

## Uso (e abuso) della tutela cautelare nell'istruttoria prefallimentare

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La competenza e l'improponibilità della domanda cautelare prima del deposito dell'istanza di fallimento. – 3. L'istanza di parte. – 4. I presupposti. – 5. La modifica e la revoca. – 6. Il reclamo. – 7. Il contenuto atipico della tutela cautelare in sede prefallimentare secondo la giurisprudenza di merito. – 8. Le misure conservative quale *species* del più ampio genere della tutela cautelare. – 9. Il contenuto esclusivamente conservativo della tutela cautelare prefallimentare. – 10. Il divieto di misure cautelari dal carattere innovativo rispetto agli effetti propri della sentenza di fallimento. – 11. L'illegittimità della cautela concessa per favorire soluzioni alternative al fallimento.

### 1. Premessa.

Nel sistema concepito dal legislatore del 1942 il procedimento per la dichiarazione giudiziale d'insolvenza avrebbe dovuto essere particolarmente breve <sup>1</sup>. Tuttavia, nella prassi, ha finito per assumere connotati

---

<sup>1</sup> Sembra necessario accennare brevemente all'evoluzione storica dell'istruttoria prefallimentare che, nella legge fallimentare del 1942, scontava la nuova concezione pubblicista del fallimento. Per la verità l'impostazione liberale propria del Codice di commercio del 1882 fu additata come la principale causa delle inefficienze dell'allora vigente sistema fallimentare, sicché già la l. n. 995 del 10 luglio 1930, che anticipava in parte i contenuti della successiva l. del 1942, aveva enfatizzato il carattere di pubblico interesse dell'amministrazione fallimentare, affidata al giudice delegato, con l'ausilio di un pubblico ufficiale e, segnatamente, del curatore (più in particolare sulla legge del 1930 v. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo, secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932; BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 169 ss.). Vennero così accentuati i poteri di vigilanza e di controllo dell'autorità giudiziaria e comprese le facoltà riconosciute fino ad allora ai creditori ed allo stesso debitore. Di qui la scelta del legislatore di privilegiare la celerità e la speditezza del procedimento attribuendo al giudice delegato la semplice *facoltà* di sentire il debitore. Nel tentativo di enfatizzare la funzione pubblici-

ben diversi da quelli che aveva in origine, con conseguente dilatazione dei tempi necessari alla sua definizione. L'esigenza di assicurare il diritto alla difesa anche all'imprenditore di cui si chiede la dichiarazione d'insolvenza <sup>2</sup>, la nuova concezione del fallimento, inteso come procedura concorsuale dalle finalità non più esclusivamente liquidatorie, ma anche conservative <sup>3</sup> e, infine, il rispetto dei canoni del giusto processo ai sensi

---

sta dell'istituto fu, inoltre, prescritta per l'atto introduttivo la forma del ricorso a discapito della citazione: non era affatto necessario per il legislatore dell'epoca assicurare sin da subito il rispetto del contraddittorio. Nell'art. 6 della Relazione della legge del 1942 alla Maestà del Re ed Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) si chiariva, infatti, che il procedimento per la dichiarazione del fallimento "*mantiene (...) le linee che aveva nel codice: ma esso si è in parte modificato, in parte completato in virtù di alcune norme che colmano lacune costantemente lamentate dalla dottrina e della pratica. La semplificazione si ha anzitutto con la eliminazione della forma contenziosa di dichiarazione del fallimento attraverso l'espressa qualifica di ricorso attribuita alla domanda del creditore (art. 6), e la conseguente disciplina dei gravami*".

<sup>2</sup> C. Cost., 16 luglio 1970, n. 142 in *Dir. fall.*, 1970, II, 601, con nota di DI LAURO, *Illegittimità costituzionale degli artt. 15 e 147 l.fall.*; C. Cost., 27 giugno 1972, n. 110, in *Dir. fall.*, 1972, II, 537. Tali principi sono stati ribaditi e meglio sviluppati dalla giurisprudenza di legittimità (v. per tutte Cass. S. U., 7 luglio 1978, n. 3372, in *Dir. fall.*, 1978, II, 568, con nota di D'ANGELO, *Da quale organo giudiziario deve essere sentito l'imprenditore fallendo?*); mentre quella di merito, dal proprio canto, ha sempre tentato un bilanciamento tra il diritto di difesa dell'imprenditore insolvente e l'esigenza che il procedimento sommario per la dichiarazione di fallimento si svolgesse in maniera rapida e snella. Sul punto v., senza pretese di completezza, ABETE, *Prassi fallimentare dei tribunali italiani. L'istruttoria preconcorsuale nella prassi del tribunale di Napoli*, in *Il fallimento*, 2003, p. 716; BONGIORNO, *La dichiarazione di fallimento*, in *Le procedure concorsuali – Il fallimento*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, Torino, 1997, I, p. 265; FABIANI, *L'istruttoria prefallimentare*, in *Il fallimento*, 1994, p. 491 ss.; FERRO, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2001; MINUTOLI, *L'istruttoria prefallimentare nella prassi dei tribunali e nelle prospettive di riforma*, in *Dir. fall.*, 2001, I, p. 960; PANZANI, *L'istruttoria prefallimentare*, in *Il fallimento*, 1986, p. 286.

<sup>3</sup> Il concetto di impresa viene così rielaborato come organizzazione complessa di valori non solo materiali, ma anche di conoscenze e di attività. Matura la convinzione che la vendita atomistica dei beni costituenti il complesso aziendale comporta spesso un'inutile distruzione di risorse: assicurare la continuità aziendale risulta, dunque, essenziale non solo per la migliore tutela dei creditori, ma anche per la conservazione dell'impresa ed il mantenimento dei livelli occupazionali. Tra la dottrina più attenta a tali problematiche v., BONSIGNORI, *Il fallimento sempre più inattuale*, in *Dir. fall.*, 1996, p. 697 ss., spec. p. 704; LO CASCIO, *Risanamento dell'impresa in crisi ed evoluzione normativa ed interpretativa del sistema concorsuale*, in *Il fallimento*, 2000, p. 42; MINUTOLI, *L'istruttoria*, cit., p. 961; E. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992, p. 13. Per quanto riguarda la prosecuzione dell'esercizio dell'attività d'impresa v. ANDOLINA, *Liquidazione dell'attivo ed esercizio provvisorio nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1978, I, p. 181; BOZZA, *La vendita dell'azienda nelle procedure concorsuali*, Milano 1988, p. 11; CAVALLO BORGIA, *Continua-*

dell'art. 111 Cost. hanno trasformato il “*procedimento*” regolato dall'art. 15 l.fall. in un vero e proprio “*processo*”, sia pure sommario <sup>4</sup>.

In tale contesto autorevole dottrina aveva segnalato che, per fronteggiare in maniera tempestiva la crisi (e assicurare la conservazione della garanzia generica spettante ai creditori *ex art.* 2740 c.c. oltre alla continuità aziendale ed alla conservazione dei livelli occupazionali <sup>5</sup>), occorreva che la tutela cautelare trovasse ingresso nella fase prefallimentare <sup>6</sup>: il deposito del ricorso ai sensi dell'art. 6 l.fall. non produce(va), difatti, alcun effetto conservativo o limitativo sul patrimonio dell'imprenditore di cui si chiede(va) il fallimento <sup>7</sup>.

---

*zione dell'esercizio dell'impresa nell'amministrazione straordinaria e nelle procedure concorsuali: profili funzionali*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 762; FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante* in *Quad. Giur. comm.*, Milano, 2000, p. 89; RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, p. 421.

<sup>4</sup> Il procedimento prefallimentare, privo di un'apposita disciplina, seguiva le regole dei procedimenti in camera di consiglio (artt. 737 ss. c.p.c.), in evidente contrasto con la pienezza del diritto di difesa e con il principio del contraddittorio. Per l'evoluzione del *procedimento* per l'apertura di fallimento in *processo* si rinvia a PICARDI, *Diritto di difesa nell'istruttoria prefallimentare*, Milano, 1973; ID., *La dichiarazione di fallimento: dal procedimento al processo*, Milano, 1974. Su questi temi v., anche, BONGIORNO, *Il processo di fallimento come normativa senza giudizio (Premesse per una ricerca sulla natura giuridica del fallimento e sulla struttura dell'istituto)*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, I, Padova, 1982, p. 161 ss.; ID., *La dichiarazione*, cit., p. 266 s.

<sup>5</sup> Sulla connessione tra prosecuzione dell'attività d'impresa e misure cautelari o conservative *ex art.* 15, co. 8, l.fall. e, più in generale, sui temi giuslavoristici nel fallimento, v. CAIAFA, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008.

<sup>6</sup> TARZIA, *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Atti del Convegno S.I.S.C.O., Milano, 1989, p. 7 e in *Riv. dir. proc.*, 1990, 673. In arg. v., inoltre, E.F. RICCI, *Profili del sequestro giudiziario sui bene ricompresi nella massa attiva fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 685. In realtà l'art. 195 l.fall. disponeva già per la procedura di liquidazione coatta amministrativa che il tribunale nel dichiarare lo stato d'insolvenza, o con altro successivo decreto, può emettere provvedimenti conservativi nell'interesse dei creditori sino all'inizio della fase di liquidazione. Sulla necessità che il provvedimento conservativo concesso dal tribunale ai sensi dell'art. 195 l.fall. dovesse seguire le regole del codice di rito, v. BONSIGNORI, voce *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IX, Torino, 1993, p. 111. Anche il vecchio terzo comma dell'art. 146 l.fall. riconosceva al giudice delegato il potere di disporre le opportune misure cautelari laddove autorizzava il curatore a proporre l'azione di responsabilità. In arg. v. C. Cost., 8 maggio 1996, n. 148, in *Foro it.*, 1996, I, 2648 ss., con nota di FABIANI e v. pure CONSOLO, *La Consulta e l'imparzialità del giudice nella tutela cautelare civile in ambito fallimentare*, in *Dieci anni e sei riforme processuali viste dal Corriere*, Milano, 2004, p. 303 ss.

<sup>7</sup> Sul punto e sulle differenze con la *Insolvenzordnung* v. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 60 ss.

A distanza di anni il suggerimento è stato recepito dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 che, con l'introduzione dell'ottavo comma del novellato art. 15 l.fall., ha attribuito al tribunale adito (per la dichiarazione di fallimento) il potere di pronunciare misure cautelari, più precisamente conservative, a tutela dell'integrità dell'azienda e dei beni che costituiscono la garanzia patrimoniale dei creditori, atteso che il deposito dell'istanza di fallimento non riduce il rischio di comportamenti distrattivi da parte dell'imprenditore. Dopo quattro anni dall'entrata in vigore della riforma, la dottrina e la giurisprudenza di merito hanno offerto spunti interpretativi rilevanti sui presupposti, sul contenuto e sulla tipologia delle misure che possono concedersi; tutti elementi che hanno contribuito a delimitare l'ambito di applicazione dell'ottavo comma dell'art. 15 l.fall. e che, ad evitare un uso distorto dell'istituto, sembra necessario ripercorre.

