

**SOSTITUZIONE CAUTELARE DELL'AMMINISTRATORE PER L'ISTRUTTORIA
PREFALLIMENTARE EX ART. 15, PENULTIMO COMMA, L. FALL.**

PROF. AVV. BRUNO INZITARI

*Ordinario di Diritto Civile Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Milano-Bicocca*

(Commento a Trib. di Monza in [IL CASO.it, I, 1602](#))

1. La novella fallimentare ha completamente riformulato l'art. 15 ed ha introdotto la previsione di un procedimento per la dichiarazione di fallimento, che si svolge avanti al tribunale in composizione collegiale. L'oggetto del procedimento per il cui svolgimento la nuova disciplina prevede il rispetto del contraddittorio ed il pieno rispetto dei diritti di difesa del debitore, è diretto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento e delle diverse condizioni di fallibilità in capo al debitore stesso.

La disciplina è pertanto assai più complessa ed articolata rispetto a quella dell'originario art. 15 della legge fallimentare del 1942. Quell'articolo, del resto, per l'assoluta inadeguatezza ad assicurare l'attuazione ed il rispetto dei diritti di difesa del debitore (basta ricordare che la norma prevedeva la comparizione di questi davanti al tribunale come mera eventualità), era stato, come sappiamo, nelle sostanza già abrogato da una risalente pronuncia della Corte Costituzionale (sentenza n. 141 del 1970).

Tra le diverse nuove articolazioni della disciplina del nuovo art. 15, spicca per la sua novità la previsione di un potere del tribunale di emettere, ad istanza di parte, provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, funzionali al compimento del procedimento prefallimentare e pertanto caratterizzati da una efficacia limitata alla durata del procedimento.

L'esigenza di assicurare la tutela dei diritti di informazione e di difesa del debitore nell'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, comporta inevitabilmente una maggiore complessità e durata del procedimento. L'accertamento ed il pieno contraddittorio non possono infatti che comportare lo svolgimento di attività difensive che si manifestano

attraverso la presentazione di memorie e di documenti necessariamente articolati nella fissazione di termini per le controdeduzioni difensive. L'esigenza, inoltre, di realizzare nel procedimento un pieno ed appagante accertamento, può spesso rendere necessaria l'ammissione e l'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, con la conseguenza di una possibile dilatazione dei tempi dello stesso procedimento. Di qui il pericolo che nel corso del procedimento possano essere compiuti atti a danno del patrimonio del debitore e che anche nel caso in cui il procedimento si concluda con la dichiarazione di fallimento, potrebbe essere difficile se non impossibile rimuovere, con conseguente grave pregiudizio per i creditori.

La nuova previsione del penultimo comma dell'art. 15, che conferisce al tribunale il potere di emettere provvedimenti cautelari o conservativi, è diretta a contrastare tale possibilità pregiudizievole in tutti i casi in cui, ad istanza di parte, sia richiesto al collegio l'adozione di una giustificata cautela.

I provvedimenti cautelari o conservativi rientrano tra le misure cautelari di natura atipica che, secondo quanto previsto dall'art. 700 e 669 *quaterdecies* c.p.c., possono avere il più diverso contenuto. Accanto ai provvedimenti conservativi più tradizionali, si possono indicare altri, definiti infatti *più creativi*^[1], quali quelli diretti a sospendere il potere di gestione dell'imprenditore attraverso la sostituzione dell'imprenditore con un amministratore nominato dal Collegio, con poteri di ordinaria amministrazione (e di straordinaria solo su autorizzazione del Collegio) con l'eventuale assegnazione di compiti individuati dal collegio stesso (come in questo caso di collaborare con il CTU nominato per l'accertamento della contabilità ed in ultima analisi di elementi rilevanti per l'insolvenza) oppure attraverso la limitazione dei poteri di gestione alla sola amministrazione ordinaria, mediante la nomina di un custode, al quale attribuire i poteri di amministrazione straordinaria, previa autorizzazione dello stesso tribunale fallimentare.

Questi ultimi provvedimenti possono risultare necessari allorché si manifesti il concreto pericolo che lo stesso imprenditore, nel tempo necessario a portare a compimento il procedimento prefallimentare, possa pregiudicare il patrimonio posto a garanzia delle ragioni dei creditori, e conseguentemente si renda necessario impedire l'esercizio dei poteri di amministrazione ordinaria e/o straordinaria nell'impresa.

[1] Così Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 152.

2. Nel caso che ha dato origine all'ordinanza del Tribunale di Monza, con cui è stato nominato un amministratore in sostituzione degli organi della società sino alla decisione del tribunale stesso in ordine alla istanza di fallimento, l'esigenza di un intervento con un siffatto provvedimento cautelare e conservativo, è stato originato dagli sviluppi di una indagine penale intrapresa dalla Procura della Repubblica.

