 6.4. Misure di controllo e direzione dell'impresa
- 6.5. Incidenza nei confronti di soggetti terzi

1. Procedimento unitario e omogeneizzazione del modello cautelare-protettivo

La tutela cautelare è un profilo immanente alla tutela dei diritti. A riconoscerlo più volte la Corte Costituzionale, che ha stigmatizzato disposizioni di legge che, a vario grado, limitavano o escludevano il diritto delle parti ad ottenere l'emanazione di provvedimenti tesi ad anticipare gli effetti della decisione finale [2]. Pure la Corte di Giustizia Europea ha evidenziato la necessità che il tempo occorrente per la definizione del giudizio non finisca per rendere nei fatti vana la tutela giurisdizionale accordata dall'ordinamento [3].

In tema di regolamentazione della crisi, la previsione di misure cautelari e protettive temporanee, strumentali all'effettivo perseguimento della soluzione concordata, è contemplata nella Raccomandazione 2014/135/UE nonché nella Proposta di Direttiva del novembre 2016, ambedue richiamate nella Relazione di accompagnamento del Codice della crisi e dell'insolvenza.

Quest'ultimo riproduce, in buona parte, le previsioni della legge fallimentare, adeguandole ai nuovi istituti introdotti e - soprattutto - estendendole al di là della fase di apertura della liquidazione giudiziale, quindi allargandole alla vicenda del concordato e dell'accordo di ristrutturazione, nella prospettiva di rendere concretamente realizzabili i connessi piani di risanamento.

Il quadro concettuale e teleologico delle misure protettive e cautelari del "Codice" non subisce alterazioni, ma si inserisce in una cornice nuova. Il codificatore provvede, infatti, a delineare un tessuto unitario di regole processuali.

Nella legge fallimentare, il procedimento per la declaratoria di fallimento e quelli finalizzati all'ammissione e/o all'omologazione delle soluzioni concorsuali alternative ad esso si incentrano su modelli procedurali divaricati, nell'economia dei quali pure l'applicazione delle misure protettive e cautelari è informata a schemi distinti, per quanto parimenti orientati a salvaguardare il buon esito della procedura intrapresa.

Nel concordato preventivo l'effetto di protezione del patrimonio del debitore in rapporto alle iniziative dei singoli creditori si impernia sul blocco delle esecuzioni individuali, a far data dalla pubblicazione del ricorso (anche "in bianco") nel Registro delle imprese e fino al passaggio in giudicato del decreto di omologazione (art. 168 L. fall.) [4]. All'effetto inibitorio viene imposto il nome di *automatic stay*, benché lo *stay* nostrano non assuma la declinazione onnicomprensiva che lo connota nel sistema d'origine. Se l'immagine che offre la normativa americana in materia è quella di una campana di vetro calata all'istante intorno al debitore, al suo patrimonio personale e a quello devoluto alla procedura, segregandoli dall'universo circostante e ponendoli al riparo da qualsiasi aggressione giudiziale o stragiudiziale, pro- mossa da creditori o altri soggetti terzi e atta in qualche modo ad alterare lo *status quo ante*, questo non è, evidentemente, quello che accade in Italia.

La norma anzidetta non si esprime, infatti, nei termini di un generale e indiscriminato divieto delle azioni esecutive e cautelari nei confronti del debitore, ma più puntualmente individua, come oggetto di tale divieto, le azioni esecutive e cautelari esercitabili dai creditori (oltretutto per titolo o causa anteriore alla procedura) sul patrimonio del debitore medesimo. Il riferimento letterale al "patrimonio del debitore" sembra sottolineare la sottrazione al divieto delle azioni destinate a spiegarsi su beni appartenenti a terzi di cui il debitore abbia la materiale disponibilità.

Si sono registrati in giurisprudenza sporadici avvisi contrari, che hanno veicolato una concezione estensiva del patrimonio di cui sopra, correlandolo, non già a singoli beni oggetto di diritti, ma a tutte le situazioni giuridiche attive e passive facenti capo ad un soggetto, comprese le aspettative e i diritti di obbligazione [5]. L'estensione dell'effetto inibitorio anche a presidio dei beni dei terzi detenuti dal debitore ammesso al concordato per le finalità dell'impresa troverebbe giustificazione negli obiettivi di risanamento e conservazione dell'impresa tipici della procedura concordataria, obiettivi il cui conseguimento passa attraverso la protezione e la valorizzazione di tutti gli *asset* strategici dell'azienda, compresi i beni che, pur di proprietà di terzi, sono funzionali all'attività economica e alla sua ristrutturazione, quindi alla realizzazione del piano di concordato e al conseguente adempimento della proposta rivolta ai creditori.

Il procedimento prefallimentare, di contro, non contempla, ad oggi, congegni preservatori automatici, facendo fulcro sull'opportunità per il giudice di disporre, dietro istanza di parte, misure cautelari o conservative idonee a sterilizzare gli atti

dispositivi del debitore, quindi destinate ad essere “assorbite” nella sentenza di fallimento, qualora non revocate in ipotesi di reiezione del ricorso.

L'introduzione codicistica di un procedimento unitario per la regolazione delle situazioni di crisi e di insolvenza determinerà *in nuce* un mutamento d'impostazione rispetto alla legge fallimentare, tanto primigenia, quanto riformata (tra il 2005 e il 2015). L'unificazione del modello processuale comporterà, in effetti, l'uniformazione dell'ombrello protettivo e cautelare, che sarà uno solo e verrà aperto su disposizione del giudice. Nondimeno, l'art. 54, comma 2, dispone, per il caso in cui il debitore ne abbia fatto richiesta nella domanda di accesso ex art. 40, comma 1, ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il blocco, a decorrere dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, delle azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio, le quali non possono essere iniziate né proseguite a pena di nullità, con contestuale sospensione delle prescrizioni e arresto delle decadenze (che “*non si verificano*”). Diversamente dallo schema iniziale licenziato dalla Commissione di riforma, il “Codice” ha, dunque, optato per una sorta di temporaneo *automatic stay* [6].

Al netto di questa fattispecie generale, l'adozione di misure cautelari e protettive si propone alla stregua di semplice possibilità, tanto nel caso di liquidazione giudiziale, quanto di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti. Qualora faccia difetto la concessione di misure protettive – e qualora sia mancata la richiesta nella domanda summenzionata –, i creditori saranno legittimati a proseguire nelle loro iniziative individuali, pur in pendenza del procedimento unitario per la regolazione della crisi e dell'insolvenza, anche in ipotesi in cui il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti ricevano il suggello dell'omologazione.

Al minimo comune denominatore della “possibilità” seguono i necessari adattamenti, avuto riguardo alle differenti esigenze di tutela collegate all'uno o all'altro degli strumenti di governo della crisi o dell'insolvenza.

2. Definizione codicistica delle misure protettive

La legge delega, senza definirle, prevedeva la “*revisione della disciplina delle misure protettive*”, con riferimento “*alla durata e agli effetti*”, suggerendone “*la revocabilità*”,

su ricorso degli interessati, ove non arrechino beneficio al buon esito della procedura” (art. 6, comma 1, lett. b), L. n. 155 del 2017).

Per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, veniva ipotizzata l’assimilazione alla disciplina prevista per la procedura di concordato preventivo, in quanto compatibile (art. 5, comma 1, lett. c), L. n. 155 del 2017).

La possibilità di adozione di siffatte misure era prescritta anche per la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, con modalità *“simili a quelle previste nel concordato preventivo”*; tali misure erano delineate come *“revocabili su istanza dei creditori, o anche d’ufficio in caso di atti in frode ai creditori”* (art. 9, comma 1, lett. g), L. n. 155 del 2017).

Nel “Codice” le misure protettive sono descritte alla lettera p) dell’art. 2, norma che contiene un minuzioso campionario di nozioni: sono protettive le misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative procedimentali assunte per la regolazione della crisi o dell’insolvenza.

Nella bozza originaria constava una puntualizzazione supplementare, che vedeva consistere dette misure *“in particolare: a) nella inammissibilità di azioni esecutive o cautelari individuali sul patrimonio o l’impresa del debitore; b) nella sospensione dei processi esecutivi o cautelari pendenti; c) nel divieto per i creditori di acquisire titoli di prelazione se non concordati; in tali casi, le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le scadenze non si verificano”*.

La specificazione stralciata lascia intravedere come le misure tenute in conto dal Riformatore riprendessero, nella sostanza, il calco di quelle previste dall’art. 168 L. fall., salvo perderne l’automatismo, per sorreggersi su di una apposita istanza.

3 . Definizione codicistica delle misure cautelari

L’art. 2, lett. q), c.c.i. descrive le “misure cautelari” alla stregua di provvedimenti *“emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell’impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza”*.

In tal guisa, la norma enuclea due gruppi distinti di misure, suscettibili, peraltro, di adozione contemporanea e cumulativa: da un lato rilevano le misure conservative del patrimonio “statico” (ovvero di singoli beni, materiali o immateriali, rapporti e

valori), dall'altro vengono in rilievo le misure a salvaguardia dell'impresa "dinamica", intesa come attività economica, finalizzate a scongiurare il pericolo del depauperamento irreversibile dei valori aziendali, in conseguenza del relativo "fermo".

Gli strumenti cautelari trasfusi nell'art. 54 c.c.i. e adottabili in costanza di procedimento unitario rimangono contenutisticamente eterogenei, sulla falsariga dell'art. 15, comma 8, L. fall. Nondimeno, il legislatore della riforma ha avvertito l'opportunità di precisare la facoltà giudiziale di mettere sotto custodia l'azienda: il tribunale, sempre su impulso di parte, essendo facoltizzato a procedere alla "*nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio*", in buona sostanza è abilitato a sequestrarli (art. 54, comma 1, c.c.i.).

La precisazione non aggiunge nulla allo spazio del già possibile, ma non è di poco momento in quanto veicola un elemento di chiarezza, marcando la linea esterna della cautela, che vien fatta coincidere con la sostanziale ablazione del compendio produttivo: nulla preclude al giudice di anticipare l'effetto tipico della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale rappresentato dallo spossessamento, il che vuol dire che il provvedimento può determinare un effetto privativo equipollente a quello dei sequestri codicistici, senza necessità di chiamarne in causa l'impiego.

Se la norma codicistica mutua, salvo specificazioni, l'attuale art. 15, comma 8, L. fall., la novità saliente dimora nell'estensione della possibilità di disporre misure cautelari - oggi circoscritta al procedimento prefallimentare - anche alla procedura di concordato preventivo ed al procedimento per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Del resto, stante l'unitarietà del procedimento, ormai definito "*procedimento per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*", non v'era motivo di escludere la possibilità di adottare misure cautelari anche nell'ambito delle soluzioni alternative di affronto della crisi, ponendosi, anche in questi casi, esigenze conservative del patrimonio aziendale in vista dell'attuazione effettiva del programma concordatario o del piano di ristrutturazione dei debiti.

Il procedimento volto all'adozione delle misure cautelari è in tutto analogo a quello previsto per le misure protettive.

Anche nell'evenienza cautelare, la durata delle misure è funzionale alla finalità da esse perseguita, e quindi le stesse verranno meno con la sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale, o con il provvedimento che omologa il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Le misure cautelari, così come le misure protettive, potranno essere disposte anche dalla Corte d'Appello, in sede di reclamo avverso il provvedimento di rigetto della domanda di apertura della liquidazione giudiziale. A sancirlo testualmente è il comma

5 dell'art. 55, in forza del quale: *“I provvedimenti di cui all'articolo 54, commi 1 e 2 possono essere emessi anche dalla Corte di appello nel giudizio di reclamo previsto dall'articolo 50”*.

