

TUTELA CAUTELARE E RAPPORTI FRA IMPRENDITORE E AMMINISTRATORE GIUDIZIARIO DELL'IMPRESA

MASSIMO FABIANI

Sommario: 1. Le misure cautelari nel processo per fallimento. – 2. Le misure cautelari che attengono alla gestione. – 3. Il sequestro giudiziario. – 3.1. Particolarità del sequestro nel processo per fallimento. – 4. Misure cautelari e revoca dell'amministratore. – 4.1. La revoca dell'amministratore nella s.r.l. – 4.2. Il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. – 5. Il difficile espunto nell'istruttoria prefallimentare. – 6. La nomina dell'amministratore provvisorio dell'impresa. – 7. Conclusioni.

1. – Le misure cautelari incastonate nella disposizione che governa il processo per dichiarazione di fallimento (art. 15 l.fall.) hanno suscitato una timida curiosità degli interpreti¹ e una certa diffidenza fra i giudici per il primo biennio successivo alla Riforma del 2006.

Poi questo interesse si è progressivamente incrementato e l'impatto giurisprudenziale è cresciuto esponenzialmente e così molteplici sono le misure cautelari che sono state applicate.

Lo scopo essenziale di questa indagine è specifico: non si vuole andare alla ricerca di quali siano le misure potenzialmente applicabili² né ci si occuperà dell'appartenenza di queste misure al *genus* dei provvedimenti

¹ Da un punto di vista ancor più generale è doveroso segnalare come si sia spesso stentato ad accostare la tutela cautelare alle procedure concorsuali, tant'è vero che al tema fu dedicato il Convegno organizzato dalla SISCO a Milano il 25 novembre 1989 i cui Atti sono raccolti nel volume *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali*, nella collana *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1991, e solo in quella occasione è stato offerto alla comunità scientifica un contributo destinato specificamente al trattamento della tutela d'urgenza nelle procedure concorsuali (F. Tommaseo, *La tutela cautelare d'urgenza nelle procedure concorsuali*, in *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali*, cit., 92).

² La casistica si è molto arricchita nel tempo; fra i tanti cataloghi di misure cautelari, v., R. Bellè, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Fallimento*, 2011, 7; S. De Matteis, *sub art. 15*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 122; C. Cavallini, *sub art. 15*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, I, Milano, 2010, 328; F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore e A. Bassi, I, Padova, 2010, 405.

cautelari (con tanto di applicazione o di rifiuto dello statuto dei provvedimenti cautelari di cui al procedimento uniforme, nonché della distinzione fra misure anticipatorie e conservative³),⁴ ma l'attenzione sarà riposta su una fattispecie particolare, quella che da un lato presenta vantaggi competitivi prospettici e che tuttavia, alla prova dei fatti, si rivela anche intimamente densa di criticità: la designazione di un "soggetto" cui il tribunale si rivolge per organizzare la gestione dell'impresa durante lo snodarsi del procedimento prefallimentare⁵. Questa terminologia è volutamente espressa in forma atecnica proprio per lasciare spazio alla pluralità delle esperienze sino ad ora maturate.

³ Per l'ammissibilità di provvedimenti di natura sostanzialmente anticipatoria, ma senza che da ciò se ne possa far conseguire il regime di ultrattività di cui all'art. 668 *octies* c.p.c., v., F. Ghignone, *I provvedimenti cautelari o conservativi nell'ambito dei giudizi di dichiarazione di fallimento: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Giur.comm.*, 2010, II, 503; M. Cordopatri, *Le procedure concorsuali e le misure urgenti di cui all'art. 15 legge fallim.*, in *Dir.fall.*, 2011, II; 32); proprio perché l'ultrattività è esclusa per legge nell'art. 15, 8° comma, l.fall., ha più senso discorrere del possibile contenuto, là dove per "cautelari", in contrapposizione a "conservativi", ci si vuole riferire a provvedimenti con contenuto "innovativo" (secondo la classica definizione di A. Attardi, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Padova, 1994, 148), v., C. Cavallini, *sub art. 15*, cit., 331; F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 403; M. 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 G. Palmieri, Torino, 2009, 53.

⁴ La natura cautelare di queste misure non è seriamente controversa; peraltro vi è un netto dissenso in dottrina sull'applicabilità del procedimento cautelare uniforme (o di gran parte delle disposizioni che lo compongono), visto che mancherebbe quella situazione di compatibilità prescritta dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. che permette di invocare le regole di cui agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c. Per l'applicazione dello statuto dei provvedimenti cautelari, v. I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2011, 864; P. Marzocchi, *I provvedimenti cautelari nell'istruttoria prefallimentare: i limiti agli effetti anticipatori*, in *Fallimento*, 2010, 1183; F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 403; S. De Matteis, *sub art. 15*, cit., 123; F. Russo, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento (la fase c.d. prefallimentare)*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. Apice, I, Torino, 2010, 110; Trib. Pavia, 6 luglio 2011, in www.ilcaso.it; ; Trib. Nocera Inferiore, 23 novembre 2007, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Fallimento*, n. 309; in senso dubitativo, F. Ghignone, *I provvedimenti cautelari o conservativi*, cit., 501; così pure C. Cavallini, *sub art. 15*, cit., 331, ad avviso del quale non sembra così importante stabilire l'applicabilità del procedimento cautelare uniforme posto che la disciplina specifica sarebbe autosufficiente; in senso opposto, B. Inzitari, *Sostituzione cautelare dell'amministratore per l'istruttoria prefallimentare ex art. 15, penultimo comma, legge fallim.*, in *Dir.fall.*, 2009, II, 354, esclude che si possano invocare le norme del codice di rito; M. Cordopatri, *Le procedure concorsuali e le misure urgenti*, cit., 332; L. D'Orazio, *Il procedimento per dichiarazione di fallimento*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, 96.

⁵ Va precisato per chiarezza espositiva che nella trattazione saranno considerati i profili che attengono all'insolvenza delle società di capitali e ciò per un duplice ordine di rilievi: *i*) il rapporto società/impresa presenta maggiori spigolosità rispetto al caso delle società personali e al caso dell'impresa individuale; *ii*) per effetto della riforma dell'art. 1 l.fall., il fenomeno dell'insolvenza dell'impresa individuale tale da condurre alla dichiarazione di fallimento è divenuto fortemente recessivo.

L'art. 15 8^a comma l.fall., stabilisce che il tribunale può adottare «provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa»⁶.

È qui sufficiente ricordare che per la totalità degli interpreti l'espressione letterale non assume il valore di endiadi ma è rappresentativa di più fattispecie: da un parte le misure conservative sul patrimonio e dall'altra le misure cautelari sull'impresa, anche se non va escluso che si possano fornire anche più combinazioni (ad esempio, misure conservative sull'impresa o misure cautelari sul patrimonio).

Ai fini di questa breve indagine proviamo, allora, a dare per scontato che i provvedimenti cautelari possano essere rappresentati da misure tipiche, ma possano anche assumere un contenuto atipico⁷, con la precisazione che la cautela possa riguardare direttamente l'*impresa* e non solo i beni e i diritti che la compongono⁸. Non si tratta, quindi, soltanto di proteggere il patrimonio da atti di disposizione, ma anche di proteggere il valore dell'impresa conservando il ritmo fisiologico dell'attività, e ciò in funzione di una migliore tutela dei creditori⁹.

⁶ Il corsivo (dell'Autore) segnala la doppia disgiunzione.

⁷ S. De Matteis, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, I, Torino, 2009, 209; F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 404; M. Ferro, *La revoca dell'amministratore nell'istruttoria prefallimentare: prove generali di anticipazione dell'efficacia del fallimento successivo*, in *Fallimento*, 2009, 859; E. Frascaroli Santi, *Il tribunale fallimentare*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. Apice, I, Torino, 2010, 198; P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 152; V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 34; M. Sciacca, *L'istruttoria prefallimentare: profili processuali*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 62. Per F. Russo, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 109, se è vero che possono essere adottate misure atipiche, ciò però deve avvenire nei limiti di quanto previsto per le misure cautelari fissate nel codice di rito e nelle leggi speciali.

⁸ F. Ghignone, *I provvedimenti cautelari o conservativi*, cit., 498; M. Montanaro, *sub art. 15*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, I, Torino, 2010, 214.

⁹ Benché si debba escludere che scopo del fallimento sia la conservazione dell'impresa, vari indici di diritto positivo consentono di affermare che la conservazione dell'impresa (non il suo risanamento) è un valore primario del moderno concorso; si pensi alle norme in tema di affitto e di cessione dell'azienda; e, se si vuole, anche dell'esercizio provvisorio, v., in questo senso C. Cavallini, *sub art. 15*, cit., 332; F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 413; I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 858; F. Fimmanò, *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, in *Il nuovo diritto fallimentare (novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma)*, Commentario diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 465.

Vi è una sostanziale uniformità di vedute in ordine al fatto che la ragione dell'esistenza delle misure cautelari¹⁰ sia dovuta alla procedimentalizzazione dell'istruttoria prefallimentare, alla sua maggiore complessità in termini sia di accertamenti che di espansione di tempi¹¹. Per cercare di neutralizzare il tempo occorrente per un compiuto, per quanto semplificato, *iter* istruttorio, si è dunque ritenuto opportuno prevedere delle misure atte ad evitare o a ridurre i rischi connessi alla prosecuzione dell'attività in capo all'imprenditore.

Il fenomeno cautelare correlato all'apertura di una procedura concorsuale non è nuovo se si pensa alle disposizioni in tema di liquidazione coatta amministrativa (art. 195 l.fall.) e amministrazione straordinaria, ma in quelle fattispecie il provvedimento cautelare viene emesso *con* la dichiarazione dello stato d'insolvenza (o dopo), mentre l'art. 15 l.fall. anticipa alla fase istruttoria l'adozione delle misure.

Per ben comprendere le suggestioni generate dall'utilizzo della tutela cautelare per consentire ad un soggetto terzo di penetrare nella gestione dell'impresa di cui si discute se sia insolvente, occorre svolgere una premessa.

L'intero impianto della legge fallimentare pur se non è stato formalmente (topograficamente) ribaltato è decisamente sovvertito, nei fatti, dall'esaltazione della scelta di assicurare una corsia preferenziale alle diverse forme di composizione negoziata della crisi dell'impresa.

Il piano attestato di risanamento, gli accordi di ristrutturazione ed il modernizzato concordato preventivo assumono un ruolo centrale e non più sussidiario per risolvere la crisi dell'impresa. Anche se non sempre le soluzioni negoziate prevedono la continuità dell'attività d'impresa, la soluzione della regolazione della crisi in regime di continuità, talora imprenditoriale e più spesso aziendale (con separazione dei destini fra impresa e imprenditore), è il vero valore aggiunto della riforma del concorso, anche quando proprio le regole dei contratti vengono utilizzate per superare il regime legale del concorso¹².