## 2. La competenza e l'improponibilità della domanda cautelare prima del deposito dell'istanza di fallimento.

Da un punto di vista sistematico, i provvedimenti cautelari concessi in sede prefallimentare vanno considerati come misure cautelari extravaganti, in quanto regolati da una legge speciale e non dal codice di rito civile<sup>8</sup>. Più in particolare va detto che il legislatore della riforma, nel ridisegnare il procedimento per la dichiarazione d'insolvenza, si è fatto carico di stabilire soltanto alcuni criteri di carattere generale: *a)* la competenza del tribunale fallimentare in composizione collegiale; *b)* l'istanza di parte; *c)* la strumentalità di tali misure all'esito del giudizio (di merito) che accerta l'insolvenza. Le altre tessere del mosaico, a cau-

---

<sup>8</sup> CAIAFA, *L'istruttoria prefallimentare: i provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 174; DE MATTEIS, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, p. 209; DE SANTIS, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari*, nota a Trib. Udine 11 luglio 2008, in *Il fallimento*, 2009, p. 80; FABIANI, *Le misure cautelari fra tutela del credito e nuovo fallimento, come tecnica di conquista dell'impresa insolvente*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Palmieri, Torino, 2009, p. 62; SANTANGELI, *Art. 15*, in *Il nuovo fallimento*, a cura di Santangeli, Milano, 2006, p. 79. Di avviso parzialmente diverso SCARSELLI, *Procedimento prefallimentare e procedimenti in camera di consiglio*, in *Il D.lg. 5/06 di riforma della legge fallimentare*, in *Foro it.*, V, c. 181; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.09.2007*, Torino, 2008, p. 34.

sa della scarna disciplina stabilita dall'ottavo comma dell'art. 15 l.fall., vanno invece individuate nelle disposizioni sul procedimento cautelare uniforme <sup>9</sup>, nel rispetto della clausola di compatibilità di cui all'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. <sup>10</sup> e nei principi generali che reggono il sistema delle procedure concorsuali.

Al riguardo va pure considerato che proprio la particolare natura dell'istruttoria prefallimentare, (finalizzata non tanto alla tutela di diritti soggettivi individuali <sup>11</sup>, quanto all'apertura di una procedura concorsuale nella quale confluiscono sia posizioni giuridiche soggettive, sia interessi di carattere pubblicistico <sup>12</sup>) esclude che le regole del rito cautelare uniforme possano trovare integrale applicazione.

Una prima differenza rispetto alla disciplina del codice di rito, e segnatamente con l'art. 669 *quater* che prevede la facoltà di delega per l'istruttoria <sup>13</sup>, va individuata nella competenza esclusiva del tribunale fallimentare in composizione collegiale. E ciò anche laddove sia stato nominato un giudice relatore a norma del terzo e del sesto comma dell'art. 15 l.fall. <sup>14</sup> Ne consegue che se la tutela cautelare viene chiesta

---

<sup>9</sup> È opinione pacifica che le norme sul procedimento cautelare uniforme sono dirette a disciplinare ogni forma di tutela cautelare, anche perché si tratta di una serie di regole "orientate in senso garantistico": il pensiero di CIPRIANI, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 17, è condiviso anche da TOMMASEO, *Il fondamento costituzionale della tutela cautelare*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, III, Torino, 2008, p. 416 ss.

<sup>10</sup> Né una simile impostazione pregiudica la pronuncia da parte del tribunale fallimentare di provvedimenti atipici atteso che l'istituto di cui all'art. 700 c.p.c. assicurerebbe alla tutela cautelare prefallimentare notevole ampiezza di contenuti. Sul punto v. le considerazioni di FABIANI, nota a Trib. Verona (ord.), 28 maggio 2008, in *Foro it.*, I, 2008, 2027, per il quale nel nostro sistema la tipicità delle misure cautelari viene meno a causa del provvedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.

<sup>11</sup> Se non nei limiti del c.d. *diritto al concorso* di cui è titolare anche il creditore istante.

<sup>12</sup> Sebbene sia venuta meno l'iniziativa officiosa dell'autorità giudiziaria, tuttora infatti permane nella disciplina del fallimento una finalità pubblicistica, come dimostra il potere di iniziativa del p.m. di cui all'art. 7 l.fall.

<sup>13</sup> SCARSELLI, *Procedimento*, cit., p. 181.

<sup>14</sup> A conferma di quest'interpretazione è stato precisato (DE SANTIS, *Art. 15*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Iorio e Fabiani, I, Bologna, 2006, p. 329, che il legislatore nell'art. 15 l.fall. fa riferimento ad un giudice relatore e non richiama invece la figura del giudice istruttore di cui al secondo comma dell'art. 669 *quater* c.p.c. Di qui la conclusione che si tratta di una deroga al principio della "monocraticità della competenza cautelare in corso di causa, di cui all'art. 669 *quater* c.p.c., che, del resto, prevede esso stesso (al comma quarto) una rilevante eccezione al predetto principio, in

al giudice relatore, questi deve investire dell'istanza il collegio.

Anche l'art. 669 *ter* (sulla competenza anteriore alla causa), l'art. 669 *octies* (sul provvedimento di accoglimento) e buona parte dell'art. 669 *novies* c.p.c. non possono trovare applicazione in sede prefallimentare: non è, infatti, consentita la proposizione di una domanda cautelare *ante causam*, sia per la particolare collocazione della norma – contenuta nel penultimo comma della disposizione che regola l'istruttoria prefallimentare – sia per la formulazione letterale della stessa che presuppone una “*inscindibile associazione*” tra tutela cautelare e procedimento prefallimentare<sup>15</sup>. Il deposito dell'istanza di fallimento è, dunque, la condizione necessaria per la concessione della cautela, in quanto funzionale alla sentenza dichiarativa ed alla conservazione della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.

### 3. L'istanza di parte.

L'abolizione della dichiarazione di fallimento d'ufficio<sup>16</sup> comporta che pure l'ottavo comma dell'art. 15 l.fall. subordina la concessione dei provvedimenti cautelari all'istanza di parte<sup>17</sup> e, quindi, di tutti quei soggetti cui la legge fallimentare attribuisce l'iniziativa per la dichiarazione dell'insolvenza; si tratta dei creditori, del pubblico ministero, dello

---

*relazione all'ipotesi in cui la domanda cautelare sia proposta in pendenza dei termini per l'impugnazione, caso per il quale a deciderla deve essere il medesimo giudice (non necessariamente monocratico) che ha pronunciato la sentenza”*. Dello stesso avviso SANGELI, *Art. 15*, cit., p. 80.

<sup>15</sup> Così PAGNI, *La tutela cautelare del patrimonio e dell'impresa nell'art. 15 l.fall.*, in *Il fallimento*, 2011, p. 852 ss. Nello stesso senso DE SANTIS, *Istruttoria*, cit., p. 80; FILOCAMO, NONNO e DIDONE, *Misure cautelari, in L'istruttoria prefallimentare. Procedimento per la dichiarazione di fallimento: un'indagine giuridico-aziendalistica nella prassi dei tribunali italiani*, a cura di Ferro e Di Carlo, Milano, 2010, p. 561 ss.; FIMMANÒ, *L'esercizio provvisorio “anticipato” dell'impresa “fallenda” tra spossessamento cautelare dell'azienda e amministrazione giudiziaria della società*, in [www.ilcaso.it/opinioni/191-fimmano-01-03-10.pdf](http://www.ilcaso.it/opinioni/191-fimmano-01-03-10.pdf).

<sup>16</sup> In arg. v. APICE, *L'abolizione del fallimento d'ufficio*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, V, p. 45 ss.

<sup>17</sup> Al riguardo v. PAGNI, *La tutela*, cit., p. 852 ss., che correttamente osserva come in nessun caso il tribunale ha facoltà di disporre misure cautelari d'ufficio e quindi, né “*se la misura dovesse servire a proteggere i molteplici interessi in gioco, e non soltanto a tutelare il credito dell'istante, e neppure facendo leva sull'equivoco tra superamento del principio della domanda e sussistenza di un potere generale di cautela, che verrebbe attivato dall'impulso di chi chiede una misura interinale diversa da quella poi concessa dal tribunale*”.

stesso debitore nonché, secondo la giurisprudenza, del curatore del fallimento della società di persone, che abbia richiesto il fallimento in estensione del socio a responsabilità illimitata a norma dell'art. 147 l.fall.<sup>18</sup>

La necessità della domanda di parte e la negazione di un potere “*officioso*” di cautela in capo al tribunale comportano molteplici implicazioni, soprattutto in ordine alla legittimazione del creditore. Al riguardo va osservato che oggi la legittimazione del creditore (sia al ricorso di fallimento, sia all'istanza cautelare) deve essere valutata anche da un punto di vista sostanziale: per il tribunale, difatti, non è irrilevante la prova del credito, in quanto l'insolvenza può essere accertata – e la cautela concessa – solo se il ricorso di fallimento e l'istanza cautelare siano stati proposti da un soggetto titolare di credito privilegiato o chirografario, anche non liquido e non esigibile e, addirittura, contestato in altro giudizio, indipendentemente dalla (futura ed eventuale) ammissione al passivo<sup>19</sup>.

Pertanto alla rinuncia del creditore al ricorso di fallimento consegue: a) l'improcedibilità dell'accertamento sull'insolvenza<sup>20</sup>; b) l'inefficacia

---

<sup>18</sup> Trib. Udine, 11 luglio 2008, cit. in arg. v. pure MONTANARO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Le riforme della legge fallimentare I*, a cura di Didone, Torino, 2010, p. 290, ove si avverte che anche il patrimonio dei soci illimitatamente responsabili rientra nella previsione di cui all'ottavo comma dell'art. 15 l.fall.

<sup>19</sup> Così Cass., 28 maggio 2010, n. 13086, in *Il fallimento*, 2010, 1261, con nota di DE SANTIS, *Struttura “bifasica” del fallimento, disciplina transitoria delle riforme della legge concorsuale e giusto processo civile*. In arg. v., per tutti, BONGIORNO, *La dichiarazione di fallimento*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino, 2009, p. 309 ss. Di contro, in passato si riteneva che, ai fini della pronuncia di fallimento, fosse irrilevante la desistenza del creditore. Sul punto v. TEDESCHI, *Della dichiarazione di fallimento*, in *Comm. Scialoja-Branca, Legge fall.*, a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna-Roma, 1974, p. 239.