Non sembra palesarsi indispensabile che l'istanza sia già stata rivolta al giudice del primo grado, ben potendo la cautela essere richiesta in sede di gravame per la prima volta, quand'anche non siano mutate le circostanze, ma la parte legittimata abbia avvertito solo a quel punto l'urgenza di formulare l'istanza.

La competenza a pronunciare le cautele di cui all'art.55, comma 5, è nei casi in rassegna ovviamente collegiale.

Non è prevista la reclamabilità del provvedimento emesso dalla Corte d'appello, ma detto sbocco processuale deve ritenersi immanente alla natura di tale misura.

3.1 . Atipicità e strumentalità

Le misure cautelari preconcorsuali sono contrassegnate da una peculiare strumentalità, in quanto volte, non tanto alla cautela del credito vantato da chi le invoca, quanto alla conservazione di un doppio nucleo rappresentato dai valori aziendali e dalla *par condicio* fra i creditori.

La logica concorsuale è collettiva ed impone al giudice di astrarsi dall'orizzonte del singolo ricorrente per guardare alle esigenze della massa. Al di fuori delle procedure concorsuali, il creditore dispone di rimedi cautelari sui singoli cespiti dell'imprenditore, ma è all'interno di quelle che trovano ingresso provvedimenti cautelari a presidio dell'unitarietà e della continuità dell'impresa. Se così non fosse non vi sarebbe bisogno di un'espressa disposizione normativa, diretta ad “anticipare” in fase cautelare i caratteri dell'universalità oggettiva e della concentrazione, tipici delle procedure in parola, nel cui contesto, a differenza di quanto accade nell'esecuzione individuale, un unico magistrato esercita le funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità dell'intero procedimento ed un unico “custode”, designato dal magistrato, ha l'amministrazione e la disponibilità dell'intero patrimonio fallimentare.

Le misure cautelari devono consistere in provvedimenti “strumentali” ad effetti confermabili con la sentenza dichiarativa che apre la liquidazione giudiziale o omologa il concordato preventivo o l’accordo di ristrutturazione.

Nel quadro della liquidazione giudiziale, la richiesta di una misura cautelare postula una strumentalità connessa alla massimizzazione della liquidazione a beneficio della maggior soddisfazione della massa.

Viceversa, quando la misura è invocata per permettere all’imprenditore di operare in una sorta di percorso “riparato”, in funzione della ricerca di una alternativa alla liquidazione giudiziale, la strumentalità è rivolta ad assicurare gli effetti di tale diversa modalità procedimentale di risoluzione della crisi d’impresa.

Il legame tra merito e cautela va inteso, peraltro, non solo come riferito agli effetti propri della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di omologa del concordato preventivo o dell’accordo di ristrutturazione, ma anche a quegli ulteriori effetti che non si collegano automaticamente a tale pronuncia, ma che sono propri di atti che da essa derivano e che sono interni al susseguente procedimento concorsuale: si pensi al recesso o al subentro in contratti non eseguiti o alle scelte amministrative o gestionali che potrebbero essere assunte dall’organo concorsuale. Si tratta in questi casi di un’estensione degli ambiti di tutela cautelare che appare necessaria per esprimere in modo più completo la tutela dell’impresa. In tal senso, le norme sulla cautela esprimono un’apertura ampia all’intervento pregnante del Tribunale della crisi e dell’insolvenza sull’indirizzo delle future attività gestionali e liquidatorie.

È in quest’ottica che il legislatore ha optato per il contenuto atipico delle misure, non avendo inteso imbrigliare il Tribunale in schemi concettuali rigidi o precostituiti.

L’atipicità è intonata ai principi generali, perché è un connotato caratterizzante tutta la vicenda concorsuale, visto che atipici sono generalmente i contenuti dei piani di risanamento, quelli degli accordi di ristrutturazione, le modalità competitive di liquidazione dell’attivo, le condizioni del piano e delle proposte di concordato preventivo.

3.2 . I presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni juris* e la loro prova

L'atipicità delle misure cautelari lascia ampio margine di discrezionalità ai giudici nell'individuazione dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Il primo coincide con la probabile sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi necessari per l'apertura della liquidazione giudiziale o per l'omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione; esso si identifica pure nella verosimile esistenza del diritto del creditore, e specularmente del debitore, a vedere regolato i rapporti debito-credito nelle forme del concorso.

Quanto al *periculum in mora*, l'ampia formula utilizzata dal legislatore vorrebbe coprire ogni necessità passibile di presentarsi nelle more del procedimento unitario: da quella di evitare l'aggravamento del dissesto, a quella di non disperdere i valori aziendali. Il pericolo va letto allora in relazione alla finalità di scongiurare ulteriori esposizioni passive e di non determinare la disgregazione aziendale o patrimoniale dell'impresa [7]. Rileva dunque il rischio che, durante il procedimento di affronto della crisi o dell'insolvenza, possa essere lesa la capacità produttiva (in ciò dovendosi cogliere il riferimento alla tutela dell'impresa) oppure l'integrità fisica e/o giuridica, quindi il valore, dell'azienda (in ciò sostanziandosi la tutela del patrimonio). In tal senso, il *periculum* attiene alla possibilità che, in costanza di definizione del procedimento concorsuale, possa essere messa a repentaglio l'unità e la consistenza, fisica o giuridica dell'azienda, possano essere realizzati atti distrattivi o depauperativi, possano essere assunte nuove e consistenti obbligazioni, possa essere resa più difficile od incerta la liquidazione dell'attivo, possa essere vanificata o ridimensionata la possibilità della riallocazione dei valori aziendali o, ancora, possa essere compromesso il diritto di garanzia e di partecipazione ad un processo esecutivo concorsuale rispettoso della *par condicio creditorum* [8].

Il pericolo va riguardato con riferimento agli atti che il debitore è in procinto di compiere, non rilevando gli atti già compiuti [9].

Vasto e variegato il catalogo delle pronunce di merito maturate con riferimento all'art. 15, comma 8, L. fall. In una prospettiva molto largheggiante – in quanto disancorata dalla “bussola” della tutela del patrimonio e dell'impresa – si è persino ritenuto che il *periculum* possa dimorare nella necessità di tutelare i diritti dei lavoratori per consentire la prosecuzione del trattamento della Cassa Integrazione Guadagni [10].

Secondo un approccio ulteriore i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* addirittura affievoliscono, divenendo immanenti nella situazione di *mala gestio* che ha condotto alla presentazione di una istanza di fallimento [11].

La Corte di cassazione da, dal canto suo, ritenuto che nel corso del procedimento per la dichiarazione di fallimento, il tribunale sia investito di un potere officioso per accertare la sussistenza dei presupposti necessari alla concessione delle misure cautelari e alla pronuncia di fallimento [12]. In tal senso, il giudice chiamato a trattare la domanda cautelare, può d'ufficio svolgere le indagini istruttorie che reputa necessarie, il che trova il proprio fondamento nell'art. 669 *sexies*, comma 1, c.p.c., il cui testo è recepito integralmente dall'art. 55, comma 2, c.c.i., in forza del quale *“Il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione alla misura richiesta”*.

4. Le misure protettive nel quadro dei procedimenti di allerta

In virtù di sua iniziativa, ovvero in seguito alla sua audizione su segnalazione degli organi di controllo o dei creditori pubblici qualificati, individuati dall'art. 15 c.c.i. nell'Agenzia delle Entrate, nell'Inps e nella Agenzia della Riscossione, l'imprenditore in crisi può proporre istanza per la composizione assistita della crisi. In questo quadro, l'esigenza dell'adozione di misure protettive è rivolta a garantire il buon esito di detta procedura.

La legge non ipotizza un contenuto predeterminato della composizione: l'accordo è a “schema libero” ed è suscettibile d'esser concluso con tutti o con alcuni soltanto dei creditori dell'imprenditore. Le misure protettive vanno adattate, pertanto, alle specifiche finalità perseguite da quest'ultimo e conformate sulla struttura dell'azienda, sugli sviluppi possibili della sua attività, sull'andamento delle trattative promosse.

L'art. 20, comma 1, c.c.i. prevede che, dopo l'audizione dinanzi all'organismo di composizione della crisi, il debitore che abbia *“presentato istanza per la soluzione concordata della crisi può chiedere alla sezione specializzata in materia di imprese di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n.168, individuata a norma dell'articolo 4 del medesimo decreto legislativo, avuto riguardo al luogo in cui si trova la sede dell'impresa, le misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso”* [13].

Le misure possono essere, all'evidenza, richieste esclusivamente dall'imprenditore, non da altri soggetti, in quanto nessun di questi riveste, nel contesto stragiudiziale di composizione della crisi, il ruolo di parte.

È necessaria, comunque, l'assistenza legale, venendo in rilievo una domanda da proporre al Tribunale competente ai sensi dell'art. 9, comma 2.

L'emissione delle misure protettive è governata solo tendenzialmente dal principio della domanda e dal principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato [14]. In effetti, l'interesse pubblico sotteso alla regolazione della crisi e dell'insolvenza determina un superamento dello scopo soggettivo del processo, che infatti assume un contenuto oggettivo. In tal guisa, non appare necessario che il debitore illustri nel dettaglio quale misura

protettiva intenda ottenere, apparendo semplicemente indispensabile che indichi l'obiettivo che persegue con la divisata misura protettiva; il Tribunale, nei limiti delle finalità dichiarata, potrà adottare quella misura che consideri nella specie più utile, anche concedendone una diversa da quella abbozzata o modulando sul caso concreto l'efficacia di quella invocata. Tale conclusione è il corollario dell'assenza di un contenuto prefissato delle misure, di talché sarebbe incongruo subordinarne l'emissione ad una domanda analitica e vincolante del debitore, tanto più che il contenuto del provvedimento potrebbe dipendere dalle indicazioni provenienti dall'OCRI (o dell'Organismo di composizione della crisi nel caso di imprenditore non fallibile) che collabora con l'imprenditore nella ricerca della soluzione più opportuna. Se si considera che il procedimento di composizione assistita mira a supportare il debitore nella ricerca di un accordo stragiudiziale parificato al piano attestato di risanamento o di agevolare la presentazione di una domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti o di concordato preventivo, appare logico e coerente che le misure protettive ex art. 20 puntino a coprire la fase della procedura di assistenza in senso stretto, che è quella destinata a sfociare nell'accordo stragiudiziale anzidetto o nella soluzione concorsuale alternativa alla liquidazione giudiziale.

Ovvio, poi, che in ipotesi di successiva presentazione di una domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti o di ammissione alla procedura di concordato preventivo, vengano in rilievo le misure protettive previste per tali procedure.

La competenza ad emettere le misure protettive nella soluzione concordata della crisi spetta sempre alla Sezione specializzata in materia di impresa, presente nel

solo tribunale sede distrettuale, che quindi può essere diverso da quello deputato a conoscere i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza del medesimo imprenditore.

Trattandosi di misure destinate a facilitare le negoziazioni tra il debitore ed i creditori, esse avranno una durata iniziale contenuta entro un tetto massimo di “tre mesi”, prorogabili di ulteriori tre, *“a condizione che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo, su conforme attestazione resa dal collegio di cui all'art. 17”* (art. 20, comma 3) [15]. È dunque previsto un controllo effettivo, da parte del tribunale, sugli sviluppi nelle trattative, quindi sulla serietà ed effettività delle stesse: sono *“significativi”* gli sviluppi che rendono verosimile il proficuo approdo negoziale.

L'emanazione delle misure protettive è affidata ad una procedura semplificata che rimanda, salva la clausola di compatibilità, al procedimento regolato dagli artt. 54 e 55 in tema di misure protettive e cautelari connesse al procedimento unitario.