L'allarme per le condizioni in cui versava il patrimonio della società e per il comportamento pregiudizievole degli amministratori, in questo caso, non era stato lanciato da creditori insoddisfatti per il mancato adempimento dei propri crediti, bensì dai dipendenti della società. Questi denunciavano infatti di avere constatato gravi irregolarità che pregiudicavano il patrimonio della società, e tale denuncia l'avevano indirizzata piuttosto che al Tribunale fallimentare, alla Procura della Repubblica.

L'indagine che ne era scaturita investiva pertanto la fraudolenta diminuzione del patrimonio in danno dei creditori ed in particolare dei 370 dipendenti della società, i quali vedevano compromessa la regolarità del pagamento delle retribuzioni.

A seguito di tale denuncia l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento è stata presa dalla Procura, con una istanza dalla quale emergeva l'indagine in corso avviata dalla stessa Procura per tutta una serie di gravi irregolarità che avevano compromesso e potevano ulteriormente compromettere il patrimonio della società a danno dei creditori. Nello stesso tempo, ai fini più propriamente fallimentari, dalle risultanze fornite dalla Procura non emergevano elementi che comprovassero lo stato di insolvenza della società. La laboriosità delle indagini appena iniziate non consentiva infatti di identificare elementi adeguatamente rilevanti e conclusivi per la dichiarazione di insolvenza.

Il Tribunale fallimentare chiamato, dunque, a valutare tale istanza della Procura - dopo avere verificato sia pure in modo sommario, la scarsa attendibilità dei bilanci del 2007 e 2008, che, infatti, risultavano contrassegnati da poco verosimili appostazioni correttive di ingentissime perdite attraverso l'appostazione di proventi di natura straordinaria altrettanto ingenti ed improvvisi, come pure da inspiegabili incrementi di riserve straordinarie -, al fine di verificare l'esistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento richiesta dalla procura, provvedeva ad una adeguata istruttoria, ponendo mano ad una consulenza tecnica volta ad accertare la sussistenza attuale dello stato di insolvenza alla luce della

ricostruzione di una situazione patrimoniale aggiornata, nominando a tal fine un consulente.

Successivamente alla udienza fissata per il giuramento del CTU, considerato che per l'espletamento della perizia volta all'accertamento della veridicità dei bilanci sarebbero stati necessari 30 giorni, il Tribunale in composizione collegiale, in accoglimento della richiesta del Pubblico ministero, ha provveduto *ex art. 15 l.fall.* a revocare temporaneamente sino alla decisione in ordine alla istanza di fallimento, il consiglio d'amministrazione in carica ed a nominare in sostituzione un amministratore straordinario con poteri di gestione e di ordinaria amministrazione e, su autorizzazione del Collegio, di straordinaria amministrazione, precisando che l'amministratore nominato in sostituzione avrebbe dovuto attuare una gestione conservativa ed avrebbe dovuto collaborare con il già nominato CTU per fornire ogni dato utile alla evasione del quesito, provvedendo nello stesso tempo ad ordinare alla cancelleria di provvedere a comunicare immediatamente il provvedimento di modifica degli organi sociali al registro delle imprese.

3. Il provvedimento adottato dal tribunale risulta finalizzato a realizzare la cautela piuttosto che attraverso un sequestro dei beni dell'impresa, con modalità che incidono sulla gestione, mediante l'esclusione temporanea degli amministratori da ogni potere di gestione della società. Tale risultato viene raggiunto, a parere del tribunale, attraverso una misura cautelare volta a sospendere da ogni potere gli amministratori (secondo il provvedimento, *il Collegio reputa che debba essere inertizzata la figura dell'amministratore e la gestione della società debba essere affidata a soggetti terzi*), in considerazione della necessità di assicurare la gestione della società a soggetti, appunto, terzi che abbiano la fiducia del tribunale e che siano in grado di consentire senza che la società subisca ulteriori danni, di assicurare una gestione conservativa ed immune da azioni dannose degli amministratori, durante la delicata fase della istruttoria prefallimentare e sino alla sua conclusione. In questo modo il tribunale intende raggiungere il risultato di coniugare assieme sia l'esigenza di svolgere l'istruttoria in ordine all'accertamento dei presupposti dello stato di insolvenza, sia l'esigenza di impedire in concreto il depauperamento *medio tempore* del patrimonio del debitore. Se l'istruttoria prefallimentare si concluderà con l'accoglimento dell'istanza di fallimento, la cautela della temporanea sostituzione degli amministratori e della sostituzione di essi con amministratore nominato dal tribunale, avrà consentito di evitare ulteriori danni ai creditori fallimentare.