<sup>20</sup> Anche se rimane fermo il potere del tribunale di segnalazione dell'insolvenza al p.m.; in tal senso App. Torino, 8 novembre 2010, in *Il fallimento*, 2011, 330 ss., con nota adesiva di TISCINI, *Potere di azione per la dichiarazione di fallimento e potere di segnalazione dello stato di insolvenza: entità eterogenee a confronto*; in senso contrario, Cass., 26 febbraio 2009, n. 4632, in *Il fallimento*, 2009, 521 ss. con nota di DE SANTIS, *Segnalazione d'insolvenza, iniziativa fallimentare del pubblico ministero e terzietà del giudice*; in *Foro it.*, 2009, I, 1404, con osservazioni di FABIANI; e v. la pure in *Riv. dir. proc.*, 2010, 440, con nota di MARELLI, *Segnalazione di insolvenza al pubblico ministero da parte del tribunale fallimentare*; in *Corr. giur.*, 2009, 925, con nota di FERRO, *La terzietà spettatrice del giudice dell'insolvenza*. Più in particolare, per il giudice di legittimità, l'iniziativa officiosa deve escludersi non solo nella fase prefallimentare, ma nell'intero ambito concorsuale, in ogni situazione potenzialmente idonea ad aprire il fallimento (così nell'ipotesi di estensione dell'art. 147, co. 4, l.fall. ed in quelle derivanti dalla presentazione di una proposta di concordato o dal suo esito negativo, ai sensi degli artt. 162, co. 2, 173, co. 2 e 180, co. 7, l.fall.).

del provvedimento cautelare eventualmente concesso che è appunto funzionale alla sentenza dichiarativa. La rinuncia alla sola istanza cautelare non ha invece effetto sulla prosecuzione dell'istruttoria prefallimentare, ma priva di efficacia il provvedimento cautelare eventualmente concesso <sup>21</sup>.

La domanda cautelare è di solito contenuta nel ricorso di fallimento; tuttavia nulla vieta che venga proposta in un tempo successivo, indipendentemente dal momento in cui si trovi il procedimento prefallimentare. Di qui l'ulteriore corollario che le misure conservative possono essere richieste anche da un soggetto diverso dal creditore ricorrente *ex art. 6 l.fall.* (o dal pubblico ministero), purché legittimato alla istanza di fallimento.

Il rispetto del principio della domanda (art. 99 c.p.c.) e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c.) obbligano il ricorrente a specificare in maniera circostanziata il tipo di cautela che si vuole ottenere. Sicché la parte istante non può chiedere genericamente al tribunale di individuare la misura cautelare da applicare nel caso concreto: a ritenere diversamente si finirebbe, infatti, per restituire all'autorità giudiziaria quel potere officioso che il dato normativo le ha negato <sup>22</sup>. Si aggiunga che proprio il rispetto dei suddetti principi porta ad escludere che il tribunale possa concedere una cautela diversa da quella richiesta, anche se diretta ad ottenere gli stessi effetti di quest'ultima, senza incorrere nel vizio di ultrapetizione <sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Di avviso contrario DE CESARI e MONTELLA, *Le misure cautelari e conservative nell'istruttoria prefallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 795, e spec. *sub* nota 14, i quali affermano come i provvedimenti cautelari, una volta concessi su istanza di parte "escano dalla sua disponibilità, e in particolare, che sia irrilevante l'eventuale successiva rinuncia della parte che le ha chieste: ciò proprio perché la loro adozione è stata il frutto di una valutazione positiva della loro utilità ai fini del processo prefallimentare e di quello fallimentare di successiva probabile apertura, e non per il singolo creditore".

<sup>22</sup> DE CESARI e MONTELLA, *Le misure*, cit., p. 807; GHIGNONE, *I provvedimenti cautelari e conservativi nell'ambito dei giudizi di dichiarazione di fallimento: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 505 s.; MARZOCCHI, *I provvedimenti*, cit., p. 1189. Ritiene invece che il tribunale fallimentare possa di volta in volta individuare le misure interinali più adatte al caso concreto DE SANTIS, *Istruttoria*, cit., p. 82. In giurisprudenza, nel senso che il legislatore avrebbe attribuito al tribunale fallimentare "il potere di individuare in concreto la tipologia provvedimento più idonea a perseguire l'obiettivo di tutela interinale del patrimonio dell'impresa" v., Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 13 settembre 2011, inedita, oltre a tutte le altre pronunce richiamate *infra*, alla nota 46.

<sup>23</sup> V., ad es., Trib. Milano, 25 marzo 2010, cit., che ha negato la sospensione delle azioni esecutive ma ha finito col concedere una misura cautelare parzialmente diversa da quella richiesta, ordinando ai creditori assegnatari di costituire "conti correnti dedicati"

Pur in difetto di un'esplicita previsione si è ritenuto che al collegio sia consentito disporre la misura cautelare anche *inaudita altera parte*, laddove il rispetto dei tempi necessari all'instaurazione del contraddittorio pregiudichi l'utilità e l'incisività del provvedimento richiesto<sup>24</sup>. Difatti, se la cautela fosse subordinata alla preventiva instaurazione del contraddittorio sarebbe illogico parlare di revoca o di conferma anziché d'inefficacia del provvedimento cautelare al momento della pronuncia di merito<sup>25</sup>. Anche se l'esigenza di adottare in tempi brevi una misura conservativa consente al tribunale di pronunciarsi *inaudita altera parte*, appare sempre necessaria l'attuazione *ex post* del contraddittorio con le altre parti del procedimento prefallimentare. Pertanto il collegio, con il decreto che dispone la misura cautelare, fissa l'udienza di comparizione delle parti, entro un termine non superiore a quindici giorni; al contempo assegna alla parte istante un termine perentorio non superiore ad otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto a norma del secondo comma dell'art. 669 *sexies* c.p.c.

#### 4. I presupposti.

La natura cautelare per un verso determina la strumentalità di tali provvedimenti alla pronuncia di merito (che accerta l'insolvenza), a norma degli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c.; dall'altro richiede la sussistenza del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*.

Segnatamente il requisito del *fumus* va individuato nella probabile fondatezza dell'istanza di fallimento<sup>26</sup> e, quindi, nella sussistenza

---

su cui depositare le somme versate dal terzo *debitor debitoris*, somme disponibili solo previa autorizzazione del tribunale.

<sup>24</sup> Trib. Pavia, 6 luglio 2011, in [www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6119.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6119.php), ha concesso il sequestro conservativo *inaudita altera parte*, in quanto era stato fissato a breve termine il rogito dell'unico appartamento di proprietà del debitore. Sicché nella impossibilità di convocare il debitore nel termine dimidiato di 7 giorni liberi, il tribunale ha contestualmente fissato l'udienza collegiale per la conferma o la revoca del provvedimento. Dello stesso avviso Trib. Vibo Valentia, 19 marzo 2010, cit.

<sup>25</sup> In effetti sembra corretto quell'orientamento secondo cui la concessione della cautela *inaudita altera parte* costituisce "l'unica modalità compatibile con la struttura procedimentale prevista dalla legge fallimentare": così MONTANARO, *Il procedimento*, cit., p. 298 s. e la giurisprudenza richiamata alla nota 539.

<sup>26</sup> Ovvero, nella "verosimile esistenza del diritto del creditore, e specularmente del debitore, a vedere regolato il rapporto debito-credito nelle forme del concorso" come recentemente evidenziato da PAGNI, *La tutela*, cit., p. 853 ss.

dell'insolvenza, anche se al riguardo va precisato che il ricorrente – ove si tratti di soggetto diverso dal debitore – non è tenuto a fornire la prova del presupposto soggettivo di cui al secondo comma dell'art. 1 l.fall. per la dichiarazione di fallimento<sup>27</sup>. Tuttavia proprio per tale ragione il collegio, nel concedere la cautela *inaudita altera parte*, ordina al debitore di depositare in cancelleria, prima dell'udienza di comparizione, i bilanci concernenti i tre esercizi precedenti, nonché una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata a norma del quarto comma dell'art. 15 l.fall., avvertendolo che è a suo carico l'onere di dimostrare l'insussistenza dei requisiti dimensionali di cui all'art. 1 l.fall.<sup>28</sup>

Il *periculum in mora* attiene al rischio di depauperamento (sia pure limitato al periodo necessario alla pronuncia di merito) del patrimonio responsabile dell'imprenditore ovvero ad un concreto pregiudizio all'integrità del complesso e dei valori aziendali<sup>29</sup>, con conseguente violazione del principio della *par condicio creditorum*<sup>30</sup>. In concreto il *periculum in mora* finisce per coincidere con la funzione che la misura conservativa è chiamata ad assolvere e che varia di volta in volta in base al contenuto del provvedimento richiesto.

## 5. La modifica e la revoca.

La disciplina dettata dall'art. 669 *decies* c.p.c. per la revoca o modifica del provvedimento cautelare trova applicazione, sia pure con alcuni adattamenti, nel procedimento per l'apertura del fallimento. Anche se il meccanismo contenuto in tale norma disciplina l'ipotesi che il provvedimento (di cui si chiede la revoca o la modifica) sia stato emesso nel contraddittorio delle parti, sembra corretto quell'orientamento

---

<sup>27</sup> MONTANARO, *Il procedimento*, cit., p. 286.

<sup>28</sup> Trib. Pavia, 6 luglio 2011, cit.

<sup>29</sup> FABIANI, *Contratto*, cit., p. 59; INZITARI, *Sostituzione cautelare dell'amministratore per l'istruttoria prefallimentare ex art. 15, penultimo comma, l.fall.*, in *Dir. fall.*, 2009, p. 346; MARZOCCHI, *I provvedimenti*, cit., p. 1180. Sul punto v. pure BELLE, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Il fallimento*, 2011, p. 5 ss. In giurisprudenza sul problema del mantenimento dei valori aziendali: Trib. Udine, 11 luglio 2008, cit.; Trib. Verona, 28 maggio 2008, cit.

<sup>30</sup> Trib. Monza, 11 febbraio 2009, in *Il fallimento*, 2009, p. 854, con nota di FERRO, *La revoca dell'amministratore nell'istruttoria prefallimentare: prove generali di anticipazione dell'efficacia del fallimento successivo*.

che riconosce al tribunale fallimentare il potere di adeguare la tutela cautelare concessa *inaudita altera parte* alla situazione sostanziale sottostante <sup>31</sup>.