Non è prevista l'audizione di controinteressati [16]. Nel contempo non è, inoltre, disposto che vengano “sentiti” i creditori, quand'anche sia stata richiesta la misura del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive; rimane, infatti, affidato al successivo ed eventuale reclamo l'integrale dispiegarsi del contraddittorio.

Ai sensi del secondo periodo del comma 2 dell'art. 20, il tribunale *“può sentire i soggetti che abbiano effettuato la segnalazione o il presidente del collegio di cui all'art. 17”*.

Segnatamente, a tenore del comma 5 dell'art. 54, il presidente del tribunale o il presidente della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, fissa con decreto l'udienza entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della domanda, salvo, con provvedimento motivato, non decida di calendarizzarla entro un termine non superiore a quarantacinque giorni. All'esito dell'udienza, provvede senza indugio, con decreto motivato, fissando la durata delle misure.

Il giudice può emettere innanzitutto provvedimenti atipici. Sembra connaturale al sistema che questi ultimi possano incidere su diritti di terzi, come testimoniato dalla declinazione in tal senso delle misure tipiche previste dalla legge, di cui faremo cenno poco oltre.

Tra i provvedimenti idonei a ridondare sulla sfera giuridica di terzi e non costituenti esercizio di diritti già facenti parte del patrimonio del debitore, va annoverata la

sospensione dei contratti pendenti, che invero non innesca un pregiudizio definitivo e irreversibile.

In termini negativi va vista, invece, la possibilità che il provvedimento del Tribunale si spinga ad ordinare ai terzi il compimento di attività positive, quali la concessione di linee di credito o il mantenimento coatto di quelle esistenti o l'esecuzione di forniture o la concessione di dilazioni di pagamenti. Siffatti provvedimenti avrebbero un'efficacia non temporanea ma necessariamente perentoria e conclusiva, in aperta violazione della finalità della soluzione concordata (che tende, esclusivamente, a favorire gli accordi volontari tra debitore e creditori) e in distonia rispetto al limite intrinseco dell'irreversibilità degli effetti della misura, in ragione del quale i provvedimenti aventi un'efficacia definitiva non possono ricondursi entro il recinto dell'art. 20, tanto più che il sacrificio del terzo non potrebbe essere neppure compensato con la concessione della prededuzione, attesa la natura non concorsuale della procedura in questione.

Tra i provvedimenti aventi carattere protettivo che il Tribunale può emanare ai sensi dell'art. 20, comma 1, c.c.i., rientrano gli ordini di sospensione di segnalazione di mancati pagamenti in talune banche dati pubbliche e private tra cui anche la Centrale dei Rischi. È noto che la segnalazione di mancati pagamenti possa determinare gravi pregiudizi al debitore, rendendo, nella normalità dei casi, definitivamente vana la richiesta di ulteriori finanziamenti.

È da escludere, invece, che possa essere disposta la sospensione della levata del protesto, essendo questa diretta a scopi di carattere pubblico ed orientata a tutela anche degli obbligati di regresso.

Qualche perplessità sussiste sulla possibilità di impartire l'ordine agli enti previdenziali di emettere certificato di regolarità contributiva, qualora ciò possa consentire all'impresa di proseguire l'attività economica che costituisce il presupposto per l'esito positivo delle trattative [17].

In aggiunta a quelle atipiche, l'art. 20, comma 4, delinea alcune misure protettive tipiche, in tutto analoghe a quelle che scattano *ope legis* a seguito del deposito della domanda di omologazione di concordato preventivo (art. 89 c.c.i.), suscettibili di essere chieste per tutta la durata del procedimento, non indefettibilmente connesse alla necessità di condurre a termine le trattative, non sottoposte ai termini originari (tre mesi) che contrassegnano quelle tratteggiate dal comma 1 della norma anzidetta. Dette misure tipiche sono funzionali a scongiurare i contraccolpi del percorso intrapreso sul funzionamento della società e a esonerare gli amministratori



da responsabilità omissive che altrimenti si configurerebbero. In altri termini, esse trovano una giustificazione tangibile nella attitudine ad evitare la paralisi della società nel tempo necessario alla ricerca della soluzione concordata della crisi [18] ; non è un caso che consistano nel differimento degli obblighi societari previsti dagli artt. 2446, commi 2 e 3, c.c. (riduzioni del capitale sociale per perdite nelle s.p.a.) [19] , 2447 c.c. (aumento del capitale sociale in caso di riduzione al di sotto del limite legale), 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6, c.c. (riduzione del capitale sociale per perdite nelle s.r.l.), 2482-*ter* c.c. (riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale nelle s.r.l.). Tra gli strumenti *de quibus* va, poi, annoverata anche la non operatività delle cause di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, n. 4), e 2545-*duodecies* c.c. [20] .

La sospensione, eventualmente disposta dal Tribunale, dell'efficacia delle cause di scioglimento comporta il venir meno anche dell'obbligo di depositare presso il Registro delle Imprese la relativa dichiarazione di accertamento, benché sospendere l'informazione sul verificarsi della liquidazione durante la fase di soluzione concordata della crisi possa portare a delle conseguenze assai pregiudizievoli per i terzi che, non a conoscenza della crisi (per effetto della prevista natura confidenziale e riservata dalla soluzione concordata della crisi), potrebbero essere indotti a considerare completamente affidabile la società, senza neppure potere far conto sulla responsabilità degli amministratori, esonerati dalla sospensione prevista dall'art. 20.

Tra le misure protettive tipiche dipendenti dalla semplice richiesta del debitore, salvo conferma degli effetti da parte del giudice, l'art. 54, comma 2, c.c.i. annovera, peraltro, il divieto, per i creditori per titolo o causa anteriore, sotto pena di nullità, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore [21] . Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano.

Ai sensi dell'art. 54, comma 4, tale misura può essere chiesta dal debitore anche nella sua domanda di composizione concordata della crisi. Detta domanda può essere pubblicata nel Registro delle Imprese, spiegando l'effetto, in base al comma 2 della norma appena richiamata, sempre dalla pubblicazione [22] .

È espressamente previsto ex art. 55, comma 3, che soltanto i provvedimenti relativi al divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive siano impugnabili innanzi al Tribunale collegiale da ogni eventuale controinteressato (ma anche, ancorché non sia stato specificato, dall'imprenditore); il termine per l'impugnazione è di dieci giorni

dall'eventuale pubblicazione del provvedimento nel registro delle imprese; negli altri casi, si deve ritenere che il termine di dieci giorni decorra dalla sua effettiva conoscenza, non potendo trovare applicazione le altre previsioni dell'art. 124 richiamato dall'art. 55.

Non è, dunque, prevista espressamente alcuna impugnazione per gli altri provvedimenti; anzi, la relazione accompagnatoria ne esclude la necessità, essendo misure intrinsecamente provvisorie. Tuttavia, deve ritenersi possano trovare applicazione le regole fissate dagli artt. 669-*bis* – 669-*quaterdecies* c.p.c., in quanto indirizzate a tutte le misure cautelari quale che sia la legge che le contempli. Quindi, sembra difficile escludere la reclamabilità dei provvedimenti almeno da parte del debitore istante, se del caso secondo le forme previste dall'art. 124 c.c.i., sia qualora il Tribunale non abbia concesso la misura, sia qualora essa sia difforme rispetto a quella domandata.

Le misure *ex art. 20 c.c.i.* sono ancillari allo svolgimento delle trattative, ragion per cui, se, in qualunque momento, il collegio nominato per la composizione della crisi segnala che non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata, o che non vi sono significativi progressi nella realizzazione di misure idonee a superare la crisi, oppure, ancora, se risultano commessi atti di frode nei confronti dei creditori, esse possono essere revocate, anche d'ufficio (art. 20, comma 5, c.c.i.).

5 . Il procedimento per la concessione delle misure protettive e cautelari nel quadro delle procedure concorsuali

Nel sistema disegnato dalla legge delega e dal decreto delegato, l'ammissione ad una delle procedure concorsuali principali (liquidazione giudiziale, concordato preventivo, accordo di ristrutturazione dei debiti) passa attraverso quello che è stato definito "*procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*". Nell'ambito di tale procedimento unitario, la possibilità di richiedere l'applicazione di misure protettive si snoda attraverso un sub-procedimento incidentale di competenza monocratica [23].

Nel contesto subprocedimentale deve reputarsi necessaria, *ex art. 82, comma 3, c.p.c.* e in difetto di contraria disposizione, la difesa tecnica.

L'emissione delle misure cautelari e protettive è affidata al giudice che, ai sensi dell'art. 27, conosce della domanda introduttiva del procedimento nell'ambito del quale le misure sono richieste. L'art. 55, comma 1, c.c.i., fa riferimento, invero, al magistrato incaricato appositamente dal Presidente del Tribunale o della Sezione ovvero al relatore già delegato per l'audizione delle parti nelle procedure già iniziate. Per quanto concerne le misure cautelari, evocate dal comma 1 dell'art. 54 c.c.i., il procedimento è ispirato all'archetipo del rito cautelare uniforme disciplinato dal codice di procedura civile: il giudice, infatti, *“sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione alla misura richiesta e, quando la convocazione potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato, assunte sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di convocazione delle parti avanti a sé, ove già non disposta ai sensi dell'art. 41 [udienza per l'apertura della liquidazione giudiziale], assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti. All'udienza il giudice con ordinanza conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto”* (art. 55, comma 2, c.c.i.).

Dunque, in conformità alle regole generali dettate per i provvedimenti cautelari, il giudice potrà emettere con il decreto di convocazione delle parti, ogni provvedimento interinale opportuno, in attesa di detta convocazione, all'esito della quale provvederà senza indugio all'eventuale modifica o conferma della misura. Il decreto di convocazione dovrà essere notificato entro un turno ristrettissimo di giorni dall'emanazione.

Il diritto di difesa, quindi di interlocuzione, del debitore è sommamente salvaguardato benché sia la cameraltà del rito a governare la vicenda processuale.

Merita rilevare che lo schema procedimentale è estremamente scarno e semplificato, essendo il giudice libero di procedere come meglio ritenga opportuno, con il solo limite di garantire un adeguato contraddittorio.

L'individuazione dei soggetti cui estenderlo è probabilmente la questione di maggiore complessità. L'art. 55 c.c.i. fa riferimento alle *“parti”*. Se nel procedimento sono già presenti più parti (come nel caso della richiesta presentata nell'ambito di un procedimento per l'apertura della liquidazione in cui sono presenti più creditori) è necessario che al medesimo partecipino tutti.

L'estensione del contraddittorio, ex art. 102, comma 2, c.p.c., va necessariamente valutata in ragione degli effetti dell'emanando provvedimento [24] , attesa



l'ammissibilità dell'emanazione di misure aventi come destinatari passivi soggetti terzi rispetto alle parti del procedimento pendente per la dichiarazione di fallimento. L'art. 55 non esige, di contro, l'audizione dei controinteressati. In più è prevista solo l'assunzione eventuale di terzi a "*sommario informazioni*". In linea generale, assumono certamente la veste di contraddittori i soggetti, specificamente individuabili, nei cui confronti i provvedimenti cautelari possono dispiegare immediatamente efficacia, quali gli amministratori o gli organi di controllo. Non può, del resto, escludersi che il giudice possa ritenere opportuna la convocazione di taluni creditori, da indicare nel provvedimento di fissazione di udienza, specialmente interessati alla misura, come quelli che già hanno promosso azioni esecutive in danno del debitore se venga richiesto un provvedimento che incida sulla loro posizione [25]. In ogni caso, ai controinteressati sarà garantito un contraddittorio "di recupero" mediante il mezzo del reclamo avverso la misura adottata dal tribunale dal quale assumano di essere lesi.