¹⁰ Nella *Insolvenzordnung* il § 22 consente la nomina di un curatore provvisorio con il compito di adottare misure conservative sul patrimonio del debitore, continuare l'esercizio dell'impresa, valutare l'opportunità di dichiarare aperto il procedimento d'insolvenza. Nella *Ley concursal*, il richiamo alle misure cautelari della *Ley de enjuiciamiento civil* consente la nomina, *ex art.* 727 n. 2 di un amministratore [giudiziario] di beni produttivi.

¹¹ R. Bellè, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, cit., 5; B. Inzitari, *Sostituzione cautelare dell'amministratore*, cit., 345; M. Montanaro, *sub art. 15*, cit., 210; N. Pannulo, *L'istruttoria prefallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia, C. Piccininni e F. Severini I, Torino, 2010, 530; G. Fauceglia, N. Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, 68.

¹² Sia consentito un rinvio a M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 7; A. Jorio, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. dir.-Annali*, III, Milano, 2010,

È in questa nuova prospettiva che occorre apprezzare la direzione che hanno preso i tribunali nel voler valorizzare le misure cautelari che incidono sulla gestione dell'impresa¹³. Quando i giudici, con le diverse formule che di poi saranno esaminate, mostrano di voler tenere nella giusta considerazione le criticità derivanti dal rapporto fra manifestazione dell'insolvenza e opportunità di conservare ciò che residua dell'impresa, non si può che condividere un approccio "invasivo". Tuttavia va doverosamente segnalato, proprio per porre in allerta gli stessi protagonisti della scena dell'insolvenza (in principalità creditori e debitore), che purtroppo non raramente i tribunale intervengono nella gestione dell'impresa più per detronizzare l'imprenditore che per conservare l'impresa.

Questa considerazione che sgorga dalla disamina delle motivazioni di alcuni provvedimenti, spesso adottati su iniziativa di solerti pubblici ministeri (più che di avveduti creditori), induce a riflettere sui limiti che debbono essere posti in relazione a tutte quelle misure che incidono sulla gestione.

In fondo nel comparto concorsuale sta accadendo quanto era già avvenuto nel comparto societario. Le spinte per un controllo eteronomo affidato al pubblico ministero nella gestione delle società di capitali hanno intercettato un sonoro arresto con la riforma del diritto societario del 2003¹⁴, così come la tradizionale vocazione pubblicistica delle regole sulla crisi d'impresa ha subito un brusco *stop* per l'espunzione dell'iniziativa officiosa (art. 6 l.fall.) e per la limitazione dell'iniziativa del pubblico ministero. Orbene, al cospetto di un mutato diritto positivo, vi sono state reazioni da parte dei giudici, orientate da un lato nel non abbandonare il modello del procedimento di cui all'art. 2409 c.c. nelle s.r.l.¹⁵ e dall'altro nel cercare di imprimere un

331; F. Di Marzio, F. Macario, Introduzione, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, VII.

¹³ L'importanza di una gestione provvisoria dell'impresa è messa in luce da F. Pasquariello, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, 2010, 22.

¹⁴ S. Ambrosini, *Il controllo giudiziario*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 1, Padova, 2010, 818; C. Montagnani, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Padova, 2008, 8; F. Mainetti, *sub art. 2409*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, I, Bologna, 2004, 926; G. Terranova, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Dir.fall.*, 2007, I, 422; ma per una più prudente lettura v., E. Dalmotto, *sub art. 2409*, in *Il nuovo processo societario*, Commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2004, 1214; G.C.M. Rivolta, *Il controllo giudiziario sulla gestione nel nuovo diritto delle società*, in *Giur.comm.*, 2005, I, 751.

¹⁵ Dibattito destinato ad essere sopito dall'intervento col quale il giudice delle leggi (Corte cost., 14 dicembre 2005, n. 481, in *Società*, 2006, 451) ha rigettato la questione di legittimità costituzionale relativa alla mancata importazione per le s.r.l. del procedimento di cui all'art. 2409 c.c.; di recente, per l'esclusione dell'importazione nelle s.r.l. del procedimento camerale, v., Cass., 13 gennaio 2010, n. 403, in *Giur.comm.*, 2011, II, 500; per una sintesi di questo dibattito, cfr., S.

controllo esterno sulla gestione nel caso dell'insolvenza. L'esaltazione del valore della privatizzazione quale espressione di un neo-liberismo tanto nelle società che in occasione delle regole sulla crisi non è, tuttavia, sgombra da critiche e come si è di recente sottolineato il ruolo decisivo del giudice nelle liti societarie¹⁶ prevale sulla forza autonoma del mercato; così pure ho avuto occasione di predicare che la diffusività degli interessi che ruotano attorno ad un'impresa, impedisce che la crisi possa essere gestita con le sole regole dell'autonomia privata¹⁷.

Le osservazioni che seguono mirano, proprio, a fissare i paletti per un intervento esterno (ed eteronomo) sulla gestione dell'impresa, ma che sia equilibrato¹⁸ e volto nella direzione della salvaguardia dei valori imprenditoriali. La materia è complessa e delicata anche perché ancora una volta ci si trova al cospetto di un crocevia fra diritto sostanziale e diritto processuale e fra regole e mercato¹⁹.

Ambrosini, *Il controllo giudiziario*, cit., 837. Per una lettura "aperturista", di recente, A. Gargarella Martelli, *Sull'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l.*, in *Giur.comm.*, 2011, II, 510.

¹⁶ C. Gamba, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008, 5 ss.

¹⁷ M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 11 ss.; sugli equivoci fra autonomia e mercato, v. P. Montalenti, *La nuova società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 1, Padova, 2010, 5.

¹⁸ Sul difficile equilibrio fra contratto e interessi superindividuali nelle società, v., G.B. Portale, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. Giur.*, 2003, 145; E. Rimini, *L'art. 2409 c.c. e le s.r.l. dopo l'intervento della Consulta*, in *Giur.comm.*, 2006, II, 812.

¹⁹ Al noto dilemma fra autoregolamentazione ed eteroregolamentazione del mercato credo si debba rispondere nel senso che il mercato da solo può governare una fetta dei rapporti, ma quando i soggetti interessati all'andamento del mercato sono diversi da quelli che vi operano come imprese (ovvero quando vi è asimmetria fra i consociati coinvolti in una determinata vicenda, perché taluni dispongono di leve di potere che altri non hanno), allora l'eteroregolamentazione non può essere pretermessa (G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 26, osserva che nessun contrattualismo, anche il più equilibrato, può da solo governare i conflitti). Occorre un *fattore* esterno e questo non può che essere individuato nella legge e dunque nelle «regole per il mercato» (N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 67, precisa che una concezione naturalistica del mercato come 'luogo della libertà e spontaneità', è una visione utopica, perché il mercato va invece rappresentato come un regime normativo di relazioni economiche. Diversa, la recente lettura di L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 370, ad avviso del quale le regole devono esserci, ma vanno formate non in base a principi astratti quanto in forza dei bisogni di coloro che le devono subire e questi bisogni sarebbero, proprio, quelli del mercato). Se trasliamo queste riflessioni dal diritto dell'impresa al *diritto della crisi d'impresa*, rileviamo che l'interesse del mercato, qualunque sia la nozione che si vuole adottare, non può mai coincidere con l'interesse dei soli creditori [M. Sciuto, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 574]. In tal senso quando si pensa al potenziamento dell'autonomia privata intesa come autoregolamentazione dei rapporti impresa vs. creditori (sulla centralità dell'autonomia privata, cfr., F. D'Alessandro, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 333; P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229), occorre essere

Si è accennato, prima, alla scelta di non valutare in questo contributo le cc.dd. tecniche del procedimento. Sia, però, consentita una sola lapidaria riflessione: la particolare delicatezza di un intervento autoritativo sulla gestione dell'impresa così invasivo come può essere la nomina di un amministratore giudiziario, credo debba imporre, in ogni caso, la reclamabilità del provvedimento cautelare secondo il percorso di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c.²⁰.

2. In occasione del primo Seminario organizzato dall'Università di Firenze sulla riforma delle procedure concorsuali, quando erano ancora bollenti le rotative della gazzetta ufficiale nella quale era comparso il d.lgs. 5/2006, avanzai la tesi volta a configurare, fra le misure cautelari, la nomina di un "amministratore giudiziario dell'impresa", cui attribuire, anche, il compito di cercare una soluzione concordata con i creditori²¹.

A quella conclusione, forse un poco improvvisata se si riflette sul fatto che la negoziabilità era più una aspirazione che un dato effettuale, ero giunto sulla base di due considerazioni: *i*) il legislatore della Riforma nel prevedere che la proposta di concordato fallimentare può essere formulata da un terzo ha definitivamente spezzato il cordone ombelicale fra impresa e imprenditore; *ii*) la gestione dell'impresa che si trova in stato d'insolvenza non dovrebbe più spettare al debitore ma ai suoi creditori che sono diventati i titolari effettivi e ciò quando c'è un dissesto conclamato, anche se non giudizialmente (ancora) accertato²².

Nel nostro sistema, invece, la gestione dell'impresa insolvente continua a spettare al debitore e i creditori (anche per l'assenza di misure di allerta e prevenzione) possono solo chiedere che l'imprenditore venga dichiarato fallito, ma non possono aspirare a governarne il dissesto con gli strumenti

molto prudenti e non rifiutare, pregiudizialmente, un intervento eteronomo, quale è rappresentato nel caso in esame dalla tutela cautelare prefallimentare.

²⁰ Per questa soluzione, cfr., F. Ghignone, *I provvedimenti cautelari o conservativi*, cit., 511; S. De Matteis, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, cit., 219; F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 410; per la reclamabilità ai sensi dell'art. 26 l.fall., G. Scarselli, *La dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 58; *contra*, M. Montanaro, *sub art. 15*, cit., 222; S. Ambrosini, G. Cavalli e A. Jorio, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, XI, 2, Torino, 2009, 201; P. Celentano, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento e concordati*, a cura di P. Celentano e E. Forgillo, Torino, 2008, 142;.

²¹ Quella relazione è poi trasfusa nel saggio *Le misure cautelari fra tutela del credito e nuovo fallimento come tecnica di conquista dell'impresa insolvente*, cit., 53.

²² Sui problemi correlati alla gestione e al controllo dei creditori sull'impresa insolvente, v. L. Stanghellini, *Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2006, 377.

dell'autonomia negoziale pur quando ciò sarebbe possibile, ma non praticabile per l'ostruzionismo del debitore.

Da queste riflessioni era gemmata l'idea di utilizzare le misure cautelari di cui all'art. 15 l.fall. come grimaldello per scardinare l'apatia del debitore. A distanza di oltre un lustro sono ancora persuaso che quella strada possa rivelarsi virtuosa, ma credo sia giunto il momento di prendere consapevolezza dei rischi che le torsioni interpretative di questi anni hanno generato.