Così come avviene nel procedimento uniforme regolato dal codice di rito, la revoca o la modifica presuppongono, dunque, che le circostanze siano mutate per fatti nuovi ovvero per fatti anteriori che, se conosciuti al momento della pronuncia della misura cautelare, avrebbero condotto il collegio ad una decisione diversa da quella adottata. Laddove non sia pendente il reclamo (ma sull'ammissibilità di tale impugnazione in sede prefallimentare si dirà meglio nel § successivo), la revoca e la modifica debbono essere chiesti al medesimo tribunale che ha provveduto sull'istanza cautelare. Nella particolare ipotesi che il provvedimento sia stato pronunciato *inaudita altera parte* e poi confermato, nel corso dell'udienza collegiale e nel rispetto del principio del contraddittorio, nulla osta alla sua modifica (o revoca) anche prima della pronuncia della sentenza di fallimento (o del decreto di rigetto), sempre che sia stata proposta un'esplicita istanza in tal senso <sup>32</sup>.

## 6. Il reclamo.

Discorso più complesso deve invece essere fatto per il reclamo cautelare.

Parte della dottrina nega l'operatività dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. in sede di istruttoria prefallimentare <sup>33</sup>: dopo la pronuncia della sentenza di fallimento non vi sarebbe più alcuna esigenza di reclamare la misura cautelare, confermata o caducata con la decisione di merito. Si è detto, ancora, che quando il tribunale ha respinto il ricorso di fallimento, il reclamo cautelare sembra privo di utilità, poiché il decreto di rigetto della domanda di merito determina comunque la revoca del cautelare (eventualmente concesso), come stabilito dall'ottavo comma dell'art. 15 l.fall. In tale ipotesi il creditore ricorrente, il p.m. e lo stesso debitore possono

---

<sup>31</sup> MONTANARO, op.loc.cit., p. 306.

<sup>32</sup> BLATTI, *Provvedimenti cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento & crisi di impresa*, 2008, p. 382; DE SANTIS, *Istruttoria*, cit., p. 85.

<sup>33</sup> CELENTANO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento e concordati*, a cura di Celentano e Forgillo, Torino, 2008, p. 142; FERRO, *La revoca*, cit., p. 860; INZITARI, *Sostituzione*, cit., 355; MONTANARO, *Il procedimento*, cit., p. 306 s.

proporre ai sensi dell'art. 22 l.fall. reclamo alla corte di appello contro il decreto di rigetto della domanda di fallimento ed in quella sede può essere nuovamente formulata l'istanza cautelare<sup>34</sup>. E si è anche rilevato che l'applicazione dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. in sede prefallimentare, comporterebbe il rischio concreto che, dopo la dichiarazione d'insolvenza (o il rigetto della domanda), il reclamo potrebbe essere non ancora definito, nonostante le esigenze cautelari risultino ormai superate<sup>35</sup>.

Anche se tali argomentazioni sembrano corrette non si può, tuttavia, ignorare che l'esigenza di contestare il provvedimento cautelare emerge proprio per quelle pronunce che, di fatto, rallentano la definizione dell'istruttoria prefallimentare nel tentativo di favorire eventuali soluzioni negoziali della crisi<sup>36</sup> ovvero di tutte quelle fattispecie caratterizzate da un'istruttoria prefallimentare lunga e complessa<sup>37</sup> o, ancora, quando il provvedimento ha inciso sui diritti di terzi ai quali va riconosciuto il diritto ad impugnarlo<sup>38</sup>. Si aggiunga che il reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. può rivelarsi utile anche laddove la tutela concessa non corrisponda a quella domandata<sup>39</sup>.

Né va trascurato che un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'ottavo comma dell'art. 15 l.fall. (anche in considerazione della pronuncia del Giudice delle leggi che ha dichiarato l'illegittimità della nor-

---

<sup>34</sup> Sul punto v. MONTANARO, *Il procedimento*, cit., p. 307.

<sup>35</sup> Così INZITARI, *Sostituzione*, cit., p. 355, il quale avverte che il procedimento prefallimentare, anche se più complesso rispetto al passato, si svolge comunque in un tempo ragionevole; da qui l'inutilità della procedura di reclamo. Infine, continua l'A., a voler riconoscere la reclamabilità del cautelare, in difetto di una specifica competenza, questa dovrebbe essere attribuita alla corte d'appello e si tratterebbe di una "*ipotesi ancor meno compatibile con la temporaneità e brevità di durata della cautela*".

<sup>36</sup> Al riguardo v. *amplius sub* §11.

<sup>37</sup> DE CESARI e MONTELLA, *Le misure*, cit., p. 797 e, in particolare, la nota 22, ove si prospetta l'ipotesi che l'istruttoria prefallimentare non sia tanto breve da rendere superflua l'impugnabilità del provvedimento; a tale riguardo viene richiamato il caso del regolamento di competenza nell'ambito dell'art. 9 *bis* l.fall. oppure della questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia UE, per la determinazione della giurisdizione alla luce del Regolamento CE, 29 maggio 2000, n. 1346.

<sup>38</sup> DE CESARI e MONTELLA, *Le misure*, cit., p. 798. In arg. v. pure FERRO, *I poteri del giudice delegato nell'istruttoria sull'insolvenza*, in *Il fallimento*, 2008, p. 1044, per il quale un limite alla tutela cautelare in sede prefallimentare è costituito proprio dal patrimonio di soggetti terzi, inclusi i gestori o i controllori dell'impresa ma, ciononostante, sostiene l'impugnabilità del provvedimento.

<sup>39</sup> PAGNI, *La tutela*, cit., p. 853 ss.

ma che vietava il reclamo avverso i provvedimenti cautelari negativi <sup>40)</sup> impone il rispetto degli artt. 3 e 24 Cost. in materia di contraddittorio, di motivazione e – soprattutto per quello che qui interessa – di paritaria posizione delle parti nell'esercizio dei propri diritti. In altri termini, anche la disciplina della cautela in sede prefallimentare deve seguire le regole del giusto processo, dove le parti si contrappongono in maniera paritaria; sicché – mutuando i principi affermati dalla Consulta – l'equivalenza degli strumenti processuali nella disponibilità dalle parti “è in rapporto di necessaria strumentalità con le garanzie di azione e di difesa sancite dall'art. 24 Cost., sì che una distribuzione squilibrata dei mezzi di tutela, riducendo la possibilità di una delle parti di far valere le proprie ragioni, condiziona impropriamente in suo danno e in favore della controparte l'andamento e l'esito del processo”.

Al fine di bilanciare la concessione del provvedimento cautelare a favore del ricorrente con le esigenze di protezione dell'intimato che può, a sua volta, subire un danno irreparabile <sup>41</sup>, sembra, dunque, da preferirsi quell'orientamento che ritiene ammissibile il reclamo ad altra sezione del tribunale avverso la cautela concessa nel corso dell'istruttoria prefallimentare <sup>42</sup>. Sul reclamo il collegio provvede con ordinanza non altrimenti impugnabile, ossia sottratta anche al ricorso straordinario ex art. 111 Cost., trattandosi di provvedimento temporaneo ed inidoneo ad incidere definitivamente sui diritti della parte <sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Si tratta di C. Cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. it.*, 1994, I, 409, con nota di CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la parità delle armi ritrovata*. In arg. v. pure CONSOLO, *Il reclamo cautelare, la sua struttura e l'art. 3 della Costituzione*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 376; VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in *Prime esperienze del nuovo processo cautelare. Atti dell'incontro di studio (tenutosi a Roma 27 maggio 1995)*, Milano, 1996, p. 55 ss.

<sup>41</sup> TOMMASEO, *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, II, Milano, 2005, p. 1493.

<sup>42</sup> BELLE, *I provvedimenti*, cit., p. 9 ss.; DE SANTIS, *Istruttoria*, cit., p. 85; DE MATTEIS, *Istanza*, cit., p. 219; GHIGNONE, *I provvedimenti*, cit., p. 511; FABIANI, *Le misure cautelari fra tutela del credito e nuovo fallimento, come tecnica di conquista dell'impresa insolvente*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, p. 63.

<sup>43</sup> PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, p. 635. Dello stesso avviso anche la giurisprudenza di legittimità secondo la quale il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost. è proponibile avverso ordinanze o decreti solo quando siano definitivi ed abbiano carattere decisorio. Sicché non è ricorribile il provvedimento emesso in sede di reclamo che ha gli stessi caratteri di provvisorietà (e di non decisorietà) tipici dell'ordinanza oggetto del reclamo, destinato a perdere efficacia con la senten-

Laddove si aderisca invece all'orientamento che ritiene inammissibile il reclamo, rimane fermo che tutte le statuizioni in materia cautelare possono contestarsi ai sensi dell'art. 26 l.fall., con l'avvertimento però che si tratta di un rimedio di carattere generale che presuppone l'avvenuta dichiarazione di fallimento <sup>44</sup>.

## 7. Il contenuto atipico della tutela cautelare in sede prefallimentare secondo la giurisprudenza di merito.

Per quanto concerne il contenuto della tutela cautelare prefallimentare, la giurisprudenza di merito ha interpretato in maniera estensiva l'ottavo comma dell'art. 15 l.fall., ove è previsto che il tribunale possa adottare “*provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa*” <sup>45</sup>.

Degli aggettivi “*cautelari o conservativi*” è stata fornita una lettura estensiva, tanto da ritenere che il legislatore abbia affidato “*al tribunale competente per la dichiarazione di fallimento il potere di individuare in concreto la tipologia provvedimento più idonea a perseguire l'obiettivo di tutela interinale del patrimonio o dell'impresa*” <sup>46</sup>. Al col-

---

za di merito e, pur coinvolgendo posizioni di diritto soggettivo, non statuisce su di esse con la forza dell'atto giurisdizionale idoneo ad assumere autorità di giudicato. Così, tra le più recenti, Cass., 27 giugno 2011, n. 14140; Cass., 19 novembre 2010, n. 23504; Cass., 7 giugno 2007, n. 13360, in *Dir. prat. società*, 2008, 60, con nota di FERRAGUTO, *Natura dei provvedimenti cautelari nel rito societario*.

<sup>44</sup> FRASCAROLI SANTI, *Il tribunale fallimentare*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, Torino, 2010, p. 198; MONTANARO, *Il procedimento*, cit., p. 307; SALETTI, *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 989; SCARSELLI, cit., p. 181. In arg. v. pure CAIAFA, *L'istruttoria*, cit., p. 179; DE CESARI e MONTELLA, *Le misure*, cit., p. 797, che seppure come *extrema ratio*, affermano che il provvedimento cautelare può contestarsi col ricorso straordinario in Cassazione.

<sup>45</sup> Molteplici sono i contributi degli Autori che hanno tentato di raccogliere le diverse tipologie di misure cautelari concesse dalla giurisprudenza. Tra i più recenti v. BELLÈ, *I provvedimenti*, cit., p. 7 ss.; CAVALLINI, *sub art. 15*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, p. 328 ss.; DE SANTIS, *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore e Bassi, Padova, 2010, p. 405.