Del resto, la riconducibilità delle misure in oggetto al *genus* dei cautelari c.d. *extra vagantes* [26] comporta l'applicabilità delle regole del processo cautelare uniforme disciplinato dagli artt. 669 *bis* ss. c.p.c. secondo il criterio di compatibilità indicato dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. [27] e la norma sul reclamo appare certamente compatibile.

In questo quadro, dette misure sono reclamabili, modificabili, revocabili.

Nella giurisprudenza di merito maturata sull'art. 15, comma 8, si è talvolta esclusa l'assoggettabilità al reclamo *ex* art. 669 *terdecies* c.p.c. dei provvedimenti cautelari, in considerazione della loro efficacia interinale, limitata alla durata dell'istruttoria prefallimentare, di gran lunga più ridotta rispetto a quella di un giudizio ordinario [28]. Detto orientamento fa attrito col dato letterale dell'art. 669-*terdecies* e con l'insegnamento del giudice delle leggi, che ha dichiarato non fondata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 669-*terdecies* sollevata sotto il profilo della mancata previsione del reclamo contro provvedimenti cautelari emessi dal tribunale in sede collegiale, in quanto la norma può e deve essere interpretata nel senso dell'esclusione della irreclamabilità, con la possibilità per l'interprete di individuare l'organo competente a conoscere del reclamo nel giudice superiore, ovvero in un'altra sezione del tribunale o, in mancanza, nel tribunale più vicino [29].

La natura sommaria della cognizione cautelare impone comunque che vengano conservate le garanzie previste dal legislatore del '90 per consentire un controllo

sull'esercizio del potere urgente. E per la verità, a dispetto dei tempi contenuti entro cui dovrebbe tendenzialmente svolgersi l'istruttoria funzionale all'apertura della liquidazione giudiziale o all'omologa degli accordi e dei concordati, il reclamo finisce per essere, su un piano di sistema, estremamente utile, soprattutto nelle ipotesi in cui la misura concessa non corrisponda a quella richiesta.

Pertanto, ancorché il comma 3 dell'art. 55 ipotizzi il reclamo unicamente avverso il decreto di conferma o di revoca del blocco "protettivo" all'avvio o alla prosecuzione di azioni esecutive richiesto con la domanda di accesso al procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza ex art. 40 c.c.i., la reclamabilità generale dev'essere ritenuta proprio in conformità all'art. 669-*terdecies* c.p.c. Piuttosto, il solo nodo irrisolto rimane quello relativo alla disciplina del reclamo, che potrebbe dirsi comunque soggetto al regime dell'art. 124 c.c.i., in luogo di quello dell'art. 669-*terdecies*, c.p.c., per ragioni di omogeneità delle regole fra misure protettive e cautelari [30].

Qualora - come espressamente previsto, sia dall'art. 2, lett. d), della legge delega n. 155 del 2017, sia dall'art. 55, comma 5, c.c.i. - la misura cautelare sia emessa dalla corte d'appello, il reclamo cautelare può essere proposto ad altra sezione della stessa corte o alla corte d'appello più vicina.

In quanto ritenuti sprovvisti dei caratteri di decisorietà e definitività, i provvedimenti in parola sono reputati dalla Suprema Corte non ricorribili per cassazione [31].

Che le misure in commento siano suscettibili di essere emesse *inaudita altera parte* è adesso specificamente previsto dal comma 2 dell'art. 55, che si premura di investire il giudice che emetta decreto motivato dell'onere di fissare a brevissimo termine l'udienza davanti a sé per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti emanati

Viene ora precisato, dal comma 4 dell'art. 55 c.c.i., che nel caso in cui emergano atti di frode da parte del debitore, su istanza del commissario giudiziale, delle parti del procedimento o del pubblico ministero, il tribunale può revocare o modificare le misure. La medesima disposizione si applica - come si è visto prima (v. Par. 4) - quando il tribunale accerta che l'attività intrapresa dal debitore non è idonea a pervenire alla composizione assistita della crisi o alla regolazione della crisi e dell'insolvenza.

La procedura per la revoca è in questo caso semplificata, ma sorretta dall'istanza di parte e improntata al contraddittorio fra le parti, che infatti vanno "*sentite*";



diversamente da quanto accade nel contesto dell'art. 20 c.c.i. la revoca non può, dunque, avvenire d'ufficio.

Sulla base del paradigma generale in punto di tutela cautelare, qualora si verifichi un mutamento delle circostanze, la domanda protettiva-cautelare potrà essere riproposta (art.669 *septies*, c.p.c.).

Del pari, i mutamenti di circostanze o l'allegazione di fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successiva potranno stare alla base dell'eventuale revoca dei provvedimenti protettivi o cautelari. Invero, la norma *ad hoc* in punto di revoca, ora contemplata al comma 4 dell'art. 55 prima esposto, non è di per sé incompatibile con la revocabilità anticipata del provvedimento, qualora sussistano ragioni che suggeriscano di riallineare la cautela concessa alle modifiche nel frattempo intervenute nella situazione di fatto, prima che si approdi alla sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale oppure omologa il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione.

In consonanza con la natura cautelare dei provvedimenti di che trattasi ed in applicazione dell'art. 9 c.c.i., i termini non sono sospesi nel periodo feriale.

Non pare esservi spazio per la condanna al pagamento delle spese processuali trattandosi di misure emesse nell'ambito delle procedure destinate alla regolamentazione della crisi e/o dell'insolvenza nelle quali non è individuabile una parte soccombente.

In linea generale, le misure in disamina sono misure non ultrattive, che posseggono un'efficacia limitata alla durata del procedimento, quindi si prestano a ricevere conferma o scontare revoca, in virtù del provvedimento che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o pronuncia sull'omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione.

Parzialmente difforme è il procedimento correlato all'emissione delle misure protettive previste dall'art. 54, comma 2, che si compendiano nell'inibitoria, dietro specifica istanza, a proseguire od iniziare azioni esecutive o cautelari. Infatti, l'art.55, comma 3, dispone che il giudice, entro trenta giorni dall'iscrizione dell'istanza in parola nel registro delle imprese, a pena di chiusura *ipso iure* dell'ombrello protettivo, provvede ad assumere, se del caso, sommarie informazioni, quindi a confermare o revocare l'inibitoria, stabilendone la durata.

In questo caso è significativamente mancante – benché nulla osti a che il giudice scelga di articularlo nella premessa finestra temporale – l'instaurazione del contraddittorio, che viene riconquistato, tuttavia, in sede di reclamo.

5.1 . L'istanza di parte e la relativa rinuncia

Anche nel quadro del “Codice della crisi e dell’insolvenza” i provvedimenti cautelari e protettivi sono adottati su istanza di parte (creditore, pubblico ministero o debitore stesso) contenuta nel ricorso finalizzato all’avvio della liquidazione giudiziale o all’accesso ad altra procedura di regolazione della crisi (art. 54, comma 1).

La medesima istanza è suscettibile all’evidenza pure di successiva formulazione.

Viceversa, il riferimento, contenuto nella norma evocata, al “*corso del procedimento*”, conduce ad escludere la proponibilità dell’istanza *ante causam*: essa è strutturalmente e funzionalmente subordinata alla pendenza di un giudizio finalizzato alla verifica della sussistenza dei presupposti di apertura della procedura concorsuale.

Tutti coloro che possono instare per l’apertura della liquidazione giudiziale o per l’accesso al concordato o all’accordo possono avanzare la richiesta delle misure provvisorie previste dall’art. 54 c.c.i.: anche il debitore, e non soltanto il creditore, può avere interesse a proporre finanche una domanda cautelare, ottenendo un provvedimento che schermi la sua gestione d’impresa fino all’apertura della liquidazione giudiziale o della procedura alternativa, o per evitare esiziali aggressioni al proprio patrimonio da parte dei creditori. Già nel sistema vigente alla luce degli artt. 6 e 14 L. fall. che permettono il c.d. “autofallimento”, la legittimazione a richiedere i provvedimenti cautelari *de quibus* è ascritta anche al debitore, tenuto a salvaguardare la garanzia patrimoniale a tutela del soddisfacimento dei propri creditori e a non ritardare il fallimento nel caso di insolvenza [32].

Le misure possono essere richieste dal pubblico ministero che agisca, ai sensi dell’art. 38, per l’apertura della procedura di liquidazione. Detto organo, nella gran parte dei casi, richiederà i provvedimenti per ragioni diverse dalla tutela dell’attività economica, declinandoli in funzione preventiva rispetto a fattispecie di reati fallimentari in formazione, oppure nella prospettiva del recupero di quelle attribuzioni che il legislatore ha inteso sottrargli sul piano generale per ridimensionare l’intervento pubblico nella vita dell’impresa, a cominciare dal venir meno della legittimazione al ricorso ex art. 2409 c.c. (salvo per le società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio).

La legittimazione è radicata anche in capo agli organi di controllo del debitore e alle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e vigilanza sull’impresa,

posto che i medesimi sono legittimati, ai sensi dell'art. 37, comma 2, c.c.i. a richiedere la liquidazione giudiziale.

Una criticità immanente alla disciplina dei provvedimenti in discorso si ritrova nell'atteggiarsi dell'impulso di parte, perlomeno quando a dare impulso all'adozione di essi siano i creditori, normalmente animati da obiettivi eccentrici rispetto alla tutela della attività economica e calibrati, almeno tendenzialmente, sul rafforzamento della propria garanzia patrimoniale.

Purché il giudice, nel rispetto del contraddittorio fra le parti, si mantenga nell'ambito oggettivo della richiesta di parte, egli può forgiare la consistenza della misura cautelare secondo ampia discrezionalità. La tutela non è strumentale ad un diritto del creditore che la promuove, ma diretta a consolidare e rinvigorire la successiva liquidazione fallimentare sul piano dei valori monetizzabili.

Il tribunale, fermo e impregiudicato l'oggetto segnato dall'istanza, indicherà le modalità di esecuzione della misura e, ai fini dell'opponibilità giuridica ai terzi, ne disporrà l'iscrizione nei pubblici registri. In altri termini, l'istanza costituirà una mera occasione per prefigurare, dal punto di vista del richiedente, gli scopi della tutela invocata, in modo che il provvedimento del giudice sia correttamente ritagliato sulle esigenze prospettate.

L'atipicità del contenuto delle misure, che apre ampi spazi alla richiesta dei provvedimenti più adatti alla tutela del diritto sostanziale, va elasticamente raccordata con gli artt. 99 e 112 c.p.c. In tal senso, l'istanza del ricorrente deve individuare, oltre al diritto cautelato, la categoria dei provvedimenti idonei a sventarlo, di talché il compito del giudice possa essere svolto nel sostanziale, ma non formalistico, rispetto del principio della domanda e di quello della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, senza cedimenti verso funzioni di polizia del processo troppo pubblicisticamente intese. In questa cornice, l'autorità giudiziaria potrà effettuare una diversa qualificazione dei fatti allegati dal richiedente o indicare differenti forme di esecuzione della misura, rimanendo nell'alveo oggettivo della richiesta di parte.