I problemi che a me paiono più seri attengono da un lato alla necessità di stabilire che tipo di cautela debba essere impressa e dall'altro al bisogno di definire bene il perimetro di azione del soggetto nominato dal tribunale.

L'esperienza di questi anni ci ha insegnato che non è probabilmente opportuno affidarsi agli stereotipi delle figure sacramentali (custode, curatore provvisorio o speciale, amministratore giudiziario, amministratore provvisorio, etc.) sia perché non è necessario visto che la misura cautelare può essere atipica, sia perché ciò che rileva sono i poteri che in concreto l'autorità giudiziaria attribuisce al "soggetto" designato²³.

Le indicazioni nominalistiche, però, nell'incertezza possono contribuire a dissipare qualche dubbio.

Per semplicità espositiva a me pare che le soluzioni ipotizzabili debbano ricondursi a tre ipotesi: *i*) la nomina di un custode in combinazione con un sequestro giudiziario; *ii*) la nomina di un amministratore giudiziario che sostituisce l'imprenditore; *iii*) la nomina di un amministratore provvisorio dell'impresa.

Nell'ipotesi *sub i*) l'ingerenza del custode può essere variabile ma certo l'imprenditore non viene spossessato della sua impresa; nell'ipotesi *sub ii*) ciò che accade è proprio la sostituzione dell'imprenditore, mentre nell'ipotesi *sub iii*) c'è una più marcata separazione fra imprenditore e impresa ma nel rispetto di ruoli che coesistono.

Anticipo subito che l'ipotesi della custodia è praticabile ma non sempre idonea a soddisfare i bisogni e che quella della sostituzione non pare giuridicamente sostenibile, sì che la preferenza va alla terza ipotesi e che per comodità potremmo definire mediana.

²³ In tal senso nella trilogia che si enuncia di seguito non compare la figura del curatore provvisorio o speciale, in quanto figura dai confini incerti e che, a seconda dei poteri di cui sarebbe investita, può essere ricondotto ad una delle tre ipotesi che saranno vagliate nel prosieguo.

3. Il sequestro giudiziario di beni è la misura cautelare tipica cui si ricorre quando, in presenza di una controversia sulla proprietà o sul possesso, si reputa necessario che la cosa contesa sia affidata ad un custode²⁴.

Il compito essenziale del custode è quello di fare in modo che la cosa controversa al termine della lite possa essere attribuita alla parte vittoriosa neutralizzando tutti i rischi insiti nel trascorrere del tempo ove sulla cosa non sia posta la dovuta attenzione.

Quando, però, un semplice sequestro giudiziario si applica ad una cosa dinamica ecco che sorgono le prime difficoltà perché si tratta di calibrare bene i poteri del custode, visto che una custodia esclusivamente conservativa potrebbe rivelarsi non meno pregiudizievole di una custodia attiva ma irrobustita da alcune garanzie²⁵.

Le esperienze sul campo sono due in particolare: il sequestro di azienda²⁶ e il sequestro di partecipazioni sociali²⁷.

In ambedue i casi²⁸ il sequestro assume un valore dinamico in quanto si tratta di gestire direttamente, nel caso dell'azienda, o indirettamente nel caso delle partecipazioni sociali, un'impresa. Colui che viene nominato custode è chiamato, dunque, a partecipare ad un'attività d'impresa²⁹.

Una volta verificato che là dove il sequestro giudiziario colpisce beni produttivi, le esigenze cautelari impongono la nomina di un soggetto cui debbono essere attribuiti poteri distribuiti in un ventaglio ricco di soluzioni a seconda delle diverse fattispecie, occorre, poi, chiedersi se nel processo per dichiarazione di fallimento possa intravedersi una lite sulla disponibilità di un bene. Certo non può essere escluso che al lume dell'atipicità della tutela si possa, pure, configurare un sequestro costruito come *tertium genus* – una

²⁴ R. Caponi, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile*, Milano, 2000, *passim*; M. Zumpano, *Sequestro conservativo e giudiziario*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 133.

²⁵ In termini consimili, G.U. Tedeschi, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, V, Torino, 1988, 253.

²⁶ Per la sequestrabilità dell'azienda, cfr., Cass., 24 settembre 2009, n. 20544, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 40; Cass., 21 gennaio 2004, n. 877, in *Giur. it.*, 2004, 1358.

²⁷ Per la pacifica sequestrabilità di azioni e di quote di s.r.l., vedi rispettivamente, per le azioni Cass., 18 giugno 2005, n. 13169, in *Foro it.*, 2006, I, 2864, e per le quote Cass., 26 maggio 2000, n. 6957, in *Società*, 2000, 1331,

²⁸ Per un panorama ampio e aggiornato, v., G. Guarneri, *Il sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Padova, 2008, 85; F. Corsini, *Il sequestro giudiziario di beni*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, Torino, 2005, 916.

²⁹ N. Abriani, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 1, Padova, 2010, 399.

sorta di sequestro conservativo dell'azienda e con nomina di un custode³⁰ -, ma se è possibile ricondurre la tutela ad una delle forme tipiche è più semplice selezionare l'ambito dei poteri gestori affidati al custode, non fosse altro perché esiste una casistica sufficientemente articolata cui ispirarsi.

Sulle colonne di questa Rivista³¹ ho recentemente provato a costruire un oggetto del processo per fallimento prossimo ma non identico al processo a contenuto obiettivo, osservando che oggetto del processo è un potere, quello di volere la trasformazione della regolazione di uno o più diritti di credito. Dalla disciplina civilistica dell'inadempimento a quella speciale della concorsualità. Se ci si arresta a questo rilievo non v'è dubbio che lo spazio per il sequestro sia troppo angusto³².

Ma, ad un esame un po' più raffinato, si potrebbe anche notare che, in fondo, quando si discute dell'applicazione della legge fallimentare e quindi dell'invocazione delle regole del concorso, in verità ci si pone, proprio, nell'ottica di una "lite" sulla destinazione dei beni del debitore³³. Il debitore vuole conservare il suo patrimonio e farne ciò che vuole, mentre i creditori vogliono che quel patrimonio sia loro destinato secondo le regole della concorsualità. Proprio nell'ambiente concorsuale già conosciamo una situazione che possiamo evocare a dimostrazione del fatto che i presupposti del sequestro giudiziario, quanto a tipologia di controversia, possono essere più distesi di ciò che si trae dalla lettura dell'art. 670 c.p.c. È noto, infatti, che il sequestro giudiziario è stato utilizzato in relazione alla tutela cautelare accessoria rispetto all'esercizio di azioni revocatorie fallimentari relative a negozi dispositivi dell'azienda del fallito. In quel frangente, pur fra non poche perplessità, la giurisprudenza ha spesso fatto uso dello strumento del sequestro per consentire una gestione avveduta dell'azienda nelle more della definizione del processo sulla revocatoria e in dottrina ci si è spinti a reputare compatibile il sequestro anche con l'*actio pauliana* nella quale ogni profilo condannatorio appare assente, a differenza di quanto talora assunto rispetto all'azione revocatoria fallimentare³⁴.

³⁰ I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 861.

³¹ *Si vis, L'oggetto del processo per fallimento*, in *Riv.dir.proc.*, 2010, 766.

³² Per l'ammissibilità del sequestro, ma senza che se ne possa far derivare una omogeneità con quello tipico del codice di rito, stante l'impossibilità di configurare una lite sul possesso, v., R. Bellè, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, cit., 12.

³³ In questa direzione, mi pare, anche I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 861.

³⁴ Trib. Milano, 25 novembre 2008, in *Fallimento*, 2009, 1312; Trib. Rieti, 29 ottobre 2002, in *Dir. fall.*, 2005, II, 342; Trib. Rimini, 30 marzo 2001, in *Fallimento*, 2002, 208; Trib. Genova, 13 marzo 1998, in *Foro it.*, 1998, I, 1997; M. Fabiani, *Il sequestro giudiziario nell'azione revocatoria promossa dal curatore fallimentare*, in *Foro it.*, 1998, I, 1997; in senso opposto, Trib. Milano, 6

Sulla scorta di queste considerazioni si può, allora, ammettere che esista una strumentalità fra il sequestro giudiziario e il processo per fallimento. Poiché il fallimento genera come effetto principale sul fallito lo “spossessamento” in relazione a beni e diritti, una misura che anticipa taluni, più limitati, effetti dello spossessamento è compatibile con i crismi della tutela cautelare.

Il sequestro giudiziario si rivela meno stravagante di quanto appaia alla prima impressione, pur se occorre essere più precisi in merito al fatto che la misura debba rivolgersi sui beni, sull'azienda o sull'impresa³⁵.

Poiché il sequestro giudiziario si attua secondo le forme dell'esecuzione per consegna o per rilascio (art. 605 c.p.c.), è abbastanza evidente che oggetto del sequestro possano essere i beni, tutti o solo alcuni, o l'azienda³⁶; non l'impresa che è esercizio di attività e che non può essere oggetto di sequestro.

3.1. Una volta ammesso che vi sia lo spazio giuridico per l'adozione del provvedimento di sequestro, si pongono due ulteriori questioni: a) se e come debba essere determinato lo spettro di applicazione del sequestro e b) quali poteri vadano affidati al custode.

La risposta al primo quesito presuppone la risoluzione di un ulteriore interrogativo e cioè se ed in quale entità nella materia cautelare e in quella

aprile 2009, in *Fallimento*, 2009, 1311; Trib. Napoli, 14 luglio 1998, in *Dir. fall.*, 1999, II, 393; F. Corsini, *Il sequestro giudiziario di beni*, cit., 866. Per C. Consolo, *La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni della massa*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 391, per effetto della sentenza il bene viene [proprio] «restituito» alla garanzia patrimoniale del creditore vittorioso, ciò che non ostacolerebbe, allora, la pronuncia di un sequestro. Per superare l'empasse, R. Conte, *Sequestro giudiziario e sequestro conservativo tra revocatoria fallimentare e revocatoria ordinaria*, in *Fallimento*, 2009, 1320, reputa proponibile un ricorso ex art. 700 c.p.c., guarda caso rinviando a quella tutela innominata che anche nel processo per dichiarazione di fallimento viene più volte evocata.

³⁵ Per la praticabilità del sequestro giudiziario, S. De Matteis, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, cit., 211; F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 405; I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 861; N. Pannulo, *L'istruttoria prefallimentare*, cit., 535.