<sup>46</sup> Così, *ex multis*, Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 13 settembre 2011 (inedita); Trib. Novara, 28 aprile 2011, in [www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/5923.pdf](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/5923.pdf). Nel senso che il contenuto della cautela non sia stato predefinito dal legislatore ma vada individuato secondo le esigenze del caso concreto: Trib. Prato, 24 giugno

legio, dunque, non sarebbe consentita soltanto l'adozione di misure cautelari tipicamente *conservative* (come il sequestro conservativo <sup>47</sup> e giudiziario <sup>48</sup> o dirette a tutelare le esigenze probatorie nell'ambito del procedimento prefallimentare <sup>49</sup>), ma anche provvedimenti atipici dal contenuto:

- a) “*anticipatorio*”, in quanto diretti a sospendere le procedure esecutive e cautelari in corso <sup>50</sup>;
- b) “*inibitorio*”, perché impediscono al terzo pignorato di dare esecuzione all'obbligo di pagamento in favore del creditore assegnatario <sup>51</sup>

---

2011, in [www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6576.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6576.php). Per Trib. Terni, 3 marzo 2011, cit. la formulazione della norma sembra esprimere “*una connotazione tipologica di largo spettro, correlata alla riconosciuta atipicità delle misure cautelari di stampo prefallimentare*”. Secondo Trib. Monza, 11 febbraio 2009, cit., non essendo state tipizzate dalla legge, le misure cautelari possono variare dal sequestro conservativo dei beni del debitore o dell'azienda, fino a provvedimenti più invasivi come la sostituzione dell'imprenditore con un custode, al quale deve essere sottoposta ogni decisione di straordinaria amministrazione, o come la semplice inibizione di compiere atti di straordinaria amministrazione o, infine, misure che obbligano l'imprenditore a premunirsi dell'autorizzazione del tribunale per compiere determinate attività.

<sup>47</sup> Trib. Pavia, 6 luglio 2011, cit.

<sup>48</sup> Sulle problematiche sottese al sequestro giudiziario ogniqualvolta tale cautela abbia ad oggetto un bene di tipo dinamico (come l'azienda o le partecipazioni sociali) e per la necessità di circoscrivere in maniera netta i poteri del custode in quanto una custodia conservativa potrebbe rivelarsi non meno pregiudizievole di una custodia attiva, anche se disposta con le necessarie garanzie, v. FABIANI, *Tutela cautelare e rapporti tra imprenditore e amministratore giudiziario dell'impresa*, in [www.ilcaso.it/opinioni/262-fabiani-09-09-11.pdf](http://www.ilcaso.it/opinioni/262-fabiani-09-09-11.pdf), p. 9 ss., anche se più avanti, *sub* § 10 si tornerà sulla legittimità di tali tipologie di provvedimenti.

<sup>49</sup> Trib. Monza, 11 febbraio 2009, cit., nella quale è stato conferito apposito mandato all'amministratore giudiziario a collaborare con il c.t.u. nominato “*per fornire ogni dato utile alla evasione del quesito*”; altra ipotesi di misura cautelare che può concedersi a tutela delle esigenze probatorie potrebbe essere rappresentata dal sequestro della contabilità d'impresa: l'opinione è di DE SANTIS *Istruttoria*, cit., p. 88.

<sup>50</sup> Trib. Busto Arsizio, 28 luglio 2009, in [www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2027.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2027.php).

<sup>51</sup> L'arresto cui si fa riferimento è Trib. Monza, 20 novembre 2009, cit., per il quale il tribunale fallimentare – nella impossibilità di disporre la sospensione della procedura esecutiva, in quanto provvedimento di competenza esclusiva del giudice dell'esecuzione – può esonerare temporaneamente il terzo dall'obbligo di pagare al creditore le somme pignorate, affidando la gestione del conto (sul quale sono stati versati tali importi) ad un organo terzo che effettui i pagamenti essenziali per il funzionamento temporaneo dell'attività di impresa. Tale principio è stato confermato da Trib. Milano, 25 marzo 2010 cit., per il quale sebbene l'art. 15, co. 8, l.fall. non possa determinare la sospensione delle procedure esecutive individuali (perché ver-

- oppure ordinano all'imprenditore la sospensione dei pagamenti <sup>52</sup>;
- c) "*innovativo*", determinando effetti diversi rispetto a quelli propri del fallimento e che incidono sulla struttura organizzativa dell'impresa; si pensi a quella pronuncia che, nell'autorizzare il sequestro dell'intera azienda, dispone la revoca degli amministratori della società debitrice, sostituendoli con un amministratore giudiziale con poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione alla stregua di quanto previsto nella revoca *ex art. 2409 c.c.* <sup>53</sup> Alla stessa maniera, si può parlare di natura innovativa anche per tutte quelle misure cautelari concesse in sede di istruttoria prefallimentare non tanto in funzione della successiva dichiarazione di insolvenza, quanto piuttosto nel tentativo di individuare soluzioni alternative al fallimento <sup>54</sup>.

---

rebbe anticipato uno degli effetti tipici della sentenza dichiarativa di fallimento quale l'improcedibilità delle azioni esecutive individuali) ha negato la sospensione delle azioni esecutive ma ha finito col concedere una misura cautelare parzialmente diversa da quella richiesta, ordinando ai creditori precedenti di costituire "*conti correnti dedicati*" su cui depositare le somme versate dal terzo *debitor debitoris*, somme disponibili solo previa autorizzazione del tribunale.

<sup>52</sup> Così Trib. Terni, 18 aprile 2008, a sua volta richiamata da Trib. Terni, 3 marzo 2011, cit. Sulla possibilità che il tribunale fallimentare disponga anche misure di carattere inibitorio nei confronti del debitore come il divieto di compiere determinati atti di gestione o di assetto dell'impresa v., in dottrina, DE MATTEIS, *Istanza*, cit., p. 212, e FERRO, *I poteri*, cit., p. 1044, con specifico riferimento ad operazioni di fusione, riduzione o aumento di capitale.

<sup>53</sup> Così Trib. Novara, 24 febbraio 2010, in *Il fallimento*, 2010, 1180, che conserva in capo agli amministratori della società debitrice il solo potere di sottoscrivere e presentare la domanda di concordato preventivo; v. pure Trib. Napoli, 23 giugno 2009, in [www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2041.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2041.php), che ha revocato i componenti del consiglio di amministrazione e designato un amministratore giudiziario, cui ha attribuito i poteri di gestione e di amministrazione ordinaria e – con l'autorizzazione del collegio - di amministrazione straordinaria della società resistente, con il compito di riferire al tribunale ogni sette giorni, sull'attività svolta e i relativi risultati; Trib. Monza, 11 febbraio 2009, cit., che ha ritenuto ammissibile la sostituzione dell'imprenditore con un amministratore giudiziario; Trib. Udine, 11 luglio 2008, cit.; Trib. Verona, 28 maggio 2008, cit.

<sup>54</sup> Trib. Novara, 24 febbraio 2010, cit., che, nelle more della decisione di merito, ha differito la chiusura dell'istruttoria affinché il debitore potesse predisporre un piano di concordato preventivo e v., pure, le altre decisioni richiamate *infra* alla nota 80.

## 8. Le misure conservative quale *species* del più ampio genere della tutela cautelare.

L'ottavo comma dell'art. 15 l.fall. riconosce al tribunale fallimentare il potere di pronunciare "*provvedimenti cautelari o conservativi*". Sul punto va subito avvertito che i provvedimenti conservativi costituiscono una determinata specie della tutela cautelare; sembra, quindi, che alla congiunzione "o" non possa attribuirsi valore disgiuntivo, in quanto utilizzata dal legislatore in maniera esplicativa ovvero dichiarativa<sup>55</sup>. In base alla lettera della legge, nelle more del procedimento prefallimentare la parte istante ha, dunque, facoltà di ottenere provvedimenti cautelari "*ovvero*", più precisamente, misure finalizzate alla "*conservazione*" del patrimonio dell'imprenditore o dell'impresa<sup>56</sup>.

Alla luce di tali brevi considerazioni non può condividersi quell'interpretazione che riconosce nel dato normativo una contrapposizione tra misure cautelari e conservative, allo scopo di individuare proprio nella generica espressione "*provvedimenti cautelari*" il potere dell'autorità giudiziaria di disporre misure atipiche. Allo stesso modo l'affermazione che la norma in esame consentirebbe al collegio di utilizzare la propria fantasia in senso creativo non trova conferma in alcuna disposizione; anzi viene smentita sia dalla significativa riduzione dei poteri riconosciuti dal vecchio regime al giudice del fallimento, sia dal principio della

---

<sup>55</sup> In base a quanto si legge nel *Grande Dizionario Italiano dell'Uso* diretto da De Mauro, Torino, 2000, la congiunzione "*ovvero*", che condivide la medesima funzione di "o", viene impiegata principalmente in maniera esplicativa; ciò sta a significare che i concetti richiamati dalla congiunzione non si escludono affatto, in quanto vengono meglio precisati e chiariti.

<sup>56</sup> Giunge a questa conclusione anche MONTANARO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 291, secondo il quale in nessun caso tali provvedimenti potrebbero avere "*una funzione propriamente anticipatoria, poiché non è possibile realizzare, soprattutto in confronto dei terzi, gli effetti propri della sentenza dichiarativa di fallimento*". Di avviso diverso PAGNI, *La tutela*, cit., p. 853, secondo la quale il legislatore si è avvalso di una formula ampia. DE SANTIS, *Istruttoria*, cit., p. 80, ss. parla di "*probabile ridondanza del dettato legislativo*" e ritiene che stabilire se i provvedimenti adottati dal tribunale fallimentare abbiano in concreto carattere anticipatorio, piuttosto che conservativo, avrebbe una valenza di ordine meramente descrittivo, salvo poi escludere che i provvedimenti del tribunale possano anticipare gli effetti propri della sentenza dichiarativa di fallimento, ma su tale aspetto si dirà meglio in seguito. Nello stesso senso DE MATTEIS, *Istanza del fallimento del debitore*, cit., p. 212. In arg. v. pure CELENTANO, *I provvedimenti cautelari*, in *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, p. 140; FERRO, *I poteri*, cit., p. 1042; MARZOCCHI, *I provvedimenti*, cit., p. 1180 ss.

domanda, al cui rispetto l'ottavo comma dell'art. 15 l.fall. subordina la concessione della cautela.

Nonostante la varietà delle decisioni (e delle motivazioni che le sorreggono), la c.d. *atipicità* della tutela cautelare sembra rappresentare il comune denominatore tra i diversi provvedimenti concessi dalle corti di merito, e ciò non solo (e non tanto) per una migliore conservazione del patrimonio del debitore, quanto piuttosto nel tentativo di restituire – sia pure in maniera indiretta – al giudice fallimentare parte di quelle prerogative di cui era stato privato in seguito alla soppressione dell'iniziativa officiosa (art. 6 l.fall.) ed alla limitazione dell'iniziativa del pubblico ministero. Come è agevole rendersi conto, la giurisprudenza ha finito per affidare all'ottavo comma dell'art. 15 l.fall. una valenza pubblicistica, ben diversa dall'interesse privatistico della parte istante alla conservazione del patrimonio del debitore.