Il procedimento unitario si inquadra, a pieno titolo, nella giurisdizione contenziosa, in quanto procedimento a parti contrapposte ove si decide di diritti soggettivi. Il fatto che il giudizio non miri alla tutela dell'interesse del singolo, ma della pluralità di interessi coinvolti, comporta la conseguenza che, in caso di rinuncia dell'istante alla domanda, sussiste la possibilità che nella richiesta cautelare subentri uno dei diversi soggetti che hanno analoga legittimazione all'avvio del procedimento unitario, i

quali mirano, allo stesso modo, ad evitare, attraverso i provvedimenti cautelari e conservativi la potenziale disgregazione aziendale o patrimoniale dell'imprenditore fallendo. A sorreggere la concessione della misura, e a conservare gli effetti del provvedimento eventualmente concesso, occorrerà in ogni caso l'espressa volontà di uno dei soggetti legittimati a rimpiazzare il richiedente originario nell'istanza, mentre non sarà sufficiente che il rimedio cautelare sia stato chiesto a presidio dell'intero ceto creditorio.

5.2 . Attuazione e assorbimento.

La competenza in materia di congegni cautelari e protettivi è monocratica. L'attuazione delle misure cautelari (le protettive non ne hanno necessità) mutuerà la disciplina dall'art.669-*duodecies* c.p.c., posto che gli artt. 54 e 55 c.c.i. vanno integrati con le norme stabilite per il c.d. "procedimento cautelare uniforme" di cui agli artt. da 669 *bis* a 669 *terdecies* c.p.c. Tale principio è stato condiviso unanimemente dalla giurisprudenza nella vigenza dell'art. 15, comma 8, L. fall. [33] .

Prima dell'instaurazione del procedimento volto all'apertura della procedura concorsuale, lo spazio è occupato da eventuali misure cautelari penali: è legittima l'applicazione di misure cautelari personali per detto reato anche prima della pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento, qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 238, comma 2, L. fall. per l'esercizio anticipato dell'azione penale, ossia quando concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione suddetta [34] .

L'art. 59, comma 4, dello schema di codice della crisi e dell'insolvenza licenziato dalla Commissione di riforma, in modo espresso ed analitico, prevedeva che "*Le misure [cautelari] disposte hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermate o revocate dal provvedimento che dichiara l'apertura della ... [procedura concorsuale]. La pronuncia che conferma la misura può disporre la conservazione degli effetti protettivi stabilendone la durata e le modalità*". Questa previsione, forse in quanto ritenuta espressione di un principio generale, è stata espunta dal decreto emanato, benché possa essere considerata persistentemente applicabile.

Gli effetti di tutte le misure, in ogni caso, vengono meno con la sentenza che pronuncia la liquidazione od omologa la domanda di concordato, che li assorbe, ovvero con il decreto che rigetta la domanda, che li travolge *ex tunc*.

6 . I contenuti delle misure

In un'ottica tassonomica, vengono in rilievo: i) misure di carattere tradizionalmente conservativo, sul modello del sequestro conservativo o giudiziario [35]; ii) misure di matrice inibitoria, come l'impedimento di atti dispositivi diretti ad alterare la *par condicio creditorum*, l'ordine di sospensione dei pagamenti impartito al debitore ed al terzo pignorato, l'interdizione relativamente al compimento atti di straordinaria amministrazione, con la necessità per l'imprenditore di munirsi di autorizzazione preventiva del tribunale [36]; iii) misure di carattere anticipatorio, come la sospensione di azioni esecutive in corso o del compimento di specifici atti esecutivi; iv) misure di tipo innovativo, come la designazione di un curatore speciale per gli atti urgenti oppure la nomina di amministratori giudiziali e la contestuale esautorazione di quelli in carica [37] oppure l'affiancamento ad essi di un custode, cui ogni decisione di straordinaria amministrazione debba essere sottoposta per l'approvazione [38].

La scarna formulazione legislativa dell'art. 2, lett. q), che fa riferimento ai *“provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione dell'insolvenza”*, nel tenere la scia dell'art. 15, comma 8 (che contiene analoghi rimandi al patrimonio e all'impresa), suggerisce un contenuto rimesso alla discrezionalità del giudice, nell'ottica di rispondere nel modo più opportuno alle esigenze del caso specifico [39].

In questa intelaiatura, l'art. 54, comma 1, ribadisce per un verso la correlazione necessaria tra la misura emessa e gli effetti finali del provvedimento di apertura della liquidazione o di omologa del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione, per altro verso reca una proficua puntualizzazione, per ciò che include espressamente tra le prerogative del tribunale *“la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio”*.

Oltre che a fare da “scudo” all'attività economica nel suo complesso, sottoponendola ad un esercizio variamente controllato e riparato, le misure in parola possono volgersi alla conservazione di beni anche immateriali o di rapporti.

Ovviamente, in tanto gli strumenti in esame assolvono alla funzione teleologica che assegna loro il sistema, in quanto non valgano ad imbrigliare l'impresa, fino a burocratizzarne – svuotandola – l'attività. In tal senso, si possono senz'altro immaginare blocchi alla stipulazione di contratti e atti dispositivi [40] o

all'effettuazione di pagamenti [41] , come pure si possono ipotizzare nomine di curatori per il compimento di atti specifici (come l'esecuzione di un contratto essenziale ai fini della continuità) o la cura di determinati adempimenti, ma ben più congeniale alla quotidianità liquida e mutevole dell'impresa si mostra un provvedimento che, scanditi obblighi di informazione entro brevi e contingentate scadenze (magari con un *focus* specifico sia sugli atti che impattino su debiti già a bilancio, sia sugli atti che abbiano coinvolto soggetti altri rispetto a quelli, per così dire "noti", in quanto risultanti dalle strutture contabili), si limiti a sottoporre ad un filtro autorizzatorio le sole condotte di straordinaria amministrazione, nel contempo lasciando all'autonomia d'esercizio il complesso delle iniziative gestorie che rimangano dentro una cornice monetaria predeterminata [42] .

6.1 . I sequestri c.d. "prefallimentari"

Il sequestro preventivo è ritenuto tradizionalmente strumento inutilizzabile laddove l'oggetto sia costituito da un'azienda [43] , sulla base di un elemento di natura storica [44] e di un ostacolo d'indole giuridica, scorto nell'art. 2912 c.c., il quale – disponendo che il pignoramento comprende accessori, frutti e pertinenze – delinea le dimensioni massime di siffatto vincolo, fissando così gli invalicabili limiti della conversione del sequestro in pignoramento.

La negazione della possibilità di sottoporre a sequestro conservativo l'azienda è stata, peraltro, contraddetta dalle norme che lo consentono a tutela dei crediti erariali (art. 22 D.Lgs. n. 472 del 1997 e successive modifiche) e all'ambito penale (art. 316 c.p.p.).

Nel quadro dell'insolvenza, i sequestri conservativi si atteggiano a provvedimenti cautelari miranti, da un lato, ad impedire l'alienazione dei beni ad opera dell'imprenditore, dall'altro, ad evitare l'instaurazione o la prosecuzione di procedimenti esecutivi su singoli beni appartenenti all'imprenditore stesso o l'acquisizione di prelazioni in pregiudizio della *par condicio creditorum*.

Essi finiscono per mostrare sensibili divergenze, rispetto al sequestro conservativo tipico di cui all'art. 2905 c.c. e 671 c.p.c., che è provvedimento invero inidoneo a costituire un'anticipazione degli effetti della dichiarazione di fallimento, per ciò, che esso non costituisce intralcio al pignoramento dei beni da parte di un creditore munito di titolo esecutivo (arg. ex art. 499, comma 1, ed art. 158 disp. att. c.p.c.).

I sequestri conservativi prefallimentari, anticipano gli effetti della dichiarazione di fallimento; non si costruiscono sulla base della posizione creditoria del soggetto che richiede la misura, tant'è vero che legittimati alla richiesta sono anche il pubblico ministero e lo stesso imprenditore. Piuttosto si tratta di provvedimenti che vedono come beneficiaria l'intera massa dei creditori, incidendo sulle procedure esecutive in corso e su quelle in procinto d'essere intraprese. In tal senso, il *periculum in mora* che ne consente il rilascio va a soppesarsi sul rischio che le aggressioni individuali, nelle more della decisione sul fallimento, possano sortire assegnazioni o riparti nei confronti di taluni creditori, con effetti potenzialmente irrecuperabili per la massa.

Del tutto avulso dal mero sequestro conservativo di beni, rimane l'aspetto gestionale di reimpiego nell'interesse dell'impresa, essendo tale misura atta soltanto a cristallizzare il patrimonio a tutela della successiva fase fallimentare.

Lo spossessamento, con attribuzione della gestione di alcuni beni ad un custode, è profilo che si accosta ontologicamente al modello del sequestro giudiziario.

E tuttavia la peculiarità del sequestro giudiziario d'ambito concorsuale sta in ciò, che lo strumento non adempie al compito di anticipare l'ablazione del compendio in vista dell'esito di una lite tra contendenti, bensì in relazione al subentro del curatore nell'amministrazione dei beni del fallito.

Proprio in carenza di una controversia sulla proprietà o sul possesso, sussiste qualche difficoltà a ritenere il tribunale astrattamente legittimato ad emettere una pronuncia di sequestro giudiziario [45]. Lo schema codicistico presuppone una controversia del tipo previsto dall'art. 670 c.p.c., che sembra ricorrere solo quando il sequestro sia disposto nella prospettiva dell'esercizio dell'azione revocatoria da parte del curatore. In tal senso, al fine di ravvisare il requisito richiesto dalla norma in parola, rimane imprescindibile uno sforzo esegetico teso ad escludere l'imprescindibilità della controversia sulla titolarità dei beni (quale si avrebbe nella tradizionale figura di sequestro del codice di rito), a vantaggio di quella in ordine alla disponibilità degli stessi, cui la prospettiva concorsuale conduce.

Il sequestro giudiziario, calato in ambiente di crisi d'impresa e di insolvenza, consente di fronteggiare esigenze di carattere gestorio solo con specifici e marcati adattamenti. È necessario che il complesso produttivo sia sottoposto ad una amministrazione funzionale a finalità diverse dalla conservazione statica verso cui il sequestro è declinato. In questo senso, la divaricazione dal modello codicistico diventa fisiologica.

6.2 . L'esclusione dell'anticipazione di effetti della revocatoria fallimentare e altre cautele inattuabili

Le misure cautelari non devono giovare ad anticipare larvatamente gli effetti costitutivi della sentenza di fallimento [46] (quindi, ora, di apertura della liquidazione giudiziale). Proprio per la sua fisionomia costitutiva, detta pronuncia è irretroattiva, sicché non può essere precorsa dalle proprie conseguenze, le quali, finendo per prodursi a ritroso, suonerebbero davvero aberranti [47].

La facoltà giudiziale si condensa e si esaurisce nell'adozione di provvedimenti con spettro temporale circoscritto alla durata dell'istruttoria preconcorsuale, mentre fuoriescono da tale novero le domande volte a conseguire utilità non direttamente connesse agli effetti della pronuncia d'apertura della procedura o agli atti che in via immediata il curatore può compiere. In tal senso, appare difficilmente ipotizzabile l'utilizzo di un rimedio cautelare per far partire prima la clessidra del periodo sospetto delle azioni revocatorie o per anticipare gli effetti di un'eventuale revocatoria per pagamenti con mezzi anormali [48].

L'azione revocatoria è un'iniziativa giudiziaria suscettibile d'essere assunta e non un effetto diretto della dichiarazione di fallimento o un atto che, unilateralmente assunto dal curatore, può spiegare immantinentemente i propri effetti sulle sfere giuridiche altrui; essa, rappresentando una mera evenienza del successivo momento recuperatorio, presuppone un'iniziativa dell'organo concorsuale, l'avallo del comitato dei creditori in sede di approvazione del programma di liquidazione, l'autorizzazione del giudice delegato al fallimento, l'introduzione, infine, di un giudizio ordinario che si conclude, in caso di accoglimento della domanda, con una pronuncia di natura costitutiva che condanna l'*accipiens* alla restituzione del bene o del suo controvalore economico.