³⁶ F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 416. Per il sequestro dell'azienda da attuarsi nelle forme di cui all'art. 605 c.p.c. e con nomina di un custode giudiziario cui siano affidati i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, v., Trib. Voghera, 1° febbraio 2008, in *Giur.comm.*, 2010, II, 491. Formalmente è un sequestro giudiziario anche quello disposto da Trib. Verona, 21 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2026, ma in quell'occasione i giudici hanno affidato al custode gli stessi poteri dell'organo amministrativo e in sua sostituzione. Non troppo diverso il caso deciso da Trib. Novara, 24 febbraio 2010, in *Fallimento*, 2010, 1180, ove è stato disposto il sequestro giudiziario dell'intera azienda con affidamento di tutti i poteri al custode, con la sola esclusione del potere relativo alla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo. Classico, invece, il caso deciso da Trib. Novara, 29 aprile 2011, in *ilcaso.it* in merito ai poteri conservativi del custode.

speciale fallimentare, debba trovare applicazione il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

Il principio appena evocato è reso diritto positivo nella norma di cui all'art. 112 c.p.c., ovverosia una disposizione innestata nel Libro Primo del codice di procedura civile, quel Libro che contiene regole di generale applicazione. Ciò posto, a me pare che la lettura decisamente preferibile sia quella che vuole applicato anche ai processi cautelari il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato in quanto la tutela cautelare è una tutela strumentale a quella di merito³⁷. Se nel giudizio di merito il giudice deve elargire tutela dichiarativa nei limiti in cui gli viene richiesto, è coerente che anche nella tutela strumentale il giudice debba assecondare la domanda della parte, ovviamente fatto salvo il potere del giudice di diversamente qualificare, dal punto di vista giuridico, i fatti narrati dal ricorrente³⁸.

Quando si somministra tutela cautelare tipica il giudice della cautela è tenuto a non debordare dalla richiesta, potendo disporre d'ufficio quelle sole misure idonee a rendere effettiva e funzionante la misura concessa. È chiaro che rispetto, invece, all'atipicità della cautela i poteri del giudice si possano dilatare ma sempre nella prospettiva di rendere il provvedimento funzionale all'esigenza di tutela richiesta dal ricorrente, posto che va rammentato che l'art. 15 l.fall. stabilisce espressamente che misure cautelari non possano essere disposte d'ufficio³⁹, a differenza di quanto accade per le procedure amministrative (v., art. 195 l.fall.).

Questa conclusione non trova smentita nel fatto che nel processo per fallimento vengano in gioco interessi superindividuali⁴⁰. Non è revocabile in dubbio che il fallimento non sia questione stretta rigorosamente nel rapporto duale creditore-debitore, ma è certo che l'odierna espunzione dell'iniziativa officiosa impone all'interprete di valutare il processo per dichiarazione di fallimento come un processo nel quale le parti giocano un ruolo da

³⁷ L.P.Comoglio, C. Ferri e M.Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, Bologna, 2011, 22; C. Mandrioli (agg. A. Carratta), *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2011, 258; C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, Torino, 2010, 85; G. Verde, *Diritto processuale civile*, IV, *Procedimenti speciali*, Bologna, 2010, 51; L. Salvaneschi, *La domanda e il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Padova, 2008, 388; S. Recchioni, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, Torino, 2005, 274; *contra*, G. Arieta, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1985, 317.

³⁸ L. Salvaneschi, *La domanda e il procedimento*, cit., 387.

³⁹ I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 857; D. Plenteda, *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, Milano, 2008, 73.

⁴⁰ Così, invece, mi pare F. Ghignone, *I provvedimenti cautelari o conservativi*, cit., 506, il quale pur con alcune perplessità conclude per l'attribuzione al tribunale di poteri officiosi nella determinazione della misura.

protagoniste, tant'è che senza che persista domanda del creditore il processo non può proseguire per concludersi con una decisione sul merito.

Pertanto il tribunale deve disporre il sequestro su singoli beni, su complessi di beni o sull'azienda a seconda di quella che è la richiesta della parte⁴¹, sempre che sussista il *periculum in mora* rispetto ai beni o all'azienda⁴².

L'altro profilo delicato è quello che pertiene alla definizione del perimetro dei poteri da affidare al custode⁴³. Anche in relazione ai poteri custodiali si pone il problema dell'art. 112 c.p.c., ma la formula piuttosto elastica di cui all'art. 676 c.p.c. permette di disegnare un nucleo di poteri che derivino dalle scelte del giudice più che dalle scelte del ricorrente.

L'esperienza delle custodie di aziende e di partecipazioni sociali induce a ritenere che il tribunale debba prescrivere in modo analitico i poteri assegnati al custode, se mai riservandosi di integrarli in relazione a specifiche richieste⁴⁴.

Quando viene designato un custode dell'azienda cui siano, pure, affidati poteri di gestione attiva dell'impresa⁴⁵ (tramite la gestione dell'azienda), non v'è dubbio che chiara è la separazione rispetto all'imprenditore che tale resta, quanto a varietà di forme di legittimazione, rispetto al processo e rispetto ai terzi⁴⁶. Il processo per fallimento prosegue dopo l'emissione della misura cautelare e il debitore di cui si chiede il fallimento è sempre l'imprenditore e non il custode. Che si tratti di richieste istruttorie o si tratti di domande di merito, unico legittimato a presentarle è il debitore.

Ciò significa che ove il debitore volesse chiedere il proprio fallimento ben potrebbe farlo e così pure ove il debitore volesse accedere ad una forma di composizione negoziata della crisi avrebbe a buon titolo la pretesa di presentare una domanda di concordato preventivo o una domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

⁴¹ S. De Matteis, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, cit., 214; M. Montanaro, *sub art. 15*, cit., 215.

⁴² Il tribunale potrebbe opinare che non esiste il pericolo rispetto all'azienda ma solo rispetto ad alcuni beni.

⁴³ Benché l'art. 676 c.p.c. consenta la nomina come custode di uno dei contendenti, a me pare che nel caso del processo di fallimento sia evidente la necessità che il custode sia sempre un terzo.

⁴⁴ Sulla necessità di marcare i poteri del custode, v., F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 413.

⁴⁵ R. Bellè, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, cit., 12.

⁴⁶ I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 862.

4. In non sporadici casi i giudici hanno, però, preferito percorrere un'altra strada e cioè quella di disporre la sospensione dei poteri degli organi amministrativi delle società, parafrasando, in misura più o meno esplicita, le regole del procedimento di cui all'art. 2409 c.c. o l'istituto ancora grezzo, della revoca di cui all'art. 2476 c.c.; queste disposizioni si legano all'esperienza delle società di capitali, ma non va trascurato che iniziative cautelari sul fronte della revoca degli amministratori sono ammesse anche nel comparto delle società di persone⁴⁷.

Iniziamo col porci il quesito se questi due strumenti appartengano al catalogo dei provvedimenti cautelari, perché se la risposta dovesse essere negativa subito avvertiremmo l'inadeguatezza del richiamo ad essi proposto dai giudici nel contesto del procedimento prefallimentare.

4.1. Per ciò che attiene alla revoca dell'organo amministrativo stabilita per le società a responsabilità limitata in occasione del promovimento di azione di responsabilità (art. 2476 c.c.), è il legislatore a qualificare come cautelare il provvedimento di revoca. Tuttavia si tratta di una cautela del tutto particolare posto che mentre l'azione di responsabilità ha un tipico contenuto di azione di condanna (la condanna al risarcimento del danno da *mala gestio*), la misura della revoca dell'amministratore ha un contenuto costitutivo (la rimozione dell'organo amministrativo) e neppure direttamente strumentale se non nella parte in cui la revoca di fatto assolve all'esigenza di evitare che le condotte pregiudizievoli abbiano a proseguire; la revoca appare, allora, una sorta di rimedio in forma specifica e di natura conservativa⁴⁸, rispetto al tipico rimedio risarcitorio. Per quanto flebile, tuttavia, un nesso di strumentalità non è del tutto assente⁴⁹; al proposito si

⁴⁷ F. Mainetti, *I poteri di denuncia dei soci al collegio sindacale e al tribunale*, in *Il nuovo diritto societario (nella dottrina e nella giurisprudenza 2003-2009)*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2009, 624.

⁴⁸ Trib. S.M. Capua Vetere, 8 maggio 2007, in *Società*, 2009, 1146; Trib. Siracusa, 31 gennaio 2007, in *Vita not.*, 2007, 753; Trib. Agrigento, 1° agosto 2006, in *Dir. fall.*, 2007, II, 299; Trib. Treviso, 7 febbraio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 2107; G. Arieta, F. De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 412; M.G. Paolucci, *La revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.*, in *Giur.comm.*, 2009, I, 1182; M. Comastri, F. Valerini, *Natura conservativa e funzione inibitoria della revoca cautelare dell'amministratore di S.r.l.*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 451.

⁴⁹ Trib. Torino, 20 maggio 2010, in *Società*, 2010, 1381; Trib. Genova, 6 settembre 2005, in *Società*, 2007, 77; Trib. Marsala, 15 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 3469; F. Parrella, *sub art. 2476*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, III, Torino, 2003, 132; F. Mainetti, *sub art. 2476*, in *Codice commentato delle nuove società*, a cura di G. Bonfante, D. Corapi, G. Marziale, R. Rordorf e V. Salafia, Milano, 2004, 1070; D. Longo, *Presupposti e strumentalità del provvedimento cautelare di revoca degli amministratori di s.r.l.: in particolare, sull'(in)ammissibilità dell'istanza «ante causam»*, in *Società*, 2007, 1020; M.G. Paolucci, *La revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.*, cit., 1180; O. Cagnasso, *Revoca cautelare*

dovrebbe farne conseguire che, respinta la domanda di risarcimento del danno da responsabilità, la misura cautelare della revoca diviene inefficace in base all'art. 669 *octies* c.p.c.

Certo è che, nella lettura nettamente prevalente, nonostante queste peculiarità, la revoca è considerata un provvedimento cautelare a tutto tondo⁵⁰ con implicazioni evidenti quali l'applicabilità dello statuto dei provvedimenti cautelari di cui agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c.⁵¹.

Tuttavia non va trascurato che, poiché il presupposto della revoca non è l'essersi prodotto un danno, ma l'essersi verificate irregolarità di gestione, talora si è ritenuto che questo strumento costituisca – per le s.r.l. – un surrogato del procedimento di cui all'art. 2409 c.c., oggi attivabile solo nelle società per azioni⁵²; in tal senso la revoca cautelare sarebbe un provvedimento di natura anticipatoria rispetto all'azione di merito avente per oggetto, proprio, la revoca dell'amministratore⁵³. In tal senso il processo

dell'amministratore di società a responsabilità limitata ed azione di responsabilità: una convivenza problematica, in *Giur.comm.*, 2007, II, 918.

⁵⁰ Trib. Roma, 22 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 307; Trib. Ravenna, 25 novembre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 874; Trib. Verona, 1° settembre 2004, in *Giur. merito*, 2006, 124; R. Bernabai, *sub art. 2476*, in *Commentario dei processi societari*, a cura di G. Arieta e F. De Santis, II, Torino, 2007, 1255; G. Arieta, M.P. Gasperini, *La revoca cautelare ante causam degli amministratori di srl*, in *Corr.giur.*, 2005, 267.