Se al contrario, all'esito della perizia che sarà consegnata dal CTU, Il Tribunale non dovesse riscontrare i presupposti per la dichiarazione di fallimento, la società potrà esse essere restituita alla sua normale amministrazione.

Lo stesso provvedimento in commento mette in luce le profonde analogie tra questa misura cautelare ed il procedimento *ex art. 2409 c.c.*, con la differenza che in questo caso l'interesse alla *inertizzazione* degli amministratori (per riprendere le parole dell'ordinanza), trova il suo presupposto nel pericolo che questi possano con i loro atti pregiudicare il patrimonio sociale e quindi pregiudicare le possibilità di soddisfazione nella successiva procedura concorsuale.

Il procedimento avviato dal Tribunale di Monza si rivela quindi contrassegnato dalla finalità di tutelare la garanzia patrimoniale che il debitore offre ai creditori - a differenza di quello *ex art. 2409*, che è volto principalmente alla tutela dei soci e della società. Tale garanzia si identifica nel nostro caso con il patrimonio sociale e, per quei casi in cui in concreto sia ancora possibile dichiarare il fallimento per l'imprenditore individuale (ipotesi questa sempre meno frequente, attesi i livelli dei nuovi limiti di fallibilità), con il patrimonio dello stesso imprenditore.

Il provvedimento adottato lascia emergere, pertanto, rilevanti novità e significative potenzialità del nuovo procedimento cautelare *ex art. 15*. Le più articolate dimensioni ed i più elevati livelli di approfondimento che oggi può assumere l'istruttoria prefallimentare possono consentire di far emergere rilevanti dati sulla incidenza del comportamento degli amministratori nella gestione della società ai fini della valutazione del pericolo di una sua diminuzione di valore, dispersione, compromissione per i più diversi motivi. I diversi provvedimenti cautelari sino all'adozione di quello qui esaminato, consentono di realizzare una efficace tutela della integrità della garanzia patrimoniale offerta dal debitore ai creditori. La sospensione dei poteri di gestione degli amministratori che, con il loro operato potrebbero compromettere la garanzia patrimoniale, risulta pertanto una misura in molti casi necessaria per contrastare il pericolo che i creditori debbano subire oltre che il danno dell'insolvenza anche il maggior danno della dispersione e compromissione del patrimonio nella fase del procedimento per la dichiarazione di fallimento. La cautela che può essere applicata con il ricorso all'art. 15, penultimo comma, è comunque sempre destinata alla tutela del patrimonio. Questo carattere e finalità del provvedimento cautelare non viene comunque a modificarsi per il fatto che le modalità di attuazione della cautela comportano la sospensione e la sostituzione dei poteri gestori degli amministratori in quanto la sospensione dei poteri e la sostituzione nella

gestione tendono a realizzare piuttosto che la finalità di tutela della regolarità della gestione e continuità aziendale della società proprie dell'art. 2409 c.c., la tutela della garanzia patrimoniale proprie dell'art. 2740 c.c.

I presupposti per il provvedimento *ex art. 15*, penultimo comma, non possono essere altri che quelli previsti in generale per i provvedimenti cautelari *ex art. 700 c.p.c.*.

Nell'identificare in concreto questi presupposti, si dovrà tenere conto che il *fumus boni juris* dovrà essere rapportato alla concreta potenziale fondatezza della domanda di fallimento con la quale è stato in concreto dato origine al procedimento prefallimentare. In particolare la situazione che dovrebbe rendere necessaria una siffatta cautela potrà consistere nella circostanza che il compimento della istruttoria fallimentare necessita di un tempo ragionevole per l'acquisizione di ulteriori dati che potranno essere estratti o elaborati attraverso il compimento di una perizia o altri accertamenti.

Per assolvere al presupposto del *fumus boni juris*, il giudice del fallimento dovrà pertanto accertare in pratica la *verosimile fondatezza* della domanda di fallimento, rispetto ai dati sia pure incompleti sino a quel momento raccolti.

Inoltre l'altro elemento del *periculum in mora* dovrà essere verificato rispetto al concreto rischio della lesione sia della garanzia patrimoniale sia della *par condicio creditorum* a danno dei creditori concorsuali, che entrambe potrebbero essere compromesse nel lasso di tempo necessario al completamento della istruttoria prefallimentare.

Da quanto abbiamo osservato deriva che, per effetto della stretta strumentalità di questo procedimento cautelare con il compimento degli atti utili alla definizione della istruttoria prefallimentare, deve essere esclusa la possibilità di una attrazione di tale procedimento cautelare nel sistema e nella disciplina del nuovo processo cautelare riformato di cui agli art. 669 bis e seguenti.