Non sembra, del pari, immaginabile che sia avviato per statuizione del tribunale il decorso dei termini *ex art. 10 L. fall.*

Qualche perplessità si registra in ordine alla possibilità di imporre a terzi, in via cautelare, il divieto di sciogliersi dai rapporti negoziali in corso, sostanzialmente preapplicando loro il regime dei rapporti pendenti nella liquidazione giudiziale (o nelle procedure di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione). In tal caso, il giudice stabilirebbe in modo singolare, con un provvedimento, il tempo di vigenza del regime giuridico del fallimento, scegliendone il *dies a quo*. Ciò non si compendierebbe in un'anticipazione degli effetti immediati della sentenza di

fallimento, che sono quelli essenzialmente acquisitivi dei beni nella disponibilità del fallito, al momento della dichiarazione di fallimento, ex art. 42 L. fall.

6.3 . La sospensione delle azioni esecutive

Un approccio restrittivo ha storicamente reputato impraticabile l'inibitoria delle azioni esecutive e cautelari di carattere individuale [49] . Viceversa, si è ritenuta l'adottabilità di una misura cautelare consistente nell'ordine ai creditori procedenti di costituire "conti correnti dedicati" su cui depositare le somme versate dal terzo *debitor debitoris* e la possibilità di disporre solo previa autorizzazione del tribunale [50] .

In un analogo orizzonte di vedute, altra pronuncia, benché non abbia disposto la sospensione della procedura esecutiva di pignoramento presso terzi, di competenza del giudice dell'esecuzione, ha esonerato temporaneamente il terzo dall'obbligo di pagamento in favore del creditore delle somme pignorate ed affidato la gestione del conto sul quale dette somme si trovavano ad un organo terzo, abilitato a procedere ai pagamenti essenziali per il funzionamento temporaneo dell'attività di impresa [51] .

Le perplessità proprie del riportato orientamento erano parzialmente giustificate dalla dimensione finalistica degli strumenti cautelari e protettivi, rappresentata dalla conservazione dei valori aziendali in vista dell'apertura del concorso, non dalla minuta tutela del credito. In realtà, la giustificazione appariva sdruciolevole, posto che la sospensione delle procedure esecutive risponde sempre ad una finalità di salvaguardia della liquidazione, ove si consideri che, quale che sia l'obiettivo tenuto in conto dal richiedente, la misura giova a tenere dentro alla liquidazione un bene che altrimenti verrebbe alienato coattivamente altrove. Il problema era, piuttosto, nell'antinomia registrata su un piano di sistema di fronte ad un provvedimento del giudice trascinante nella violazione di una competenza funzionale di un altro magistrato, quello dell'esecuzione individuale, il quale ha una prerogativa tipica ed esclusiva sulla sospensione. La misura sospensiva adottata in sede concorsuale determina un'incursione in un processo che vive di regole proprie e che viene a scontare una sospensione veicolata *ab externo*, la quale suona ancora più inconsueta se si considera che, ai sensi degli artt. 51 e 107 L.fall., quindi a fallimento



dichiarato è il giudice dell'esecuzione a dover pronunciare l'improcedibilità del giudizio espropriativo singolare.

Secondo una diversa prospettiva ermeneutica, nell'ambito del procedimento prefallimentare è possibile disporre, ai sensi dell'art. 15, comma 8, L.fall. la sospensione della vendita dei beni pignorati in una procedura esecutiva qualora appaia opportuno, da un lato, ad evitare la vendita di beni necessari alla prosecuzione dell'attività per consentire la presentazione di un piano idoneo a facilitare l'accesso dei lavoratori agli ammortizzatori sociali, dall'altro, a preservare la *par condicio creditorum* in funzione dell'eventuale accertamento dello stato di insolvenza [52].

In base ad un'analogia impostazione, si è sostenuta l'ammissibilità delle misure in esame, qualora volte ad impedire temporaneamente la vendita coattiva di cespiti immobiliari facenti parte del più ampio patrimonio aziendale, il quale, restandone impoverito, avrebbe portato un minor ricavo all'attivo fallimentare, con pregiudizio alla massa dei creditori [53].

Il secondo degli orientamenti descritti si lascia preferire già allo stato della legislazione vigente. La misura volta ad impedire la prosecuzione della procedura esecutiva già intrapresa, non elide il vincolo di indisponibilità derivante dal pignoramento già eseguito, ma ne dilaziona soltanto gli effetti espropriativi. E non anticipa gli effetti costitutivi della pronuncia di fallimento, ma, piuttosto, quelli protettivi del patrimonio del fallito che a quella si ricollegano ex art. 51 L. fall., norma che annovera, quale precipuo effetto della sentenza di fallimento, proprio il "divieto di azioni esecutive e cautelari individuali".

La precisazione contenuta nell'art. 54, comma 1, secondo cui "*se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'art. 40, dalla data di pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio*", consente di ritenere superata *funditus* la questione. Se l'art. 58, comma 2, dello schema iniziale stabiliva che "*Su richiesta del debitore o di coloro che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa o dei creditori il tribunale può disporre anche il divieto di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e dell'impresa, indicandone la durata. Entro il medesimo termine i creditori non possono acquisire titoli di prelazione se non concordati. Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le scadenze non si verificano*", la norma infine inserita nel "Codice" generalizza, a decorrere dalla

pubblicazione di una domanda in tal senso, una sorta di transitorio *automatic stay*. In definitiva, dietro specifica istanza conterà automatica inibitoria a iniziare o proseguire esecuzioni esecutive o cautelari [54], a prescindere dal fatto che il tribunale debba esprimersi sul concordato preventivo [55] o sulla liquidazione giudiziale, rispetto alla quale l'inibitoria in discorso costituisce un'eloquente novità, ignota al fallimento.

6.4 . Misure di controllo e direzione dell'impresa

Nel panorama giurisprudenziale le misure volte a porre l'impresa sotto il controllo e la direzione di organi riconducibili al tribunale ha assunto varie conformazioni.

Si è provveduto al sequestro giudiziario dell'azienda, con la nomina di un custode e il conferimento altresì a quest'ultimo il potere di compiere gli atti di gestione che spettano di norma all'organo amministrativo [56]. Si è scelta la via della nomina in via provvisoria di un commissario giudiziale, con affidamento al medesimo della gestione dell'impresa anche in sostituzione degli organi societari e del potere di compiere, previa autorizzazione del tribunale, atti di straordinaria amministrazione [57]. Si è optato per la nomina di un custode giudiziario dell'impresa in affiancamento all'amministratore della medesima, con sottoposizione da parte di costui al primo di tutte le decisioni di straordinaria amministrazione sino alla conclusione del procedimento prefallimentare [58]. Si è decisa la nomina di un amministratore giudiziario in sostituzione dell'amministratore della società, con poteri di ordinaria e, previa autorizzazione del tribunale, di straordinaria amministrazione [59].

Con riferimento al coacervo di ipotesi di nomina di un custode o di un amministratore giudiziale, in giurisprudenza si è opportunamente precisato che il relativo provvedimento, con la descrizione dei poteri conferiti, dev'essere iscritto nel registro delle imprese [60].

Si è, poi, esplicitato che la nomina di un amministratore giudiziario implica il venir meno di ogni rappresentanza processuale del legale rappresentante della società, salva soltanto la legittimazione ad intervenire per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a carico del fallito o nei casi previsti dalla legge come per la proposizione del reclamo avverso la sentenza di fallimento oppure per la presentazione di un concordato fallimentare [61].

Si è avuto, altresì, modo di affermare che, ove al custode giudiziario nominato in virtù del sequestro dell'intera azienda siano affidati tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione ai fini dell'esercizio dell'impresa, l'organo amministrativo rimane sospeso dalla carica e mantiene il solo potere di sottoscrivere e presentare la domanda di concordato preventivo in qualità di legale della società [62].

Tra le misure senz'altro adottabili dal tribunale può essere annoverato anche l'esercizio provvisorio anticipato, che si può ottenere con un dispositivo congegnato in guisa di mera sospensione temporanea dei poteri gestori degli amministratori, efficace fino alla conclusione della fase prefallimentare, ma non incidente sulla titolarità della *governance*, atteso che neppure la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale potrebbe determinare la revoca degli amministratori, e posto, dunque, che il provvedimento anticipatorio non può concedere più di quello che potrebbe fare la futura decisione di merito [63].

L'esercizio provvisorio anticipato è il più drastico ed invasivo dei provvedimenti adottabili, valendo a privare l'imprenditore (individuale o collettivo) del potere di gestione dell'impresa, dissociandolo ad appannaggio di un soggetto nominato dal Tribunale, attraverso una scissione fra titolarità dell'impresa e imputazione dell'attività ad essa correlata.

Una parte della giurisprudenza di merito si è spinta fino a disporre la revoca dei componenti del consiglio di amministrazione della società, con la contestuale nomina di un amministratore con funzione di conservazione dell'integrità del patrimonio aziendale e della capacità produttiva dell'impresa e con poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione [64]. Altra giurisprudenza affine ha ritenuto ammissibile la nomina di un amministratore giudiziario della società, facendo perno sull'applicazione analogica o estensiva del procedimento di cui all'art. 2409 c.c. [65]. In realtà, l'art. 2409 c.c. è rimedio che attiene alla persona giuridica, non al patrimonio dell'impresa. In tal senso, esso riporta un oggetto divaricato rispetto a quello della cautela preconcorsuale, la quale coincide, piuttosto, con l'azienda ovvero con l'impresa, da intendersi come attività che attraverso l'azienda viene esercitata. L'oggetto dei provvedimenti ex artt. 54 e 55 c.c.i. (come pure ex art. 15, comma 8, l.fall. residualmente vigente), non afferisce alla *governance* del soggetto di diritto, dal che si evince la maggiore adeguatezza misure che non lacerano il tessuto delle cariche societarie in atto, ma semplicemente ne sterilizzano i ruoli o ne inertizzano i compiti connessi, mettendo sotto custodia a fini conservativi

il complesso produttivo, con l'attribuzione sostanziale al custode-gestore di poteri di curatore provvisorio.

In altri termini, il confine esterno del provvedimento del giudice è rappresentato dalla sospensione del funzionamento della carica sociale, non dalla sua sostituzione soggettiva [66], dalla sottrazione del complesso produttivo a chi lo governa, non dalla rimozione di quest'ultimo dall'ufficio ricoperto. Il recinto massimo dei provvedimenti in disamina è descritto dallo spossessamento dei beni e dalla preclusione interposta nei confronti degli amministratori al potere di gestirli; gli organi sociali restano al loro posto per tutte le funzioni che attengono alla persona giuridica, svuotata, tuttavia, del proprio patrimonio, quindi, di fatto, congelata.

Appare poco plausibile che un effetto di destituzione degli organi sociali che neppure la declaratoria d'insolvenza è idonea ad innescare, venga agganciato ad un momento che la precede. Neppure l'apertura della liquidazione, infatti, è atta di per sé a determinare il venir meno dell'organizzazione societaria, una modificazione del contratto sociale o la surrogazione *tout court* degli organi della persona giuridica, che, anzi, conservano ogni potere funzionale a tutelare gli interessi della società fallita nei confronti degli organi concorsuali [67], fra cui quello di deliberare, se del caso, la presentazione di una domanda di concordato preventivo.