⁵¹ Trib. Perugia, 19 marzo 2008, in *Rass. giur. umbra*, 2008, 445; Trib. S.M. Capua Vetere, 20 gennaio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 331; Trib. Milano, 12 gennaio 2006, in *Giur. comm.*, 2007, II, 910; Trib. Roma, 5 agosto 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 868; Trib. Roma, 11 giugno 2004, in *Corriere giur.*, 2005, 262

⁵² F. Corsi, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 240; N. Rocco di Torrepadula, *Le « gravi irregolarità » nell'amministrazione delle società per azioni*, Milano, 2005, 88; A. Picciau, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in *La nuova s.r.l.*, a cura di F. Farina, C. Ibba, G. Racugno, A. Serra, Milano, 2004, 263. Ma opportunamente A. Bertolotti, *L'amministrazione della società*, in *Il nuovo diritto societario (nella dottrina e nella giurisprudenza 2003-2009)*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2009, 992, rileva che è faticoso assimilare le due misure, vista la diversità del procedimento dal quale scaturiscono.

⁵³ Nel senso che la revoca cautelare rappresenta una misura anticipatoria di un'autonoma azione di merito avente il medesimo contenuto, anche indipendentemente dall'azione sociale di responsabilità, Trib. Lucca, 13 settembre 2007, in *Giur. merito*, 2008, 3187; Trib. Milano, 30 novembre 2005, in *Dir. e pratica società*, 2006, fasc. 14, 79; Trib. S.M. Capua Vetere, 15 novembre 2004, in *Società*, 2005, 477; A. Bertolotti, *L'amministrazione della società*, cit., 994; R. Rordorf, *La revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.*, in *Società*, 2009, 19; M. Prestipino, *La tutela cautelare ex art. 2476, 3° comma, c.c. e il diritto del socio di chiedere la revoca giudiziale dell'amministratore di srl*, in *Giur.comm.*, 2009, II, 217; R. Teti, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, 655; R. Weigmann, *La revoca di amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Giur.it.*, 2006, 985; O. Cagnasso, *sub art. 2409*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, I, Bologna, 2004, 994; C. Pedrelli, *sub art. 23*, in *Commentario dei processi societari*, a cura di G. Arieta e F. De Santis, II, Torino, 2007, 694; L. Querzola, *Tutela cautelare e dintorni*.

sarebbe necessariamente complesso⁵⁴, con cumulo di domande, ogni volta che il socio intenda chiedere in via cautelare la revoca dell'amministratore: alla domanda di condanna accedrebbe anche la domanda di revoca dell'amministratore. Questa precisazione serve per riconoscere, se si vuole, nella fattispecie di cui all'art. 2476 c.c. i connotati tipici della misura cautelare.

Al fine, però, di stabilire quanto di questo istituto sia esportabile nel processo per fallimento, va osservato che la disposizione in esame stabilisce sì la possibilità di ottenere la revoca dell'amministratore ma nulla dice in merito al fatto che il giudice possa nominare un amministratore giudiziario e considerando i limiti correlati ai rapporti fra tutela costitutiva e tutela cautelare⁵⁵ (cfr. § 4.2.), si tende ad escludere che questa designazione possa essere disposta dal tribunale.⁵⁶

4.2. E proprio con riguardo al procedimento *ex art.* 2409 c.c., la natura cautelare dei provvedimenti con i quali il tribunale può revocare gli amministratori nominati dalla società e provvedere alla designazione di un amministratore giudiziario è (quanto meno) seriamente controversa.

Infatti si parla tralaticciamente di misura cautelare a proposito del provvedimento di revoca dell'amministratore non per sottolinearne la strumentalità rispetto ad una successiva pronuncia di merito, ma per

Contributo alla nozione di «provvedimento anticipatorio», in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2006, 815; R. Bernabai, *sub art.* 2476, cit., 1256; S. Compagnucci, *La revoca dell'amministratore della s.r.l. secondo il nuovo art. 2476*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. Santoro, Milano, 2003, 171.

⁵⁴ E. Bertacchini, *sub art.* 2476, in *Commentario delle società*, a cura di G. Grippo, II, Torino, 2009, 1062, parla di azioni inscindibili. Per l'autonomia, v., Trib. Napoli, 5 maggio 2008, in *Società*, 2009, 1525.

⁵⁵ I. Pagni, *Crisi societarie ed intervento del giudice tra revoca dell'amministratore, azioni di responsabilità e forme di tutela dei creditori*, in *Scritti in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, 217, la quale osserva esemplarmente che nella tutela costitutiva, nel cui alveo l'eventuale sentenza di revoca dell'organo gestorio si andrebbe a iscrivere, si spezza infatti quel rapporto tra l'accertamento giudiziale e la realtà sostanziale che si traduce nella natura normalmente dichiarativa della sentenza, e la valenza innovativa che la pronuncia del giudice assume in tali casi fa sì che l'ordinamento pretenda il rispetto della tipicità, il cui marchio appone su essa.; M.M. Gaeta, *Rapporto di strumentalità tra revoca cautelare degli amministratori di s.r.l. e azione sociale di responsabilità*, in *Società*, 2010, 1392; E. Manzo, *Note in tema di revoca in via cautelare degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 440.

⁵⁶ E. Rimini, *L'art. 2409 c.c. e le s.r.l. dopo l'intervento della Consulta*, cit., 814; R. Bernabai, *sub art.* 2476, cit., 1257; C. Ruggiero, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c.*, in *Società*, 2008, 969; L. Nazzicone, *sub art.* 2409, in *La riforma del diritto societario. 5 Società per azioni*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 308; S. Di Amato, *sub art.* 2476, in *La riforma del diritto societario. 8 Società a responsabilità limitata*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 207; F. Mainetti, *sub art.* 2476, cit., 1070; M.G. Paolucci, *La revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.*, cit., 1192.

evidenziarne il valore della provvisorietà e della esclusione di un accertamento su diritti⁵⁷. In questo senso non può sfuggire che il lemma “cautelari” sia scomparso dal testo dell’art. 2409 c.c. per essere soppiantato da “provvisori”⁵⁸. Di tanto si è consapevoli che il procedimento cautelare uniforme non è mai evocato per disciplinare quello speciale di cui all’art. 2409 c.c.⁵⁹ ed anzi il legislatore processuale aveva espressamente stabilito che si applicassero le regole del *procedimento camerale uniforme*⁶⁰, ora abrogato con reviviscenza dello snello procedimento di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.⁶¹.

Il provvedimento di revoca ha, dunque, natura provvisoria (è, infatti, pacificamente revocabile e modificabile⁶²) e latamente cautelare, nel senso che offre una tutela urgente rispetto ad una situazione potenzialmente pregiudizievole. Provvisorietà riferita non tanto alla necessità processuale di una conferma del provvedimento (ciò che non è previsto), quanto alla circostanza che, ripristinata la legalità, l’amministrazione ritorna nella disponibilità della compagine sociale⁶³. Anche quando non sia possibile riaffidare la società ai soci per la nomina degli amministratori o dei liquidatori perché la società si è venuta a trovare in stato di insolvenza, il provvedimento di revoca conserva un profilo di provvisorietà in quanto, appunto, le sorti della società-impresa saranno gestite con le regole delle procedure concorsuali.

⁵⁷ Cass., 21 marzo 2007, n. 6805, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Società*, n. 709; Cass., 17 maggio 2005, n. 10349, in *Foro it.*, 2006, I, 824; Cass., 8 maggio 2001, n. 6365, in *Foro it.*, 2002, I, 830; App. Milano, 14 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 622; una più decisa lettura cautelare si trova in Cass., 5 agosto 1987, n. 6720, in *Dir. fall.*, 1988, II, 223, mentre fra i giudici di merito, invece, si tende proprio ad affermare la natura cautelare dei provvedimenti adottati nei confronti degli organi della società, v., App. Milano, 12 marzo 2004, in *Società*, 2004, 1125; Trib. Lucera, 12 luglio 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 539; App. Trento, 27 marzo 2001, in *Società*, 2001, 1479; App. Messina, 10 aprile 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 567. In dottrina, per la marcata valorizzazione del profilo della (sola) provvisorietà, v. I. Pagni, *Crisi societarie ed intervento del giudice*, cit., 215.

⁵⁸ F. Mainetti, *sub art. 2409*, cit., 951; E. Dalmotto, *sub art. 2409*, cit., 1281; S. De Vitis, *sub art. 2409*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, II/1, Torino, 2003, 610; G. Canale, *Il « nuovo » procedimento previsto dall’art. 2409 c.c.*, in *Riv.trim.dir. e proc. civ.*, 2005, fasc. 1/suppl., 104.

⁵⁹ E. Dalmotto, *sub art. 2409*, cit., 1281; V. Tripaldi, *Del procedimento in camera di consiglio*, in *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di G. Costantino, Padova, 2005, 714.

⁶⁰ F. Mainetti, *I poteri di denuncia dei soci al collegio sindacale e al tribunale*, cit., 630; G. Frus, *sub art. 23*, in *Il nuovo processo societario*, Commentario diretto da S. Charloni, Bologna, 2004, 666; E. Dalmotto, *sub art. 2409*, cit., 1210; .

⁶¹ S. Ambrosini, *Il controllo giudiziario*, cit., 828.

⁶² S. Ambrosini, *Il controllo giudiziario*, cit., 833.

⁶³ A. Valitutti, *sub art. 2409*, in *Commentario dei processi societari*, a cura di G. Arieta e F. De Santis, II, Torino, 2007, 1302

Tuttavia occorre segnalare come la tutela che conduce, sia pur provvisoriamente e senza accertamento con efficacia di giudicato⁶⁴, alla sostituzione dell'amministratore debba ascrivere al novero delle tutele costitutive che, come è noto (art. 2908 c.c.) sono ammesse solo quando è la legge che lo prevede⁶⁵. Con ciò si vuol precisare che la sostituzione dell'amministratore, al di fuori di un procedimento cautelare in senso stretto, appare strumento consentito solo dall'art. 2409 c.c.

Infatti, l'ammissione di una tutela costitutiva anticipata nelle forme cautelari⁶⁶, generalmente rifiutata⁶⁷, potrebbe trovare uno spazio solo in virtù

⁶⁴ In questo caso la tutela costitutiva viene elargita nell'ambito di un processo che assume le forme dei procedimenti di volontaria giurisdizione ma che nella sostanza è più agevolmente riconducibile ai cc.dd. processi a contenuto oggettivo; sul punto, v. G.U. Tedeschi, *Il controllo giudiziale sulla gestione*, cit., 275; M.T. Ghirga, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994, 198.