## 9. Il contenuto esclusivamente conservativo della tutela cautelare prefallimentare.

Oltre a disattendere la lettera della legge, la maggior parte dei provvedimenti cautelari sinora concessi non ubbidisce alle regole fondamentali dell'ordinamento processuale e concorsuale, determinando non pochi guasti ed incertezze nei rapporti intercorrenti tra l'imprenditore, i suoi creditori ed i terzi, in un momento particolarmente delicato e drammatico come quello che precede la (eventuale) dichiarazione di fallimento.

Movendo, infatti, dalla tradizionale distinzione tra misure “*conservative*” (funzionali a cristallizzare la situazione di fatto e di diritto, evitando che venga pregiudicata nel corso del successivo giudizio di merito) e “*anticipatorie*”<sup>57</sup> (dirette ad anticipare – in tutto o in parte – gli effetti

---

<sup>57</sup> La dottrina processualciviltistica è dell'opinione che i cd. *provvedimenti cautelari anticipatori* non possano ricondursi ad una categoria autonoma, in considerazione della loro eterogeneità e della conseguente difficoltà ad individuare in maniera esatta dei criteri univoci per distinguere e classificare le singole previsioni normative. In arg. v. CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 634 ss.; Id., *La tutela d'urgenza fra cautela, “sentenza anticipata” e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 680 ss.; COMOGLIO, *I provvedimenti anticipatori*, in *Le riforme della giustizia civile. Commento alla l. n. 353/1990 e alla l. n. 374/1991*, a cura di Taruffo, Torino, 1993, p. 301; FRISINA, *La tutela anticipatoria*:

esecutivi della decisione di merito per assicurarne la piena e concreta utilità<sup>58</sup>), il legislatore sembra aver riconosciuto il solo potere cautelare conservativo del tribunale fallimentare, escludendo eventuali provvedimenti anticipatori degli effetti propri della (successiva ed eventuale) sentenza di fallimento<sup>59</sup>.

---

*profili funzionali e strutturali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 364 ss.; GHIRGA, *L'application aux mesures provisoires du principe dispositif et du principe de la contradiction en droit italien*, in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé sous la direction de Jacques van Compernelle et Giuseppe Tarzia*, Bruxelles, 1999, p. 124 s.; PROTO PISANI, *La tutela cautelare, I provvedimenti cautelari in generale*, in *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 293 s.; TARZIA, *Aspetti processuali dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 643 ss.; ID., *Introduzione*, in *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia e Saletti, Padova 2008, p. XXIX e XXX. Sulla tutela anticipatoria in generale v. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997.

<sup>58</sup>Secondo altra impostazione le misure cautelari conservative si distinguono dalle misure cautelari anticipatorie, se pongono il ricorrente al riparo dal pericolo di infruttuosità della tutela ordinaria oppure direttamente dalla tardività della stessa: così, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 36 ss. Tuttavia si discute in dottrina la nozione di provvedimento anticipatorio per il quale trova applicazione la disciplina posta dall'art. 669-octies, co. 6, c.p.c. Per alcuni Autori (v., senza pretesa di completezza, BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare "uniforme"*, in BALENA e BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 334; GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 493), dovrebbe riconoscersi natura anticipatoria alle sole misure idonee a determinare effetti almeno parzialmente coincidenti con quelli propri della pronuncia di accoglimento della domanda di merito. Di contro altri Autori (CAPONI, *Provvedimenti cautelari e procedimenti possessori*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 137; MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai procedimenti possessori*, in *Il processo civile di riforma in riforma*, a cura di Consolo - Luiso, Milano, 2006, p. 85 s.; SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006, p. 25 ss.) sostengono che hanno carattere anticipatorio anche quei provvedimenti che, nonostante siano privi di un contenuto analogo a quello che potrebbe avere la sentenza di merito, consentano di ottenere un risultato pratico equivalente a quello conseguibile con quest'ultima pronuncia. Secondo altra diversa impostazione (LUISO e SASSANI, *Le riforme più recenti del processo civile*, Milano, 2006, p. 221), per comprendere se una misura cautelare ha natura anticipatoria, non avrebbe senso confrontare gli effetti del provvedimento cautelare con l'efficacia di accertamento propria della decisione di merito, ma piuttosto la situazione determinatasi a seguito dell'attuazione del cautelare con quella che deriverebbe dall'esecuzione forzata della decisione di merito. Sui caratteri e sui limiti del provvedimento cautelare anticipatorio cfr. pure FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 364.

<sup>59</sup>Né l'ottavo comma dell'art. 15 l.fall. contiene alcun riferimento, sia pure indiretto, all'art. 700 c.p.c., né riproduce l'espressione utilizzata da quest'ultima norma che individua le misure concedibili con quelle idonee ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

E ciò per due ordini di ragioni.

Innanzitutto perché la dichiarazione giudiziale d'insolvenza è una pronuncia di *accertamento costitutivo* che da un lato “*accerta*” la qualità di imprenditore commerciale (di natura privata e di non piccole dimensioni) e, dall'altro, “*apre*” il fallimento, determinando una serie di effetti nei confronti del debitore, dei creditori ed alcune categorie di terzi <sup>60</sup>.

Sicché, aderendo a quell'orientamento che nega la possibilità di anticipare gli effetti delle sentenze costitutive <sup>61</sup>, va escluso che il tribunale

---

<sup>60</sup> COSÌ DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, p. 157; NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 87; SATTÀ, *Diritto fallimentare*, a cura di Luiso e Vaccarella, Padova 1990, p. 65. Nello stesso senso PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 155; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, p. 483. Tuttavia, non sono mancati Autori (AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, p. 315 ss.; VITALE, *La dichiarazione di fallimento*, Milano, 1967, p. 244) secondo cui si tratterebbe di un provvedimento dalla natura esecutiva o addirittura di un atto di pignoramento sui *generis* ed Altri (CALAMANDREI, *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 279) che hanno riconosciuto alla dichiarazione d'insolvenza natura e funzione cautelare. Nega che la sentenza di fallimento abbia un contenuto sanzionatorio BONGIORNO, *Brevi annotazioni critiche sul contenuto sanzionatorio della dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.*, 1978, p. 484.

<sup>61</sup> Più in generale, è stato osservato che la pronuncia costitutiva si fonda sull'accertamento del diritto potestativo ad ottenere la creazione *ex novo* (come pure l'annullamento o la modificazione dell'assetto preesistente) di rapporti sostanziali (ALFORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, p. 103 ss.; ATTARDI, *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1979, p. 257 ss.; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Torino, 1980, p. 146 p. ss.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, rist. anastatica, Napoli, 1965, p. 181 ss.; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 42 ss.; MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, p. 91 ss.; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, p. 195 ss.). Dalla sentenza costitutiva scaturiscono, infatti, due effetti di tipo diversi: il primo dal carattere dichiarativo, in ordine all'esistenza del diritto potestativo al mutamento della situazione giuridica sostanziale; il secondo, di tipo costitutivo, in quanto il mutamento viene attuato direttamente nella sfera giuridica sostanziale della parte (LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principii*, a cura di Colesanti, Merlin e Ricci, Milano, 2007, p. 77). Alla luce di queste considerazioni è stata, dunque, negata la possibilità di anticipare in sede cautelare gli effetti della sentenza costitutiva, sia perché non sarebbe consentito tutelare una situazione giuridica ancora inesistente (atteso che trova origine esclusivamente nella sentenza costitutiva), sia perché pur circoscrivendo l'oggetto della cautela al solo diritto potestativo, quest'ultimo si riduce ad una mera manifestazione di volontà diretta a modificare la realtà, che non sarebbe suscettibile di ricevere alcun concreto pregiudizio. Di quest'avviso CALVOSA, *Provvedimenti di urgenza*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 449, per cui il diritto cautelando dovrebbe

possa concedere - in via cautelare - misure che producono, in concreto, gli effetti tipici della sentenza di fallimento: è innegabile che quando viene proposta l'istanza cautelare, il diritto - da costituire attraverso la pronuncia di merito - è ancora inesistente. Ed anche ad accedere alla tesi che la cautela potrebbe comunque anticipare i soli effetti sostanziali della decisione di merito <sup>62</sup>, rimane il fatto che la sentenza di fallimen-

---

essere già sussistente, perché altrimenti non vi sarebbe da temere alcuna lesione dello stesso; SATTA, *sub art. 700, Commentario al codice di procedura civile. Procedimenti speciali*, IV, Milano, 1959, p. 270, per il quale l'ordinamento non consente la tutela urgente del diritto potestativo sul presupposto che "attraverso le situazioni strumentali si mira a costituire un diritto e la costituzione provvisoria d'un diritto appare inconcepibile e contraddittoria"; ID., *Limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, 32, nota a Trib. Milano (ord.), 5 novembre 1952, con la quale i giudici hanno negato la pronuncia di un provvedimento cautelare atipico relativo a una sentenza costitutiva. Dello stesso avviso anche SATTA e PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova 2000, p. 822, ove si precisa, in relazione ai diritti potestativi, che è impossibile concepire che possano ricevere un pregiudizio, in quanto "pregiudicato potrà essere il conseguimento del bene in seguito all'accoglimento della domanda, ma la tutela in ordine a questo pregiudizio può essere ottenuta mediante il sequestro giudiziario, non con un provvedimento d'urgenza".

Nello stesso senso del testo per la giurisprudenza di merito v., Trib. Bari, sez. lav., 9 giugno 2008, in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it); Trib. Modena, 17 febbraio 2006, in [www.fondazioneforense.it/upload/oCig01\\_06MO.pdf](http://www.fondazioneforense.it/upload/oCig01_06MO.pdf); Trib. Marsala, 18 novembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 531; Trib. Roma, 5 novembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 457; Trib. Torino, 12 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 538, che ribadisce il seguente principio "la tutela urgente deve ritenersi ammissibile solo in presenza di diritti preesistenti alla stessa pronuncia richiesta al giudice, posto che il provvedimento cautelare non deve alterare in alcun modo il momento operativo della pronuncia di merito; quindi le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente, proprio perché si eserciterebbe una funzione strutturalmente anticipatoria che produrrebbe subito quella stessa costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere presumibilmente introdotta con la sentenza costitutiva, laddove il disposto dell'art. 700 c.p.c. presuppone l'attualità del diritto cautelando"; Trib. Rovereto, 7 agosto 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1395; Trib. Fermo, 9 luglio 1993, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce "Provvedimenti d'urgenza", 28. Di avviso contrario, Trib. Roma, 6 luglio 1995 (ord.), in *Foro it.*, 1996, I, 708 ss., con nota di MACARIO, *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*; Trib. Milano, 30 marzo 1994 (ord.), in *Foro it.*, 1994, I, 1572.