Non può nemmeno obliterarsi che un soggetto di diritto non può costituire esso stesso l'oggetto dello spossessamento, né può sottacersi che l'art. 2908 c.c. sancisce inequivocabilmente che solo *“nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”*, nel mentre l'apertura di una procedura concorsuale non è in grado di determinare la modificazione del contratto di società o la sostituzione degli organi della persona giuridica.

L'art. 2409 c.c. non fornisce, in definitiva, un generico paradigma in ambito concorsuale, ma contempla misure “societarie” tipiche ed eccezionali che possono essere rese in virtù di apposito ricorso di specifici soggetti legittimati ed a seguito di un procedimento camerale che ha natura di volontaria giurisdizione. In ipotesi in cui venga nominato un organo del tribunale preposto alla gestione dell'impresa con spossessamento dell'azienda, gli amministratori in carica non andranno perciò revocati, seguitando a permanere nell'ufficio e a esplicare funzioni compatibili con l'apertura della procedura concorsuale, tra cui la difesa della società nel procedimento volto all'apertura della liquidazione o all'omologa del concordato o

dell'accordo, nonché la sottoscrizione di proposte, istanze od accordi diretti ad evitare la liquidazione in parola a vantaggio di soluzioni ad essa alternative.

In ultima analisi, gli organi sociali (assemblea, amministratori e sindaci) rimangono in sella per le funzioni che riguardano la persona giuridica ovvero il soggetto-società, che, dal canto suo, continua a vivere attraverso i propri organi [68], sia pure in forma ridotta, essendo esclusa la possibilità di esercitare la normale attività commerciale, così come di contrarre nuove obbligazioni e, in definitiva, di disporre del patrimonio sociale. Viceversa, gli organi della procedura concorsuale – o di quella preconcorsuale – non hanno certo il potere di compiere atti modificativi della struttura organizzativa e capitalistica del soggetto in stato di crisi o di insolvenza. Tanto meno potrebbe ammettersi la loro facoltà di “disporre” delle partecipazioni sociali o di incidere direttamente sulla posizione dei soci, cioè sui loro “diritti individuali”, nell’ambito di un accordo solutorio con i creditori sociali e/o con i terzi. Il potere gestorio e dispositivo degli organi della procedura riguarda infatti l’impresa e il patrimonio sociale, mai lo “strumento societario”, che resta, come detto, nella disponibilità dei soci e degli organi sociali. Lo scioglimento della società, finanche a liquidazione giudiziale chiusa, potrà verificarsi solo ed in quanto, all’esito della chiusura della procedura, venga in rilievo una delle cause di cui all’art. 2484 c.c. [69].

Necessita rilevare che, qualora al custode siano affidati effettivi poteri gestori, si deve ritenere che egli abbia la piena ed unica rappresentanza esterna ed ogni potere per vincolare la società, il che comporta che il provvedimento debba essere immediatamente iscritto nel Registro delle Imprese per essere reso pubblico.

Ciò detto, sempre nell’ampio e variegato novero delle misure volte a sostituire la *governance* del debitore nel corso del procedimento di dichiarazione del fallimento, deve da ultimo registrarsi la decisione secondo cui il tribunale ha ordinato l’istituzione di un *trust* per conservare i beni alla massa o per preservarne la destinazione produttiva [70].

6.5 . Incidenza nei confronti di soggetti terzi

È generalmente ammessa la pronuncia dei provvedimenti *de quibus* nei confronti di soggetti terzi rispetto al procedimento concorsuale. In quest’ottica, il tribunale, allo scopo di evitare la dispersione dell’attivo, può inibire il pagamento di somme dovute all’impresa debitrice per tutto il tempo necessario ad accertarne l’insolvenza [71] ;

può, inoltre, disporre che gli importi dovuti da terzi al debitore siano depositati su di un libretto vincolato all'ordine del tribunale fallimentare [72] ; a tutela della *par condicio creditorum*, può impedire agli istituti bancari di incamerare per qualsivoglia titolo, ragione o causa le somme affluite o affluende sui conti correnti dell'impresa debitrice, a deconto o a compensazione dell'esposizione debitoria maturata nei loro confronti, disponendo, altresì, che tali somme vengano utilizzate per le spese necessarie alla continuazione dell'attività sotto il controllo del nominando commissario giudiziale [73] .

Un po' più problematici rimangono, pure nel rinnovato sistema, gli interventi incidenti su diritti di soggetti terzi estranei alla fase di accesso alla procedura di soluzione della crisi o dell'insolvenza, come quelli diretti ad anticipare il sistema di regole relativo ai contratti in corso di esecuzione: si pensi ad un ordine al terzo contraente di non interrompere una fornitura indispensabile per la conservazione dell'esercizio dell'attività economica o a misure che consentano, a seconda delle esigenze, la conservazione o la sospensione dei contratti di impresa o a sospensioni dei contratti pendenti ai sensi dell'art. 172 c.c.i. La soluzione positiva si fa preferire, sia in quanto la sospensione ha la funzione di proteggere l'impresa dall'esecuzione di contratti che potrebbero essere assai pregiudizievoli per l'impresa, sia in quanto l'art. 55, comma 2, c.c.i., nello strutturare il procedimento, tace ogni riferimento soggettivo, quasi a rendere flessibile la declinazione, sia del contraddittorio, che della misura che ne costituisce l'epilogo (*"Il giudice, nei casi di cui all'articolo 54, comma 1, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio"*).

* Il saggio è edito in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Collana "I Quaderni di In executivis", a cura di C. D'Arrigo, L. De Simone, F. Di Marzio e S. Leuzzi, Aprile 2019.

Note:

[2] Corte Cost., 23 luglio 2010, n. 281, in tema di sospensione degli effetti delle cartelle per il recupero delle quote latte; Corte Cost. 17 giugno 2010, n. 217 relativamente alla possibilità di sospensione degli effetti della sentenza della

Commissione tributaria regionale in caso di pericolo di danno ed irreparabile conseguente all'esecuzione della sentenza oggetto di impugnazione in cassazione.

- [3] Corte Europea causa c/99 dell'11 gennaio 2001 Kofisa/Italia.
- [4] La facoltà, in capo al debitore che abbia presentato domanda di concordato con riserva, di presentare, alla scadenza del termine, ricorso per omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti ha, di fatto, esteso tale misura protettiva anche al settore di tali accordi, per i quali, in ogni caso, il legislatore ha previsto una ulteriore misura protettiva, non automatica, disciplinata dall'art. 182-sexies, comma 6, L. fall., norma che, tuttavia, è divenuta di scarsa applicazione proprio per la non automaticità dell'effetto protettivo, rispetto alla misura prevista dall'art. 168 L. fall..
- [5] Trib. Milano, ord. 17 luglio 2015 e ord. 19 agosto 2015 in *www.ilcaso.it*, adesivamente annotate da Traverso, *Concordato preventivo, divieto di esecuzioni e nozione di "patrimonio del debitore" ai sensi dell'art. 168 l.fall.: commento alle ordinanze del tribunale di Milano del 17/7/15 e 19/8/15*.
- [6] L'art. 58, comma 2, della bozza originaria di decreto stabiliva che «*Su richiesta del debitore o di coloro che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa o dei creditori il tribunale può disporre anche il divieto di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e dell'impresa, indicandone la durata. Entro il medesimo termine i creditori non possono acquisire titoli di prelazione se non concordati. Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano*».
- [7] Trib. Terni 3 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*.
- [8] Trib. Monza 11 febbraio 2009 cit.
- [9] Trib. Napoli 30 marzo 2012, n. 1010, cit..
- [10] Trib. Novara 29 aprile 2011, in *www.ilcaso.it*.
- [11] Trib. Vicenza 15 gennaio 2018, in *Società*, 2018, 513, ed in *www.ilcaso.it*.
- [12] Cass. 28 maggio 2010, n. 13086, in *Fallimento*, 2010, 1261, con nota di F. De



Santis, che, in tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, ha deciso che l'onere, posto a carico del creditore, di provare la sussistenza del proprio credito e la qualità di imprenditore in capo al debitore, non esclude, ai sensi dell'art. 15 l.fall., la sussistenza di spazi residuati di verifica officiosa da parte del tribunale, che può assumere informazioni urgenti, utili al completamento del bagaglio istruttorio e non esclusivamente strumentali all'adozione di un'eventuale misura cautelare, in quanto il procedimento, pur essendo espressione di giurisdizione oggettiva perché incide su diritti soggettivi, consacrando il potere dispositivo delle parti, nel contempo tutela interessi di carattere generale ed ha attenuato, ma senza eliminarlo, il suo carattere inquisitorio.

- [13] Le misure nel contesto dell'allerta presuppongono l'avvenuto svolgimento dell'udienza di audizione del debitore davanti al collegio nominato ai sensi dell'art.17, a seguito dell'istanza di composizione della crisi di cui all'art.19. In buona sostanza, vi sarà l'audizione di cui all'art. 18, seguirà l'istanza di cui all'art.19 per la concessione di un termine per ricercare la soluzione concordata, infine, dopo il deposito di quest'ultima istanza, il debitore potrà chiedere le misure protettive alla sezione specializzata imprese del Tribunale, misura che sarà funzionale a condurre a termine le trattative in corso.
- [14] La relazione di accompagnamento del "Codice" chiarisce che *"il contenuto delle misure richieste deve essere individuato dal ricorrente, nel rispetto del principio della domanda, e il giudice pronuncerà nel rispetto di quel principio e di quello di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (con esclusione, perciò, di un potere generale di cautela indeterminata da parte del tribunale)"*.
- [15] In definitiva le misure possono durare al massimo sei mesi, e possono essere rinnovate più volte se hanno durata inferiore ai tre mesi.
- [16] Nulla sembra escludere, peraltro, che il tribunale la svolga. In particolare, non può che il giudice ritenga necessaria l'audizione di quei creditori (ad esempio Inps o banche) che possano essere più significativamente coinvolti nella particolare misura protettiva.
- [17] Qualora si propenda per l'ammissibilità della misura protettiva, questa potrebbe anche indicare una durata ridotta della validità del certificato (che per il DM 24

ottobre 2007, art. 7 ha validità mensile o trimestrale).

- [18] Infatti, risulta normalmente assai probabile che le perdite accumulate dall'imprenditore a seguito della crisi riducano il capitale in misura, non solo necessaria ad assumere i provvedimenti di cui all'art. 2446 c.c., ma anche a portare la società allo scioglimento per la riduzione del capitale al di sotto del minimo di legge. Una siffatta conseguenza avrebbe ripercussioni gravi sul funzionamento della società sia perché la sussistenza di una causa di scioglimento renderebbe non agevole il perseguimento della continuità aziendale sia perché nel tempo occorrente ad addivenire ad una soluzione regolativa della crisi, gli amministratori sarebbero esposti alla responsabilità per i danni che la continuazione dell'attività sociale, in presenza di una causa di scioglimento, potrebbe determinare nei confronti dei creditori sociali.
- [19] Non è esclusa, invece, l'applicazione del primo comma dell'art. 2446 c.c. che impone agli amministratori di convocare senza indugio l'assemblea per sottoporre al suo esame un'aggiornata situazione patrimoniale ed illustrare le ragioni della perdita.
- [20] Tali misure protettive tipiche sono analoghe a quelle che si producono *ope legis*, ai sensi dell'art. 89 c.c.i., con la presentazione della domanda di omologazione del concordato preventivo.
- [21] Marcata si mostra la differenza rispetto al disposto di cui all'art.70, comma 4, in tema di ristrutturazione del debito del consumatore e con quello di cui all'art.78, comma 2, lett. D), in tema di concordato minore. Infatti mentre nel nostro caso si parla di "nullità" delle azioni esecutive e cautelari "iniziate o proseguite", l'art.70 a proposito delle azioni cautelari prevede solo la possibilità di disporre il divieto di inizio, il che postula la questione della sussistenza, altresì, del divieto di prosecuzione; l'art.78 limita le misure cautelari inibite ai sequestri conservativi.
- [22] La pubblicazione delle misure viene subordinata dall'art.54, comma 4, alla richiesta del debitore (a tutela della riservatezza che presidia la fase di regolazione della crisi dinanzi all'OCRI), ma perlomeno in relazione alla misure di cui all'art.20, comma 4, non può escludersi che il tribunale ne imponga la pubblicazione per evitare danni ai terzi.