⁶⁵ C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2010, 22; G. Verde, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Bologna, 2010, 144; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, 109 (per il principio di tipicità e non tassatività della tutela costitutiva); L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato Vassalli*, XIV, 4, Torino, 1994, 156; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, I, cit., 103; C. Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 250 (sia pure con una lettura estensiva del limite legale); I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 862.

⁶⁶ In ogni caso, la misura cautelare non potrebbe essere rilasciata rispetto a sentenze costitutive non retroattive, quale è la sentenza di fallimento, secondo la tesi di F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, Milano, 2009, 179. Diverso è il discorso, come è noto, riferito alla anticipabilità di taluni degli effetti propri della tutela costitutiva, un cui esempio paradigmatico è rappresentato dalla sospensione degli effetti della delibera societaria oggetto di impugnazione ex artt. 2377-2378 c.c., tanto è vero che taluno (G. Arieta, F. De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 428; L. Iannicelli, *sub art. 2378*, in *Commentario dei processi societari*, a cura di G. Arieta e F. De Santis, II, Torino, 2007, 1162; C. Consolo, *Le prefigurabili inattività di alcuni riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1520; C. Ferri, *Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv.trim.dir.e proc.civ.*, 2005, fasc.1/suppl., 64) reputa la sospensione una misura cautelare non anticipatoria e come tale non destinata a sopravvivere in caso di estinzione del processo; ma, in contrario, v., C. Pedrelli, *sub art. 23*, in *Commentario dei processi societari*, a cura di G. Arieta e F. De Santis, II, Torino, 2007, 692; M. Fabiani, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv.dir.proc.*, 2004, 1192; A.A. Romano, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv.dir.proc.*, 2004, 1192; A. Carratta, *sub art. 2378*, in *Il nuovo processo societario*, Commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2004, 1159; A. Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 504; D. Longo, *Del procedimento cautelare*, in *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di G. Costantino, Padova, 2005, 462; A. Saletti, *Del procedimento cautelare*, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di B. Sassani, Torino, 2003, 224.

⁶⁷ C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 284. Proprio nell'ambiente concorsuale, v., S. De Matteis, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, cit., 212; F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 406; *contra*, e cioè per l'ammissibilità della tutela cautelare costitutiva, A. Bonsignori, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. Cod.civ. Scialoja-Bianca*, Bologna-Roma, 1999, 37; C. Mandrioli (agg. A. Carratta), *Diritto processuale civile*, IV, cit., 344. Per l'ammissibilità, assai meno controversa, dell'anticipazione di

della ricerca del principio di effettività della tutela nel senso che se negata la cautela il diritto dovesse essere definitivamente e irrimediabilmente compromesso, allora in virtù di una lettura costituzionalmente orientata tale forme di anticipazione potrebbe essere consentita⁶⁸.

La nomina di un amministratore giudiziario, i cui poteri vengono descritti nel decreto di designazione⁶⁹, comporta la totale ablazione dei poteri gestori in capo all'amministratore nominato dall'assemblea⁷⁰ - poteri che per gli atti di straordinaria amministrazione abbisognano dell'integrazione autorizzativa del tribunale -, tanto è vero (e questo rilievo tornerà utile in seguito) che in caso di procedimento per l'accertamento dello stato d'insolvenza la legittimazione spetta, proprio, all'amministratore giudiziario il quale è potenzialmente soggetto attivo dei reati fallimentari. L'amministratore giudiziario si identifica con la società a tal punto che il tribunale può assegnargli anche i poteri deliberativi dell'assemblea dei soci. Infatti, se è vero che l'amministratore giudiziario rinviene la fonte delle proprie attribuzioni in una decisione del giudice e col giudice (tribunale e presidente del tribunale) va a formare un organo complesso (un ufficio giudiziario, nel senso di *officium*) tal che non lo si considera un organo della società⁷¹, il soggetto nominato è la società in virtù di un processo di immedesimazione che trae la sua fonte non dal contratto ma dall'investitura del giudice.

4.3. Nel riannodare i fili del discorso a quanto enunciato a proposito del processo di importazione nel comparto fallimentare dei rimedi societari, occorre, dunque, prendere atto che: *i*) la revoca dell'amministratore nelle s.r.l. è provvedimento qualificato espressamente come cautelare, ma da un lato sconta il limite che non è prevista la nomina di un amministratore giudiziario e dall'altro esprime una forma di strumentalità del tutto peculiare⁷², sì che difficile è un processo di espianto rispetto a fattispecie

alcuni degli effetti pratici delle sentenze costitutive, v. L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Padova, 2008, 281.

⁶⁸ V. in termini analoghi, F. Carbonara, *Limiti oggettivi dell'«anticipazione» giuridica, «strumentalità attenuata» ed ulteriori riflessioni in tema di provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di L.Lanfranchi, e A. Carratta, Torino, 2005, 402.

⁶⁹ F. Mainetti, *sub art. 2409*, cit., 955

⁷⁰ Sul punto chiaro è il disposto di cui all'art. 92 disp.att. c.c.; A. Valitutti, *sub art. 2409*, cit., 1302; A. Marcinkiewicz, A. Patelli, *Il controllo giudiziario delle società di capitali*, Milano, 1989, 262.

⁷¹ M. Pizzigati, *La riforma della s.p.a. e l'amministrazione giudiziaria ex art. 2409 c.c.*, in *Giur.comm.*, 2006, I, 282.

⁷² Tanto è vero che C. Consolo, *Note sul potere di revoca fra diritto e processo: è vera misura cautelare? Quale disciplina? Ante causam la revoca dell'amministratore ma non la inhibitoria delle delibere?*, in *Corr.giur.*, 2005, 272, la colloca fra le misure sommarie.

diversa; ii) la revoca dell'amministratore sociale e la nomina di un amministratore giudiziario non sono fenomeni tipici di tutela cautelare e, in ogni caso, esprimono una forma di tutela costitutiva provvisoria così peculiare da apparire inespugnabile.

In forza di tali considerazioni non parrebbe, dunque, proponibile nell'ambiente del processo per fallimento un provvedimento di revoca dell'amministratore della società⁷³.

L'esperienza dimostra, però, il contrario. Alcuni tribunali hanno proprio evocato l'art. 2409 c.c. assumendone la natura cautelare ed hanno quindi disposto la revoca temporanea dell'organo amministrativo⁷⁴.

Tuttavia, poiché la revoca di cui agli artt. 2409 e 2476 c.c., potrebbe essere utilizzata non in via di interpretazione analogica ma quale archetipo di misura cautelare da declinare nell'atipicità delle misure stabilite nell'art. 15 l.fall., mi pare opportuno effettuare un'ulteriore ricerca e cioè valutare se un provvedimento di revoca dell'amministratore sia appunto compatibile con la funzione della tutela cautelare, calata nella realtà del processo per fallimento.

5. L'essenza propria della tutela cautelare è quella di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale cognitoria⁷⁵, in modo che i tempi del

⁷³ In sintonia con questa lettura, negano che la misura sia riconducibile a quella di cui all'art. 2409 c.c., C. Cavallini, *sub art. 15*, cit., 331; I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 862; *contra*, S. Pacchi, *Provvedimenti cautelari e conservativi su richiesta del debitore in attesa di un accordo di ristrutturazione*, in *Dir.fall.*, 2011, II, 348.

⁷⁴ Significativa è l'ordinanza del Trib. Monza, 11 febbraio 2009, in *Giur.comm.*, 2010, II, 491, là dove si dà per scontata la natura cautelare del rimedio di cui all'art. 2409 c.c. e si dispone la revoca provvisoria degli amministratori con nomina di un amministratore giudiziario della società; analogo il caso deciso da Trib. Prato, 4 febbraio 2011, in *Dir.fall.*, 2011, II; 340, con sospensione dell'organo amministrativo e attribuzione di tutti i poteri all'amministratore giudiziario; per il richiamo all'art. 2409 c.c., anche Trib. Novara, 24 febbraio 2010, cit.; Trib. Vibo Valentia, 29 marzo 2010, in *ilcaso.it*; Trib. Latina, 10 dicembre 2009, in *ilcaso.it*; Trib. Napoli, 23 giugno 2009, in *ilcaso.it*. Diverso, ancora, il caso deciso da Trib. Udine, 11 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 80, là dove si è disposta la misura dell'amministrazione giudiziaria non dell'impresa "fallenda" ma delle società possedute dal socio "fallendo".

⁷⁵ Ricchissima è la letteratura sulla natura del processo per fallimento. Sia qui consentito rinviare a F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 275; per la lettura del processo orientato sul modello della cognizione piena, per quanto semplificata, anche C. Cecchella, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, 73; F. Santangeli, *Sub art.15*, in *Il nuovo fallimento*, a cura di F.Santangeli, Milano, 2006 74; C. Punzi, *La dichiarazione di fallimento*, in *Riv.dir.proc.*, 2008, 1505; S. De Matteis, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, cit., 142; e, *si vis*, M. Fabiani, *L'oggetto del processo per fallimento*, cit. 767; sia pure con toni diversi, anche C. Cavallini, *sub art. 15*, cit., 304. Per R. Tiscini, *Sub art.15, La nuova legge fallimentare annotata*, a cura di Terranova *et al.*, Napoli, 2006, 32, invece, il procedimento va ancora qualificato come camerale. Di tutela camerale-sommaria, parlano, D. Plenteda, *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, Milano, 2008, 55; M. Montanari, *La nuova disciplina del giudizio*

processo necessari all'accertamento della situazione giuridica controversa non vadano a detrimento delle parte che ha ragione⁷⁶.

Il provvedimento cautelare è necessariamente strumentale⁷⁷ anche ora che per talune misure il processo di merito non è un adempimento indispensabile per conservare l'efficacia del provvedimento⁷⁸.

La misura cautelare serve ad assicurare l'utilità effettiva della decisione di merito e pertanto il contenuto della misura non può, mai, sopravanzare il contenuto del provvedimento di merito⁷⁹.

In sostanza, ciò che non si consegue con la decisione di merito tanto meno si può conseguire con la misura cautelare, conservativa o anticipatoria che sia.

Ecco, allora, che occorre chiedersi se la dichiarazione di fallimento determini la revoca degli amministratori e la risposta è, senza dubbio alcuno, negativa⁸⁰. Infatti, con la Riforma di diritto societario del 2003, si è stabilito che il fallimento non è più una causa di scioglimento della società di capitali, tant'è che nell'art. 2484 c.c. non vi è più menzione del fallimento⁸¹.

Il fatto che non possiamo considerare sciolta la società, comporta per necessità che l'organizzazione della società resti invariata, nonostante

di apertura del fallimento, in *Fallimento*, 2007, 568 (ad avviso del quale il sintomo che caratterizza la piena cognizione è rappresentato da un sistema improntato alla logica delle preclusioni, logica che sarebbe assente nel processo per dichiarazione di fallimento); G. Bongiorno, *La dichiarazione di fallimento: profili sistematici*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, I, Torino, 2009, 332; A. Carratta, *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, in Aa.Vv., *Quaderni dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, LIX, Bologna, 2008, 142.