<sup>62</sup> TOMMASEO, *Provvedimenti di urgenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 872, il quale segnala come in passato i dubbi sulla legittimità della tutela cautelare, rispetto ai diritti che necessitano di sentenze costitutive, derivavano dalla mancanza di una posizione soggettiva connotata dall'attualità (requisito che sarebbe stato soddisfatto solo dalla pronuncia della sentenza), pregiudicando in concreto l'effettività della tutela cautelare di tipo costitutivo. L'oggetto dell'anticipazione, non sarebbe, quindi, la creazione (né la modificazione o l'estinzione) della situazione giuridica, ma solo gli effetti che, sul piano sostanziale, potrebbero prodursi in seguito a quel mutamento. In altri termini

to, come quella di divorzio e d'interdizione, ha ad oggetto diritti indisponibili ed è caratterizzata da natura costitutiva *necessaria* e, quindi, non può mai spiegare efficacia retroattiva<sup>63</sup>. Ciò sta a significare che gli effetti sostanziali della tutela cautelare (ipoteticamente) concessa prima dell'accoglimento della domanda non possono essere ratificati *ex post* dalla (retroattività della) pronuncia costitutiva<sup>64</sup>.

In secondo luogo perché da un punto di vista procedimentale la nuova disciplina delle misure anticipatorie, introdotta dall'art. 669 *octies*, co. 6, c.p.c., risulta incompatibile con le regole stabilite dall'ottavo comma dell'art. 15 l.fall. Si tratta di norme che in nessun caso consentono la pronuncia di una misura cautelare *ante causam* o comunque destinata a sopravvivere al decreto di rigetto della domanda di fallimento<sup>65</sup>; proprio

---

l'anticipazione si risolve nell'autorizzare l'esercizio di facoltà, contenute nel diritto che potrebbe trovare il proprio fondamento nella sentenza costitutiva. L'opinione è comune a: ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*<sup>3</sup>, IV, Napoli, 1957, p. 259 ss.; ARIETA, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, in MONTESANO e ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2005, p. 582 s.; MERLIN, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella legge n. 353/1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 962 ss.; PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 18. In arg. v. anche CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Padova, 2006, p. 322, per il quale va negata l'anticipazione cautelare dell'effetto modificativo sostanziale che perseguono le azioni costitutive, senza escludere che la tutela d'urgenza possa essere azionata per conseguire utilità più circoscritte rispetto a quelle del giudicato costitutivo e della sua stabilità.

<sup>63</sup> Tanto che per designare l'insieme degli effetti che il fallimento produce nei riguardi del debitore e che ne costituiscono la condizione giuridica si fa di solito riferimento – sia pure in senso lato – allo *status* di fallito. In particolare sulla nozione di *status*, al di fuori della famiglia (coniugio, filiazione) e della comunità statale (cittadinanza), v. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1978, p. 137, che lo definisce come “*formula verbale che riassume una normativa*”.

<sup>64</sup> V., per tutti, LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2009, p. 178. Di avviso contrario PAGNI, *La tutela*, cit., p. 852 ss., secondo la quale “*non si anticipano gli effetti costitutivi della pronuncia di fallimento, ma, piuttosto, si anticipano gli effetti protettivi del patrimonio del fallito che a quella si ricollegano, ex art. 51 l.fall.*”.

<sup>65</sup> Solo i cautelari c.d. *conservativi* hanno, difatti, mantenuto il carattere di strumentalità rispetto alla decisione di merito, mentre per quelli anticipatori è stato introdotto il c.d. principio della *strumentalità attenuata* nel senso che nell'attuale sistema possono rimanere efficaci *sine die*, nonostante la causa di merito non sia stata instaurata ovvero si sia estinta. Così PUNZI, *Il processo civile sistema e problematiche*, Torino, 2010, p. 52. Sulla strumentalità attenuata v. anche BALENA, in BALENA e BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 329; BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità*

la strumentalità eventuale o attenuata, che ha indotto parte della dottrina a dubitare della stessa natura cautelare della tutela anticipatoria<sup>66</sup>, porta indirettamente ad escludere che questa tipologia di provvedimenti possa trovare applicazione in sede di istruttoria prefallimentare.

Gli arresti che sospendono le esecuzioni in corso appaiono illegittimi anche per un altro profilo, perché disattendono il principio che la sospensione dell'esecuzione (peraltro di competenza esclusiva del giudice dell'esecuzione *ex art. 623, c.p.c.*), non può mai disporsi con una misura cautelare "atipica" in presenza di uno strumento "tipico" qual è l'art. 624, c.p.c.<sup>67</sup> Si aggiunga che se il legislatore della riforma avesse inteso anticipare il blocco delle azioni cautelari ed esecutive singolari avrebbe sicuramente adottato anche per il ricorso di fallimento una disposizione dal contenuto analogo a quello dell'art. 168 l.fall. che vieta di iniziare o proseguire azioni esecutive per il periodo che intercorre dalla data di presentazione della domanda di concordato fino all'omologazione.

Allo stesso modo debbono ritenersi illegittime quelle pronunce che, nonostante escludano la possibilità di sospendere l'esecuzione a causa del carattere costitutivo della sentenza di fallimento, finiscono, di fatto, per impedire la concreta soddisfazione dei creditori che la hanno legittimamente promossa (o abbiano spiegato intervento)<sup>68</sup>. A conferma dell'uso distorto (*rectius*: abuso) dello strumento cautelare regolato dall'ottavo comma dell'art. 15 l.fall., va pure segnalato che i creditori (ai quali venga impartito l'ordine di costituire "*conti correnti dedicati*" ove

---

*attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in *Sulla riforma del processo civile – Atti dell'incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006*, Bologna, 2006, p. 71; MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in *Il processo civile di riforma in riforma*, I, cit., p. 72 ss.; PACILLI, *Il vincolo di strumentalità a doppio binario tra tutela anticipatoria e tutela di merito nella novellazione del 2005*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1365; QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006; SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia e Saletti, Padova, 2008, p. 288 ss.; VERDE, *Diritto processuale civile. Procedimenti speciali*, IV, Bologna, 2010, p. 42.

<sup>66</sup> CIPRIANI, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 26 s.; MONTELEONE, *L'evoluzione delle misure cautelari: verso l'introduzione del référé. Osservazioni generali*, in *La riforma del processo civile*, a cura di Cipriani e Monteleone, Padova, 2007, p. 457. In arg. v. pure CARRATTA, *Profili*, cit., p. 120 ss., per il quale i provvedimenti d'urgenza sarebbero anticipatori solo in senso improprio.

<sup>67</sup> Trib. Busto Arsizio, 28 luglio 2009 cit.

<sup>68</sup> Trib. Milano, 25 marzo 2010, cit.; Trib. Monza, 20 novembre 2009, cit.,

depositare le somme versate dal *debitor debitoris*) sono soggetti estranei al procedimento di cui all'art. 15 l.fall., né vengono chiamati a parteciparvi, con palese violazione del contraddittorio e del diritto di difesa, nonostante il collegio imponga loro obblighi e conseguenti responsabilità <sup>69</sup>.

Sempre alla luce di tali considerazioni non può nemmeno condividersi l'affermazione che il sequestro conservativo disposto a norma dell'ottavo comma dell'art. 15 l.fall., oltre ad escludere il rischio di un atto dispositivo del debitore ed a legittimare l'intervento nel processo di esecuzione forzata promosso dal creditore munito di titolo esecutivo, svolgerebbe la particolare funzione di sottrarre il bene all'aggressione esecutiva di terzi: sarebbe infatti diretto ad impedire la prosecuzione, fino alla decisione sul fallimento, dell'espropriazione forzata nel frattempo instaurata <sup>70</sup>.

Per le medesime ragioni va, inoltre, esclusa la possibilità di anticipare la decorrenza del periodo sospetto relativo all'azione revocatoria fallimentare <sup>71</sup> e quella del termine annuale per la dichiarazione di fallimento che, a norma dell'art. 10 l.fall., decorre dalla data di cancellazione degli imprenditori individuali e collettivi dal registro delle imprese <sup>72</sup>.

## 10. Il divieto di misure cautelari dal carattere innovativo rispetto agli effetti propri della sentenza di fallimento.

Anche i provvedimenti che autorizzano il sequestro giudiziario si pongono spesso in contrasto con il disposto dell'ottavo comma dell'art. 15 l.fall., in quanto determinano sulla struttura organizzativa e sulla go-

---

<sup>69</sup> E', come denuncia MARZOCCHI, *I provvedimenti*, cit., p. 1183 ss., quanto accaduto nella fattispecie decisa da Trib. Milano 25 marzo 2010 cit.

<sup>70</sup> L'opinione è di BELLE, *I provvedimenti*, cit., p. 7 ss.; *contra* PAGNI, *La tutela*, cit. p. 854.

<sup>71</sup> Scelta che, per altro verso, configge con la stessa *ratio* della riforma che ha introdotto significative limitazioni all'ambito di applicazione dell'azione revocatoria fallimentare. Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito v. Trib. Sulmona, 11 novembre 2009, ined., che, *inaudita altera parte*, ha disposto il sequestro giudiziario, con nomina di un custode giudiziario con compiti di amministrazione, di un ramo d'azienda oggetto di contratto di affitto stipulato tra la società debitrice ed altra società meno di sei mesi prima del deposito del ricorso per dichiarazione di fallimento, anche in considerazione della revocabilità del contratto ai sensi dell'art. 67 l.fall.

<sup>72</sup> Nello stesso senso DE SANTIS, *Istruttoria*, cit., p. 82; SANTANGELI, *Art. 15*, cit., p. 78.

*vernance* dell'impresa effetti diversi rispetto a quelli propri del fallimento: si pensi alla nomina di un curatore speciale o di un custode giudiziario con poteri gestori che limitano quelli dell'imprenditore (o dei soci e degli organi sociali).

Va subito osservato che la misura cautelare non può mai determinare effetti più ampi rispetto a quelli propri della (successiva) dichiarazione di fallimento; come pure il potere gestorio e dispositivo attribuito dalla (eventuale) sentenza di fallimento agli organi della procedura concorsuale, attenendo soltanto all'impresa ed al patrimonio sociale, non può interferire con lo strumento societario che è, e rimane, nella esclusiva disponibilità dell'imprenditore (o dei soci e degli organi sociali)<sup>73</sup>.