- [23] Va segnalato che per la liquidazione controllata del sovraindebitato il sistema delle misure cautelari e protettive è, salva la clausola di compatibilità, quello relativo alle procedure concorsuali “maggiori”, in virtù del rinvio operato dall’art.270, comma 5, alla disciplina procedurale di cui al titolo III, e in ragione del rimando dell’art. 271, comma 2, agli artt. da 51 a 55, con riferimento all’ipotesi di apertura della liquidazione controllata su domanda avanzata da un creditore o dal pubblico ministero; viceversa, per le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (ristrutturazione dei debiti del consumatore e concordato minore) sono previste misure protettive (rispettivamente agli artt. 70 e 78) disciplinate *ivi* in maniera specifica, anche dal punto di vista procedurale. Circa le misure cautelari, se non vi sono soverchi ostacoli all’applicabilità delle stesse all’ipotesi del concordato minore, grazie al richiamo al titolo III da parte dell’art. 65, 2° co., risulterà ben difficile l’applicazione delle suddette misure in tema di ristrutturazione.
- [24] Trib. Cassino 30 agosto 2007, in *Repertorio* on-line *WKI*.
- [25] Per alcune misure protettive, tipizzate, sono previste procedure che implicano espressamente l’audizione o il coinvolgimento di controinteressati come per la richiesta di sospensione o scioglimento dei contratti pendenti disciplinata dall’art. 97 c.c.i.
- [26] Tali possono essere definite le misure cautelari che trovano la loro disciplina normativa non nel codice di procedura civile, ma nel codice civile e in leggi speciali.
- [27] L’art. 669-*quaterdecies* c.p.c. – che le richiama come gli “altri provvedimenti cautelari” – sottopone queste misure, solo in quanto compatibili, alle norme sul procedimento cautelare uniforme.
- [28] Trib. Monza 11 febbraio 2009 cit.
- [29] Corte cost. 27 dicembre 1996, n. 421, in *Giur. it.*, 1997, I, 358, nonché in *Giust. civ.*, 1997, I, 584, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 436, con nota di E. Dalmotto.
- [30] Sull’applicabilità del reclamo *ex art. 669-terdecies* cpc ai provvedimenti che dispongono misure cautelari in base all’art.15, comma 8, l. fall., De Santis, *Sub*.

Art.15, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Lorio e Fabiani, Bologna, 2006, 330.

- [31] Cass. 5 ottobre 2015, n. 19790.
- [32] Trib. Benevento 1 dicembre 2011, in *Fallimento*, 476, nonché 715, con nota di R. Bellè; Trib. Napoli 30 marzo 2012, n. 1010, in *Ilfallimentarista.it* 29 novembre 2012, con nota di L.C. Ravarini, nonché in *www.ilcaso.it*
- [33] Trib. Modena 14 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 maggio 2014, *ibidem*; Trib. Torre Annunziata 18 marzo 2013, in *Società*, 2013, 745, nonché in *www.ilcaso.it*; Trib. Pavia 6 luglio 2011, *ibidem*; Trib. Sulmona 11 novembre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 1576, con nota di S. Scarafoni.
- [34] Cass. Pen., 15 settembre 2016, n. 39361, in *Ilfallimentarista.it*, 5 ottobre 2016.
- [35] In questa tipologia di misure cautelari deve farsi rientrare non solo la tutela conservativa rivolta verso i beni, ma anche un ipotetico sequestro della contabilità in caso di rischio di dispersione.
- [36] Trib. Napoli 30 marzo 2012, n. 1010, in *www.ilcaso.it*.
- [37] Trib. Vibo Valentia 19 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*. ha provveduto a sospendere gli amministratori in carica e nominare amministratori giudiziari. Trib. Vicenza 15 gennaio 2018, in *www.ilcaso.it*. ha, parimenti, disposto la sospensione dei poteri dell'organo amministrativo della società, nominando un amministratore giudiziario cui ha affidato la gestione della stessa, con funzione di conservazione degli *assets* aziendali e poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione.
- [38] Trib. Monza 11 febbraio 2009, in *www.ilcaso.it*.
- [39] Trib. Vicenza 18 gennaio 2018, in *Fallimento*, 2018, 756, con nota di A. Guiotto; Trib. Terni 13 aprile 2011, in *Fallimento*, 2011, 881, nonché in *www.ilcaso.it*; Trib. Terni 3 marzo 2011, *Fallimento*, 2011, 632, ed *ivi*, 852, con nota di I. Pagni; Trib. Monza 20 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2011, II, 324, con nota di M. Cordopatri, ed in *www.ilcaso.it*, ove è specificato che la finalità propria delle misure *de quibus* deve essere la conservazione dell'integrità aziendale, tendente ad evitare che i

tempi connessi all'esame dell'istanza di fallimento provochino artificialmente un collasso di tale gestione riconducibile a fattori non economici.

- [40] Trib. Verona, 21 maggio 2008, in *Foro It.*, 2008, I, 2026, con nota di Fabiani.
- [41] Trib. Terni, 18 aprile 2008, in *Strum avvocati*, VII-VIII, 44.
- [42] Trib. Bologna, 10 maggio 2010, in www.ilcaso.it, ha affiancato all'amministratore un custode giudiziario dell'impresa, onerando il primo di sottoporre a quest'ultimo tutte le decisioni di straordinaria amministrazione sino alla conclusione del procedimento prefallimentare.
- [43] Tra i primi ad esternare contrarietà, Vocino, *I poteri del sequestratario d'azienda nel procedimento di avocazione dei profitti di regime*, in *Riv. dir. proc.* 1946, I, 137 ss. V. altresì Coniglio, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3^a ed., Milano 1949, 79 s. Successivamente, Costa, voce *Sequestro conservativo*, in *Novissimo Dig. it.*, XVII, Torino 1970; Conte, *Il sequestro conservativo nel processo civile*, Torino 2000, 164 ss.; Pototschnig, *Il sequestro conservativo*, in *Aa.Vv.*, *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia, Saletti, 4^a ed., Padova 2011, 31 ss.
- [44] Nel progetto preliminare Solmi era stata prevista la possibilità di sottoporre l'azienda a sequestro conservativo, la disposizione non ricomparve nel progetto definitivo.
- [45] Trib. Verona, 21 maggio 2008, in *Foro It.*, 2008, 6, 2026 ha ritenuto, peraltro, adottabile detta misura.
- [46] V. Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26619.
- [47] La revocatoria ha natura costitutiva e pertanto, secondo la tradizionale e dominante impostazione, la sentenza di accoglimento della relativa domanda può produrre i suoi effetti soltanto dopo essere passata in giudicato, il che conduce ad escludere che i relativi effetti possano essere anticipati in via cautelare.
- [48] Trib. Nocera Inferiore, sez. I, 05 luglio 2012, in *Fallimentopiù.it*, 4 giugno 2013.
- [49] Trib. Prato 4 febbraio 2011, in www.ilcaso.it.

- [50] Trib. Milano 25 marzo 2010, in www.ilcaso.it.
- [51] Trib. Monza 20 novembre 2009, in www.ilcaso.it.
- [52] Trib. Busto Arsizio 28 luglio 2009, in www.ilcaso.it.
- [53] Trib. Terni 3 marzo 2011, in www.ilcaso.it.
- [54] Deve ritenersi che, qualora al momento in cui l'inibitoria si concretizza (quindi al momento dell'iscrizione della domanda nel registro delle imprese, o da quando la misura venga disposta ai sensi dell'art.20), il provvedimento cautelare sia già stato emesso, lo stesso, ancorché conservi il proprio effetto, non sia logicamente attuabile ai sensi dell'art.669-*duodecies* c.p.c., proprio in ragione dell'intervenuta protezione.
- [55] Deve intendersi anche "in bianco", sol che si consideri il mero rinvio, contenuto nell'art. 54, comma 2, all'art. 40 che comprende ciascuna tipologia di istanza.
- [56] Trib. Novara 29 aprile 2011, in www.ilcaso.it; Trib. Novara 24 febbraio 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Verona 21 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2026, con osservazione di M. Fabiani.
- [57] Trib. Terni 13 aprile 2011, in www.ilcaso.it, che nella specie ha nominato un commissario giudiziale in chiave strumentale ed anticipatoria degli effetti giuridici derivanti dall'affidamento ad esso dell'amministrazione dell'impresa ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 270 del 1999
- [58] Trib. Bologna 10 maggio 2010, in www.ilcaso.it.
- [59] Trib. Latina 10 dicembre 2009, in www.ilcaso.it, nell'ambito del procedimento di revoca del concordato preventivo ex art. 173 L. fall.
- [60] Trib. Novara 29 aprile 2011, cit.
- [61] Trib. Prato 9 marzo 2011, in www.ilcaso.it.
- [62] Trib. Novara 24 febbraio 2010, cit.
- [63] Trib. Vicenza 15 gennaio 2018, cit., resa in una fattispecie relativa ad una società di calcio, nella quale l'esercizio provvisorio deve essere disposto necessa-

riamente a tutela del patrimonio aziendale, comprensivo della conservazione del “titolo sportivo”, indispensabile per l’affiliazione alla F.I.G.C., e per la partecipazione ad un campionato di calcio, titolo che sarebbe irrimediabilmente perduto se la società cessasse l’attività, a cui si aggiungerebbe la perdita del valore dei giocatori, che sarebbero immediatamente svincolati a seguito del fallimento senza prosecuzione dell’impresa.

- [64] Trib. Torre Annunziata 18 marzo 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Napoli 23 giugno 2009, in www.ilcaso.it.
- [65] Trib. Monza, 11 febbraio 2009, in *Fallimento*, 2009, 854, con nota di Ferro, e in *Dir. Fall.*, 2009, II, 345, con nota di Inzitari, e, infine, in *Giur. Comm.*, 2010, con nota di Ghignone.
- [66] Poco condivisibile, pertanto, anche Trib. Prato, 16 giugno 2011, in www.ilcaso.it, che ha ritenuto di riconoscere ad un amministratore giudiziale nominato ex art. 15, comma 8, l. fall., il potere di sostituirsi all’organo assembleare.
- [67] Non a caso il curatore è un rappresentante processuale dell’impresa fallita, non della società: v. Cass. 9 febbraio 2010, n. 2803 e Cass. 23 marzo 2007, n. 7161.
- [68] Ad esempio, se si volessero fondere due società in liquidazione giudiziale sarebbero le assemblee delle stesse, convocate dai rispettivi amministratori, a doverne deliberare la fusione, e non potrebbero certo farlo i due curatori fallimentari.
- [69] Il fallimento implica il blocco sospensivo temporaneo dell’oggetto e dello scopo della società, concretizzandosi lo scioglimento di essa solo se, dopo il fallimento, non ne venga ripristinata l’operatività.
- [70] Trib. Milano 25 marzo 2010, www.ilcaso.it.
- [71] Trib. Siracusa 2 novembre 2012, in www.ilcaso.it.
- [72] Trib. Benevento 1 dicembre 2011, cit.
- [73] Trib. Venezia 2 agosto 2011, in www.ilcaso.it.