La motivazione del provvedimento in commento sottolinea correttamente l'estraneità del procedimento cautelare *ex art. 15 l. fall.* alle più generali regole previste nel procedimento di diritto comune degli art. 669 bis e seguenti.

La ragione risiede in motivi funzionali, in quanto *l'efficacia interinale è limitata alla durata dell'istruttoria che in sé è infinitamente più ridotta di quella di un giudizio ordinario.*

Nel sistema del procedimento per la dichiarazione di fallimento il carattere provvisorio della cautela previsto dal penultimo comma dell'art. 15

viene infatti ulteriormente accentuato rispetto alla disciplina del codice di procedura. La durata del provvedimento è di per sé contenuta nella sua durata con la conseguenza che l'apertura di una procedura di reclamo finirebbe per svolgersi anche nel tempo successivo alla chiusura della istruttoria prefallimentare.

Questo vorrebbe dire che anche dopo la dichiarazione di fallimento o il rigetto della domanda di fallimento potrebbe risultare ancora aperta la procedura di reclamo in un tempo in cui comunque la cautela sicuramente sarebbe già venuta meno. In altre parole la considerazione che il procedimento prefallimentare, per quanto possa essere complessa e di rilevante durata, è pur sempre una procedura contenuta in un tempo ragionevole, esclude di per sé l'inutilità della procedura di reclamo, infatti va considerato che, con il cessare della procedura, viene comunque meno l'oggetto stesso del reclamo.

La formulazione dell'art. 15, penultimo comma, è del resto coerente con queste caratteristiche del procedimento per la dichiarazione di fallimento ed infatti lo stesso art. 15 collega strettamente l'efficacia del provvedimento cautelare alla conferma o alla revoca che a seconda dei casi, si avrà con la sentenza di fallimento o con il decreto che rigetta l'istanza di fallimento.

Inoltre, se pure per ipotesi si dovesse ipotizzare la possibilità di un reclamo, non essendo prevista al riguardo una specifica competenza questa dovrebbe essere attribuita alla Corte d'Appello, ipotesi ancor meno compatibile con la temporaneità e brevità di durata della cautela.

In conclusione il provvedimento in esame, anche alla luce della rilevanza degli elementi sistematici e ricostruttivi che emergono dalla chiara motivazione, ha sicuramente il pregio di fornire nel pragmatismo della soluzione giurisprudenziale una adeguata ricostruzione anche sistematica dei caratteri più rilevanti per l'applicazione della nuova *cautela prefallimentare*, aprendo la strada anche per le future applicazioni della prassi ad una complessiva interpretazione della funzione del provvedimento interinale strettamente collegata con il corretto svolgimento della istruttoria prefallimentare stessa.

L'esigenza di assicurare nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, il rispetto delle garanzie di difesa e di informazione, ha comportato una inevitabile maggiore complessità procedurale. Ma la garanzia del "giusto processo" nell'accertamento in contraddittorio dell'insolvenza viene e deve essere coniugato con l'altro principio del "giusto processo" vale a dire quello secondo cui i tempi del processo non possono risolversi a danno dei diretti interessati al procedimento, nel nostro

caso, in primo luogo, dei creditori. La previsione quindi di una *cautela fallimentare*, quale quella dell'art. 15, penultimo comma, risulta pertanto funzionale all'attuazione dell'art. 111 Cost. in quanto, identificando tale disposizione nella durata del processo la causa di un possibile danno alle parti consente l'adozione di siffatte misure interinali di riequilibrio.

Questa prima applicazione della nuova misura cautelare fa emergere un rinnovato significato ed equilibrio della fase di accertamento dell'insolvenza, così come prevista dalla nuova disciplina introdotta dalla novella fallimentare. La cautela *ex art. 15* assume quindi in quest'ottica una centrale importanza, in quanto si rivela misura necessaria a bilanciare nell'accertamento dell'insolvenza la tutela del debitore con l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia patrimoniale, sin dalla sua primissima fase dell'istruttoria prefallimentare.

Un provvedimento cautelare che realizzi il blocco di beni o di poteri gestori o, come in questo caso, sostituisca temporaneamente gli amministratori con un amministratore o custode giudiziario, risulta strumento quindi destinato ad essere considerato di necessaria se non addirittura frequente applicazione. Esso infatti può risultare funzionale ad impedire che i tempi necessari, dell'istruttoria prefallimentare pregiudichino il diritto dei creditori, risultato questo che contrasterebbe oltre che con le finalità della disciplina fallimentare, anche con i richiamati principi del giusto processo.