Segnatamente il sequestro giudiziario non può incidere sulla titolarità dell'impresa, né può scalfire il potere di disposizione dell'imprenditore<sup>74</sup>. Né la revoca dell'organo gestorio e la nomina di un amministratore giudiziario potrebbe ritenersi legittima in forza di quanto stabilito dall'art. 2409 c.c., atteso che tale norma è caratterizzata da una *ratio* (tutela dei soci e della società) e da presupposti affatto diversi rispetto a quelli propri dell'ottavo comma dell'art. 15 l.fall.<sup>75</sup> Di qui la corretta

<sup>73</sup> Su queste tematiche NIGRO, *La riforma organica delle procedure concorsuali e le società*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 79.

<sup>74</sup> Nel senso che l'attribuzione al custode dei poteri di amministrazione del patrimonio e di esercizio dell'impresa non può modificare la struttura organizzativa di quest'ultima v., ancora, PAGNI, *La tutela*, cit., p. 854 ss. Di avviso contrario GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p. 54; VITIELLO, *I presupposti del fallimento*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Torino 2008, p. 22.

<sup>75</sup> INZITARI, *Sostituzione cautelare dell'amministratore per l'istruttoria prefallimentare ex art. 15, penultimo comma, l.fall.*, cit., p. 352. Per completezza va segnalato che la denuncia ed il procedimento regolato dall'art. 2409 c.c. presuppongono la *mala gestio* degli amministratori a tutela degli interessi dei soci – anche di minoranza – dei creditori e dei terzi che possono essere pregiudicati dall'eventuale depauperamento sociale. In arg., prima della riforma del diritto societario del 2003, BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Processo civile e società commerciali*, Atti del XX Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, Milano, 1995, p. 129 ss., e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 515 ss.; GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità nella gestione sociale*, Padova 1994; LA CHINA, voce "*Società (ispezione giudiziaria)*", in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1152 ss.; TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, V, Torino, 1988, p. 189 ss. Dopo la riforma, CANALE, *Il "nuovo" procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ. (Numero speciale: diritto e processo commerciale)*, 2005, p. 72 ss.; NAZZICONE, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità nel nuovo art. 2409 c.c.: le novità della riforma societaria*, in *Le società*, 2003, p. 1078; SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 150 ss.

affermazione che la revoca dei componenti del consiglio di amministrazione in carica, con contestuale attribuzione dei poteri di gestione ordinaria e straordinaria ad un amministratore giudiziario<sup>76</sup>, costituisca un provvedimento illegittimo, poiché “*effettua una crisi del rapporto tra società e impresa*”<sup>77</sup>.

Di contro appare ammissibile la concessione del sequestro giudiziario a norma dell'art. 670 c.p.c.<sup>78</sup> su singoli beni, su complessi di beni o sull'azienda, con contestuale designazione di un custode con poteri di gestione attiva dell'impresa, fermo restando che deve comunque risultare in maniera netta il ruolo che l'imprenditore o gli organi sociali continuano a svolgere<sup>79</sup>. Difatti una sostituzione integrale (quale la revoca) dell'organo amministrativo, finirebbe per assurdo per individuare come destinatario del procedimento per l'apertura del fallimento lo stesso amministratore giudiziario, con l'abnorme conseguenza che l'istruttoria prefallimentare proseguirebbe nei suoi confronti e, dichiarato il fallimento, “*i residui effetti personali dovrebbero gravare sul soggetto nominato dal tribunale*”<sup>80</sup>.

---

Né sembra possibile richiamare la disciplina contenuta nell'art. 2476 c.c. in materia di revoca dell'organo amministrativo stabilita per le società a responsabilità limitata che postula l'avvenuta produzione di un pregiudizio al patrimonio sociale, di cui si chiede il risarcimento. Se è vero che in quest'ultima ipotesi è lo stesso legislatore che definisce cautelare il provvedimento di revoca è altrettanto vero che la rimozione dell'organo amministrativo ha un contenuto costitutivo e niente affatto strumentale, se non nella misura in cui evita la prosecuzione delle condotte pregiudizievoli. Su questi temi v. *amplius* FABIANI, *Tutela*, cit., p. 14 ss.; MARZOCCHI, *I provvedimenti*, cit., p. 1186 ss.

<sup>76</sup> Trib. Terni, 13 aprile 2011, in [www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6575.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6575.php); Trib. Novara, 24 febbraio 2010 cit.; Trib. Napoli, 23 giugno 2009, cit.

<sup>77</sup> FABIANI, *Tutela*, cit., p. 23 ss.

<sup>78</sup> È comunque innegabile una certa forzatura del dato normativo atteso che tale disposizione presuppone una controversia sulla proprietà o sul possesso.

<sup>79</sup> In arg. v. PAGNI, *La tutela*, cit. p. 854 ss., secondo la quale il provvedimento del giudice deve stabilire “*con precisione i confini dell'attività rimessa al terzo, ad evitare che si debba discutere se al soggetto in questione siano commessi soltanto atti conservativi, oppure anche quegli atti di gestione che consentano l'incremento della produttività*” e v., pure, la nota 27 ove si legge che per l'opponibilità ai terzi del conferimento dei poteri di gestione ad un soggetto diverso dall'organo amministrativo, occorrerà l'iscrizione nel registro delle imprese.

<sup>80</sup> FABIANI, *Tutela*, cit., p. 24. In arg. v. pure D'ORAZIO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti e Panzani, Torino, 2008, p. 96, per il quale l'istruttoria prefallimentare non ha ad oggetto lo scioglimento della società, né la rimozione degli organi sociali che restano in carica anche dopo la dichiarazione di fallimento; FERRO, *La revoca*, cit., p. 860.

## 11. L'illegittimità della cautela concessa per favorire soluzioni alternative al fallimento.

Si è visto che nell'attuale assetto normativo la tutela cautelare in ambito prefallimentare si atteggia come strumentale alla dichiarazione di fallimento ed è essenzialmente preordinata alla verifica dei presupposti di fallibilità. L'ottavo comma dell'art. 15 l.fall. non può, pertanto, utilizzarsi per consentire al debitore o ad un terzo soggetto (nominato dal tribunale) di proporre domanda di concordato preventivo (o accordo di ristrutturazione), invocando il blocco delle azioni esecutive e cautelari.

Non mancano però talune pericolose aperture della giurisprudenza di merito in tal senso <sup>81</sup>.

Per quanto concerne il debitore va innanzitutto segnalato che il ricorso ad uno strumento cautelare atipico è illegittimo ogni volta che l'ordinamento preveda un'apposita tutela per una determinata situazione giuridica. Per ottenere il blocco delle azioni esecutive e cautelari

---

<sup>81</sup> Nel senso che i provvedimenti cautelari di cui all'art. 15, co. 8, l.fall. svolgono la funzione di conservare il patrimonio dell'impresa in vista del fallimento e non possono utilizzarsi per anticipare gli effetti derivanti dalla instaurazione di procedure concorsuali diverse, come il concordato preventivo, v. Trib. Monza, 20 novembre 2009, in [www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1920.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1920.php); Trib. Biella, 9 ottobre 2009, in [www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1982.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1982.php). Parzialmente difforme Trib. Prato, 4 febbraio 2011, con nota di PACCHI, *Provvedimento cautelare e conservativo su richiesta del debitore in attesa di un accordo di ristrutturazione*, in *Dir. fall.*, 2011, II, 340, che, nel negare il blocco delle azioni esecutive e cautelari, concede termine – nel corso dell'istruttoria prefallimentare – fino a sette giorni prima della data dell'udienza per la presentazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis “*stante l'effettività e serietà delle trattative in corso quali emergono dalla documentazione prodotta*”; e, al contempo, nomina un amministratore giudiziale con il compito di salvaguardare i valori aziendali nell'interesse dei creditori fino alla conclusione del procedimento ex art. 182 bis l.fall. (anche al fine di riferire al tribunale in merito allo stato di avanzamento delle trattative per tale conclusione) o, al contrario alla dichiarazione di insolvenza.

Di avviso contrario Trib. Novara, 24 febbraio 2010, cit., che, nelle more della decisione di merito, ha differito la chiusura dell'istruttoria affinché il debitore potesse predisporre, come richiesto, un piano di concordato preventivo. Una dilazione sembra essere stata concessa all'imprenditore in crisi al fine di predisporre un piano di concordato preventivo, anche da Trib. Milano, 26 agosto 2010 ined., richiamata da DE CESARI e MONTTELLA, *Le misure cautelari e conservative nell'istruttoria prefallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 794, sub nota 13. Più in generale sull'arg. v., invece, App. Milano, 21 giugno 2011, in [www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6197.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6197.php), per la quale la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti non impedisce l'inizio o la prosecuzione di un procedimento per dichiarazione di fallimento.

è, infatti, sufficiente (e necessario) che il debitore depositi istanza per l'ammissione al concordato preventivo ovvero formuli una proposta di accordo di ristrutturazione, atteso che il sesto comma dell'art. 182 *bis* l.fall., recentemente novellato, anticipa la protezione dalle azioni esecutive e cautelari già nella fase delle trattative, e quindi ancor prima della formalizzazione dell'accordo.

Riconoscere al debitore la facoltà di accedere alla tutela cautelare per la conclusione di accordi o la proposizione di un concordato in sede di istruttoria prefallimentare comporta una evidente forzatura del sistema; ed infatti, procrastinando ulteriormente la dichiarazione di insolvenza si finisce per disattendere – da un lato – la normativa dell'art. 15, ottavo comma, l.fall. e – dall'altro – l'intendimento del legislatore di incentivare l'accesso al concordato preventivo o agli altri strumenti volti alla composizione negoziale della crisi. Né può condividersi un provvedimento che individui nell'amministratore giudiziale, nominato dal tribunale, il soggetto terzo che – in sostituzione del debitore – possa salvaguardare la conservazione dei valori aziendali per concludere un accordo *ex* art. 182 *bis* l.fall. o presentare un ricorso di ammissione al concordato preventivo<sup>82</sup>; per quanto detto nel paragrafo precedente il commissario giudiziale può svolgere esclusivamente una funzione tutoria, fermo restando che la legittimazione a chiedere l'ammissione alla procedura di concordato (o l'omologazione degli accordi di ristrutturazione) è compito esclusivo del debitore<sup>83</sup>.

PASQUALINA FARINA

---

<sup>82</sup> Così la recente Trib. Prato, 24 giugno 2011 in [www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6576.pdf](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6576.pdf), che ha attribuito a tale amministratore anche i poteri spettanti all'assemblea di scioglimento della società e di nomina dei liquidatori; e Trib. Prato, 4 febbraio 2011 cit.

<sup>83</sup> L'opinione è condivisa anche da MARZOCCHI, *I provvedimenti*, cit., p. 1186 ss.