⁷⁶ A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 591.

⁷⁷ Si veda la classica illustrazione di P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1934, 11 ss., nonché la Recensione al volume di V. Andrioli, ripubblicata in *Foro it.*, 2009, V, 205.

⁷⁸ L.P.Comoglio, C. Ferri e M.Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, II, cit., 17; A. Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Padova, 2008, 291; A. Proto Pisani, *Novità nella disciplina dei procedimenti cautelari in generale (1994/2005)*, in *Foro it.*, 2007, V, 81; D. Longo, *Del procedimento cautelare*, in *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di G. Costantino, Padova, 2005, 446; M. T. Ghirga, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv.dir.proc.*, 2005, 793. Per una più incisiva autonomia, v., però P. Biavati, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv.trim.dir. e proc. civ.*, 2006, 566; R. Caponi, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2006, V, 69.

⁷⁹ D. Longo, *Del procedimento cautelare*, cit., 447.

⁸⁰ I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 862; R. Bellè, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, cit., 13.

⁸¹ O. Cagnasso, M. Irrera, *Il fallimento delle società*, Milano, 2007, 11

l'evento traumatico del fallimento⁸². A questa conclusione si deve pervenire non solo per quanto stabilito dall'art. 2484 c.c. ma anche perché proprio nella legge fallimentare ritroviamo alcune disposizioni che, in positivo, ci confermano la permanente funzionalità degli organi societari.

Il riferimento diretto è agli amministratori⁸³; quello indiretto all'assemblea e agli organi di controllo.

Il fatto che gli *amministratori* restino in carica durante il fallimento lo si ricava sia dal rinvio contenuto nell'art. 146 l.fall. agli artt. 48 e 49 l.fall. (disposizioni che si riferiscono alle cc.dd. limitazioni personali del fallito, e che vengono dunque estese all'amministratore della società)⁸⁴, sia da quanto stabilito nell'art. 152 l.fall. là dove si prevede che la domanda di concordato di una società di capitali sia deliberata dall'organo amministrativo. Gli amministratori restano in carica ma la sfera delle loro attribuzioni è sicuramente influenzata dall'intervenuta dichiarazione di fallimento. Se è vero che agli amministratori a norma dell'art. 2380 *bis* c.c. compete la gestione dell'impresa ed il compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale, quando l'impresa è fallita i poteri degli amministratori debbono fare i conti con la finalità della procedura concorsuale e con le attribuzioni del curatore.

In questo senso gli amministratori in pendenza di procedura possono adottare determinazioni che attengono all'organizzazione della società – e che possono prevedere l'approvazione da parte dell'assemblea – e non anche determinazioni che possano interferire con lo sviluppo della procedura e con le attività che spettano al curatore, salvo, appunto, la delibera di proporre la domanda di concordato fallimentare, delibera che certamente condiziona l'evolversi del fallimento.

Nella legge fallimentare o nel codice civile non troviamo disposizioni che ci confermino direttamente che *l'assemblea e gli organi di controllo* restano in funzione durante il fallimento, ma che così sia lo intuiamo per il fatto che alcune delle determinazioni che spettano agli amministratori possono presupporre l'approvazione dell'assemblea il che rinvia, anche, alla partecipazione degli organi di controllo. Aggiungiamo che un indizio decisivo sulla permanenza dell'organo assembleare si desume dall'art. 2499 c.c. che stabilisce l'ammissibilità di una trasformazione della società

⁸² G. Ferri jr, *Fallimento e scioglimento delle società*, in *Riv.dir.comm.*, 2009, 10; A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 310; F. Pasquariello, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 153.

⁸³ Cass., 30 settembre 2009, n. 20947, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Società*, n. 577.

⁸⁴ V. Caridi, *sub art. 146*, in *La legge fallimentare dopo le riforme*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, II, Torino, 2010, 1903

sottoposta a procedura concorsuale⁸⁵. Poiché la trasformazione della società di capitali è atto di competenza dell'assemblea, ecco che indirettamente troviamo il riscontro di diritto positivo in merito alle conservate attribuzioni assembleari.

Gli organi della società non vengono a porsi in uno stato di quiescenza ma più semplicemente vedono modificate le loro funzioni in relazione alle esigenze e agli scopi del fallimento. Gli amministratori perdono il controllo sulla gestione (liquidatoria) dell'impresa che è affidata in via esclusiva al curatore; conservano, peraltro, tutti i poteri che attengono all'organizzazione della società/impresa, sebbene finalisticamente orientati, ormai, alla tutela dei creditori⁸⁶.

In termini molto nitidi si è precisato che il potere gestorio e dispositivo degli organi della procedura riguarda infatti l'impresa e il patrimonio sociale, non lo strumento societario che resta nella disponibilità dei soci e degli organi sociali⁸⁷.

Ed allora, se il provvedimento cautelare non può dare più di quanto dà il provvedimento di merito, mi pare debba recisamente escludersi che il giudice possa, nel corso del procedimento per dichiarazione di fallimento, revocare l'amministratore, soprattutto quando a questo provvedimento si vuol far assumere un'efficacia "pansocietaria", nel senso che si vuole inertizzarlo completamente.

Il fallimento è fenomeno che riguarda l'impresa non il soggetto; infatti se pur è vero che l'art. 1 l.fall. si riferisce all'imprenditore e non all'impresa è ormai condiviso il rilievo per il quale l'insolvenza è fenomeno che pertiene all'attività⁸⁸. Non a caso può essere dichiarato il fallimento dell'impresa cessata o del debitore defunto.

In tale contesto la revoca dell'amministratore disposta in sede di misure cautelari *ex art. 15 l.fall.* si palesa come provvedimento illegittimo rispetto

⁸⁵ L. De Angelis, *Trasformazione, fusione e scissione: riflessi concorsuali della riforma societaria*, in *Fallimento*, 2004, 353; M. Perrino, *La riforma della disciplina della fusione di società*, in *Riv. soc.*, 2003, 507;

⁸⁶ F. Guerrera, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 35.

⁸⁷ F. Guerrera, M. Maltoni, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Riv.soc.*, 2008, 33; A. Nigro, *La riforma organica delle procedure concorsuali e le società*, in *Dir.fall.*, 2006, I, 79.

⁸⁸ S. Fortunato, *sub art. 1, in Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, I, Bologna, 2006, 43. Per una forte rivalutazione della fattispecie impresa rispetto alla fattispecie società, v., A. Mazzoni, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv.soc.*, 2008, 649. E, per una chiara enunciazione della società come modalità strumentale e tecnica per fare impresa, v. G. ferri jr, *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv.dir.comm.*, 2006, 747.

agli effetti della decisione di merito (in quanto a spettro più ampio)⁸⁹, ma anche come provvedimento dal punto di vista sistematico illogico perché effettua una crisi del rapporto fra società e impresa. La nomina di un amministratore giudiziario in radicale sostituzione dell'amministratore sociale appare in insanabile contrasto sia con i principi del diritto commerciale che con quelli del diritto processuale⁹⁰.

Proviamo a testare l'esattezza di questa conclusione con una doppia prova del nove, ancora una volta l'una di diritto commerciale e l'altra di diritto processuale.

Ammettiamo che il debitore sia un imprenditore commerciale individuale e che sorga la necessità di una gestione provvisoria dell'impresa nel corso del procedimento prefallimentare. Giammai l'amministratore giudiziario potrebbe sostituirsi al debitore con riferimento a tutti i rapporti, posto che residuerebbero quelli di natura personale (art. 46 l.fall.) che neppure la dichiarazione di fallimento sottrae al fallito. Se vi fosse una sostituzione integrale quale è predicata con la revoca dell'amministratore, per paradosso l'amministratore dell'imprenditore individuale dovrebbe gestire anche tutti i rapporti personali.

L'altra prova di resistenza è offerta dal processo e dal fenomeno della legittimazione. Se l'amministratore è stato revocato a tutti gli effetti il destinatario del procedimento per dichiarazione di fallimento diviene l'amministratore giudiziario con l'effetto, paradossale, che prima del fallimento il processo dovrebbe proseguire nei confronti dell'amministratore giudiziario⁹¹ e poi una volta dichiarato il fallimento, tutti i residui effetti personali dovrebbero gravare sul soggetto nominato dal tribunale⁹². Ed ancor più paradossale dovrebbe essere la decisione del tribunale che nel mentre dichiara il fallimento dovrebbe revocare la misura cautelare sostitutiva, posto

⁸⁹ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 177; C. Mandrioli (agg. A. Carratta), *Diritto processuale civile*, IV, cit., 340; F. Santangeli, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 53; F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 113; I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 865.

⁹⁰ Di ciò non paiono avvedersi B. Inzitari, *Sostituzione cautelare dell'amministratore*, cit., 351, il quale dà per scontato che gli amministratori della società possano essere revocati.; E. Frascaroli Santi, *Il tribunale fallimentare*, cit., 198, che ammette la sostituzione degli amministratori. Anche M. Montanaro, *sub art. 15*, cit., 215, parla di sostituzione ma, in verità, meglio precisa che il titolare dell'impresa resta l'imprenditore; P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 153.

⁹¹ I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 863; P. Marzocchi, *I provvedimenti cautelari nell'istruttoria prefallimentare: i limiti agli effetti anticipatori*, cit., 1186.

⁹² Su questi aspetti critici v., M. Ferro, *La revoca dell'amministratore nell'istruttoria prefallimentare*, cit., 860.

che durante il fallimento gli amministratori, come rammentato, non sono estromessi⁹³.

Ancorché addurre inconvenienti non sia mai tecnica interpretativa decisiva, al modo di un corollario questi rilievi paiono utili per supportare la tesi sopra esposta che vuole non consentito un provvedimento cautelare di revoca⁹⁴.

Si tratta, ora, di verificare come questa conclusione piuttosto rigida possa essere coniugata con l'esigenza, seria e attuale, di immettere un terzo nella gestione provvisoria dell'impresa per evitare un nocumento all'impresa stessa e ai suoi *stakeholders*.

La soluzione è quella che avevo avanzato tempo fa: la designazione di un *amministratore dell'impresa* cui affidare il compito di traghettarla lite pendente⁹⁵.

6. Cominciamo col precisare che se è esatta la distinzione fra impresa e società, è possibile distinguere una misura cautelare che concerna l'impresa da quella che si dirige nei confronti della società.

Il provvedimento cautelare ablativo non può essere la revoca dell'amministratore e, neppure, la sua sospensione (se con ciò si vuole, fare, sempre, riferimento al ruolo rivestito nell'organizzazione societaria). La misura andrebbe, invece, calibrata sulla (mera) gestione dell'attività – visto che l'impresa è attività⁹⁶ - da assegnare all'amministratore nominato dal tribunale nel contesto di un ventaglio di poteri che possono limitarsi

⁹³ M. Ferro, *La revoca dell'amministratore nell'istruttoria prefallimentare*, cit., 860.

⁹⁴ A questa soluzione pervengono, mi pare, A. Caiafa, *L'istruttoria prefallimentare: i provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Dir.fall.*, 2008, I, 177; F. Fimmanò, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur.comm.*, 2007, I, 766; P. Marzocchi, *I provvedimenti cautelari nell'istruttoria prefallimentare: i limiti agli effetti anticipatori*, cit., 1186; R. Bellè, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, cit., 13; I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 863; L. D'Orazio, *Il procedimento per dichiarazione di fallimento*, cit., 96.

⁹⁵ La terminologia utilizzata nel testo vuole assumere un connotato di "tipicità", ma certo la figura non pare distante da quella immaginata da P. Marzocchi, *I provvedimenti cautelari nell'istruttoria prefallimentare: i limiti agli effetti anticipatori*, cit., 1187, o da L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, 56, ad avviso dei quali sarebbe più semplice pensare ad un amministratore provvisorio che si affianca all'imprenditore; v., anche, M. Vitiello, *I presupposti del fallimento*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2008, 22.

⁹⁶ G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2008, 25; P. Spada, *Impresa*, in *Dig.comm.*, VII, Torino, 1992, 40; G. Ragusa Maggiore, *Impresa, imprenditore e fallimento*, Padova, 1979, 261. Ma a non diverse conseguenze si potrebbe pervenire ove si volesse condividere l'impostazione di G. Ferri jr., *Brevi osservazioni in tema di impresa e società*, in *Riv.dir.comm.*, 2009, I, 541, che ricostruisce l'impresa come fenomeno produttivo oggettivamente considerato.

all'ordinaria amministrazione, ma anche estendersi alla straordinaria amministrazione (eventualmente con la cautela di un intervento autorizzatorio integrativo del giudice) se questa ha ad oggetto l'impresa e non l'organizzazione della società. Al fondo l'amministratore giudiziario dell'impresa non è figura di nuovo conio in quanto trova una chiara ascendenza in quei noti fenomeni sull'imputazione dell'attività che hanno da sempre attirato l'interesse della dottrina giuscommercialistica (e che trovano nel fallimento il terreno elettivo con la figura dell'imprenditore e del socio occulto) e che rinvengono un riscontro sul piano del diritto positivo nell'impresa del minore esercitata dal genitore (art. 320 c.c.), là dove imprenditore è certamente il minore ma chi esercita l'attività è il genitore o tutore.

Una misura cautelare con questi connotati presenta una serie di vantaggi: *i)* il soggetto debitore resta la società in persona del suo amministratore e il contraddittorio rimane radicato nei confronti di questi⁹⁷; *ii)* la società, in quanto soggetto passivo del processo, può compiere tutti gli atti processuali compresa la facoltà di chiedere il proprio fallimento⁹⁸; *iii)* l'atipicità della misura consente al tribunale una maggiore elasticità nell'adattare il provvedimento alle esigenze del caso concreto, nel senso che ferma restando la corrispondenza fra chiesto e pronunciato il giudice può rendere la misura – richiesta – funzionale allo scopo; *iv)* non vengono minate le fondamenta della tutela costitutiva posto che un amministratore dell'impresa è soggetto che germina da un provvedimento tipicamente cautelare e per nulla conforme ai limiti di cui all'art. 2908 c.c.⁹⁹; *v)* la società conserva il potere di proporre ai creditori una soluzione preventiva alternativa al fallimento non diversamente da quanto accade col concordato fallimentare ad insolvenza già dichiarata. Se i soci possono deliberare di presentare una proposta di concordato fallimentare, non v'è ragione di escludere che possano, prima del fallimento, proporre ai creditori una diversa regolazione della crisi.

Questo è, sicuramente, il profilo di maggiore asperità interpretativa. Infatti se è vero che l'amministratore giudiziario governa l'impresa ma non la società, non ci si può esimere dall'interrogarsi su quale sia l'oggetto di un

⁹⁷ F. Fimmanò, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, cit., 767. Con riferimento alla esclusione della legittimazione ad impugnare la sentenza di fallimento da parte del custode, v., Trib. Salerno, 8 marzo 2010, in *Dir.fall.*, 2011, II, 93.

⁹⁸ In senso opposto, e non condivisibile, Trib. Prato, 9 marzo 2011, ined., e App. Firenze, 6 aprile 2011, ined., hanno escluso la legittimazione dell'imprenditore (cioè la società) a chiedere l'accertamento dello stato di insolvenza propedeutico alla richiesta di ammissione all'amministrazione straordinaria, nel periodo di nomina dell'amministratore giudiziario.

⁹⁹ I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 863.

processo di ristrutturazione e la risposta può essere variegata. Ci sono ristrutturazioni che si dirigono verso il debito e quindi verso la gestione dell'impresa, ma ve ne sono anche altre che coinvolgono direttamente la struttura societaria, basti pensare alle operazioni sul capitale sociale accessorie alla domanda di concordato¹⁰⁰.

In questa cornice è inevitabile porsi il dubbio della concorrenza fra un'iniziativa adottata dall'amministratore giudiziario ed altra adottata dalla società. In base a quanto prima osservato, l'amministratore giudiziario ha il governo dell'impresa ma non ha la disponibilità della società e quindi una proposta di concordato che provenisse dal soggetto nominato dal tribunale non potrebbe che avere come contenuto solo la ristrutturazione dei debiti. Si potrebbe opinare che la regolazione della crisi tramite un accordo con i creditori non sia componente del ruolo dell'amministratore giudiziario ma se così fosse si amputerebbe una buona fetta della modernità delle misure cautelari.

Mi pare, allora, più congruo e anche più coerente assumere che l'amministratore giudiziario *possa*, nella sua qualità *super partes*, predisporre la domanda di concordato avente ad oggetto la ristrutturazione dei debiti quale modalità di gestione, non necessariamente conservativa, dell'impresa. A questo punto due sono le soluzioni possibili: o *i*) si ritiene che la proposta di concordato debba essere, ai sensi dell'art. 152 l.fall., deliberata dagli amministratori, oppure *ii*) si ritiene che l'amministratore giudiziario abbia una autonoma legittimazione al modo del "terzo" che propone il concordato fallimentare.

Orbene, non v'è dubbio che la seconda sia la soluzione più stimolante, ma anche la più moderna perché pone l'impresa al centro del progetto (e non l'imprenditore) e perché consente ai creditori che hanno chiesto la nomina dell'amministratore giudiziario di ottenere il risultato di una composizione concordata della crisi in presenza di insolvenza già conclamata ma non ancora dichiarata. Vi sono, però, degli ostacoli. L'espropriazione del debitore prima del fallimento sarebbe un effetto che il legislatore ha voluto espressamente escludere e che non potrebbe, quindi, realizzarsi tramite questo percorso tortuoso. Ammettere l'autonomia della proposta dell'amministratore giudiziario significherebbe, anche, presupporre una possibile concorrenza fra la sua proposta e quella della società; una concorrenza non facile da gestire, pur potendosi trovare ispirazione dall'art. 128 l.fall. in tema di pluralità di proposte di concordato fallimentare, in

¹⁰⁰ F. Guerrera, M. Maltoni, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Riv.soc.*, 2008, 17 ss.; G. Palmieri, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, in *Fallimento*, 2009, 1092.

quanto gli strumenti di regolazione concordata sono diversi, ad esempio il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione.

Reputo, perciò, preferibile la prima soluzione e cioè quella che vuole coordinare l'iniziativa dell'amministratore giudiziario con la formale volontà della società¹⁰¹. L'amministratore giudiziario adempie al proprio incarico rappresentando alla società (ma esternalizzandola ai creditori in funzione dell'art. 124 l.fall.) che la migliore gestione dell'impresa passa per un accordo con i creditori; a quel punto un atteggiamento ostruzionistico degli amministratori che decidessero di difendersi nel processo di fallimento, non annullerebbe affatto l'utilità dell'iniziativa dell'amministratore giudiziario per almeno tre ragioni: *i)* la scelta di non percorrere la via della soluzione negoziata rileva ai fini della responsabilità (art. 146 l.fall.); *ii)* la proposta può essere utilizzata subito dopo la sentenza di fallimento da un terzo per proporre un concordato fallimentare; *iii)* la società è stimolata a presentare essa stessa una proposta di concordato preventivo dal momento che, come si è visto, questo potere non le è precluso.

7. Pur con tutta la prudenza dovuta al fatto che la materia è nuova e, se si vuole, assai "scivolosa", la soluzione offerta nel § 6 dovrebbe contribuire a fare chiarezza nei rapporti fra amministrazione dell'impresa e amministrazione della società.

Poiché come si è più volte ripetuto il fallimento è fenomeno d'impresa, mi par evidente che chi ha gestito l'impresa, anche nel ruolo di amministratore giudiziario (anche solo dell'impresa e non della società), non possa assumere l'incarico di curatore o di commissario giudiziale, posto che tali figure presuppongono una posizione di alterità rispetto alla gestione trascorsa dovendo esercitare una funzione di controllo e il controllore e il controllato non debbono mai coincidere, pur quando si voglia assumere una lettura formale delle cause di incompatibilità declinate nell'art. 28 l.fall.¹⁰².

L'incompatibilità è assoluta, invece, nel caso di nomina di amministratore giudiziario con revoca di quello sociale, posto che l'imprenditore è l'amministratore giudiziario; sarebbe risibile, infatti, pretendere che la legge fallimentare dovesse stabilire che il curatore deve essere un soggetto diverso

¹⁰¹ R. Bellè, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, cit., 14, esclude che la domanda di concordato preventivo possa essere presentata dall'amministratore giudiziario.

¹⁰² Forse diversa può essere la conclusione per la figura del custode (cfr., *supra*, § 3.1) se rimane nella veste del mero controllore o del gestore conservativo; per la sovrapposibilità dei ruoli, F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 413.

dal fallito¹⁰³. E così pure incompatibilità sussiste le quante volte il custode o l'amministratore giudiziario non sia stato soddisfatto per intero del proprio compenso in quanto v'è incompatibilità fra l'ufficio di curatore e quello di creditore, stante il conflitto d'interessi¹⁰⁴ formale e non solo sostanziale¹⁰⁵.

¹⁰³ E per evitare questa *impasse* sarebbe davvero deprecabile una sostituzione dell'amministratore giudiziario "*in articulo mortis*", per evitare la formale incompatibilità.

¹⁰⁴ E. Ruggieri, *sub art. 28*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, I, Milano, 2010, 681.

¹⁰⁵ M. Ferro, *sub art. 15*, in *La legge fallimentare*, Padova, 2011, 219; S. Ambrosini, G. Cavalli e A. Jorio, *Il fallimento*, cit., 267.