

Avv. Stefano Frisone
Via Visconti di Modrone n. 2
20122 MILANO
C.F. FRS SFN 79S27 F205K
P. IVA 05880680961

Milano, 11 settembre 2010

Spett.le
Redazione de "Il Fallimento.it"

A mezzo posta elettronica
All'indirizzo redazione@ilfallimento.it

**BREVI NOTE SULLE PROBLEMATICHE INTERPRETATIVE E IL VUOTO
NORMATIVO LASCIATO DALL'ART. 168 L.F.**

Premessa

L'art. 168 L.F., I comma, prevede che, in costanza di procedura concorsuale e, più in particolare, di concordato preventivo, *"dalla data di presentazione del ricorso e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori, per titolo o causa anteriore al decreto, non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore"*.

Detta previsione normativa è stata oggetto di numerose interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, con particolare riferimento (i) all'estensione del limite temporale del divieto di azioni esecutive e (ii) all'esperibilità dei rimedi cautelari (in particolare del sequestro conservativo) in costanza di concordato preventivo.

Gli operatori del settore si sono, quindi, domandati, da un lato, fino a quando il divieto di azioni esecutive operi; dall'altro, se detto divieto sia estendibile alle azioni cautelari.

I. I limiti temporali del divieto

Dalla semplice ed immediata lettura del dettato normativo, non vi sono dubbi sulla identificazione del *dies a quo* dell'operatività del divieto: il limite temporale decorre dalla data

di presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo *ex art.* 161 L.F., ossia, come precisato dal Supremo Collegio, dal giorno in cui il ricorso viene depositato¹.

Ha, invece, suscitato dibattito l'identificazione, da parte del Legislatore, del *dies ad quem* di durata dell'effetto protettivo in quello della definitività del decreto di omologazione del concordato. Autorevole Dottrina e Giurisprudenza si sono orientate in una interpretazione letterale della norma, facendo coincidere la cessazione del divieto con il momento in cui diventa definitivo il decreto di omologazione previsto dall'art. 180 L.F (cioè quando scadono i termini per impugnare il decreto di omologazione o quando si esauriscono le impugnazioni previste dall'art. 183 L.F.).²

Tuttavia, ragioni di ordine sistematico – procedurale, supportate dalla più recente giurisprudenza di merito, sembrano poter estendere l'operatività del divieto in parola anche alla fase esecutiva del concordato. Infatti, una volta divenuto definitivo il decreto di omologazione, l'esercizio delle azioni esecutive da parte dei creditori anteriori alla procedura è, di fatto, inattuabile fino all'esecuzione del concordato³, viepiù se questo ha carattere liquidatorio, dal momento che i beni non possono essere aggrediti essendo destinati alla vendita. La tesi dell'estensione del divieto fino al termine di esecuzione del concordato non troverebbe ostacolo neppure in caso di concordato a carattere conservativo, dal momento che i creditori sono tenuti, per effetto dell'omologazione ad attenersi alla tempistica e alle modalità di soddisfacimento delle loro posizioni creditorie così come previste dal piano, con possibilità di agire solo nel caso di inosservanza degli obblighi assunti dal debitore.

In attesa di interventi chiarificatori o dirimenti del Supremo Collegio, il dibattito rimane ancora fervido.

A parere di chi scrive, il divieto per i creditori anteriori alla procedura di concordato preventivo di esperire azioni esecutive (o, come vedremo tra poco, cautelari) deve considerarsi operativo e vincolante non sino alla definitività del decreto di omologazione, bensì, secondo una più logica valutazione della natura e della struttura del concordato preventivo (liquidatorio e/o conservativo), sino al termine delle attività di esecuzione del piano. Solo in questo modo si riuscirebbe a garantire e a preservare la sacralità di una procedura che, altrimenti, verrebbe vanificata, con lesione dei creditori concordatari,

¹ Cfr. Cass. Civ. n. 1041/1999, in *Fallimento* 1999, 1339; Cass. Civ. n. 1038/1999, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 279.

² Cfr. DI MAJO, *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da LO CASCIO, 1513; PAJARDI – PALUCHOSWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, 853; BONFATTI – CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, 2009, 519; Cass. Civ. n. 6166/2003.

³ Cfr. Tribunale di Sulmona, 27 febbraio 2008, in *Giur. merito* 2008, 10, 2565X1119036; Tribunale di Modena 9.2.2006, *Giurisprudenza locale - Modena* 2006; prima della riforma Tribunale di Palermo, 31 ottobre 1991.

proprio nel suo momento culminante e centrale, ovvero la fase esecutiva e di adempimento.

II. *L'esperibilità delle azioni cautelari*

Come già accaduto in passato, gli interventi riformatori del nostro Legislatore hanno portato con sé sia effetti chiarificatori che, purtroppo, dubbi e incognite.

La riforma apportata dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, nel modificare, tra gli altri, l'art. 168 L.F., ha perso l'occasione per intervenire, oltretutto sotto il profilo meramente modificativo, anche sotto quello sistematico ed organico, profilo sempre meritevole di attenzione nell'ambito del diritto fallimentare (data la molteplicità delle procedure concorsuali).

L'art. 168 L.F. ha testualmente previsto il divieto di esperire (nei limiti temporali anzi commentati) le sole azioni esecutive. Se si decide, anche in questo caso, di restare ancorati al mero dato letterale e, quindi, al noto brocardo "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", *nulla quaestio*. Se, invece, si vuole analizzare con occhio critico la norma, sia nella sua individualità che nell'ambito della sistematicità della normativa fallimentare, si possono raggiungere interessanti conclusioni.

Sull'esperibilità dei rimedi cautelari in pendenza di concordato preventivo, con particolare riferimento al sequestro conservativo, si registrano due filoni giurisprudenziali e dottrinali: un primo filone che, interpretando criticamente ed estensivamente l'art. 168 L.F., nega l'ammissibilità delle azioni cautelari in costanza di concordato preventivo e un secondo filone, che, facendo leva sostanzialmente sul solo dato letterale, ne ammette l'esperibilità.

▪ **Il primo orientamento**, fonda l'inammissibilità del rimedio cautelare sulle seguenti considerazioni:

- (i) le esigenze cautelari del creditore vengono già ampiamente assolte dai vincoli della procedura concorsuale impressi sulla figura del debitore, con la conseguenza che l'esperimento di un'azione cautelare costituisce solo un inammissibile intralcio alla libera gestione del patrimonio da parte degli organi concorsuali⁴;
- (ii) il sequestro conservativo, poiché preparatorio al buon esito della successiva esecuzione, deve ritenersi inammissibile in quanto non solo l'automatica conversione in pignoramento (prevista dall'art. 686 c.p.c.) violerebbe il citato art. 168 L.F., ma verrebbe anche meno il principio della *par condicio creditorum*, tipico delle procedure concorsuali. In sostanza, si deve assolvere il compito primario di assicurare il pagamento dei creditori nelle percentuali indicate dal piano, oggetto

⁴ Cfr. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2008, 102; TEDESCHI, *Le procedure concorsuali*, Torino, 1996, 131; Cfr. Pret. Monza, 10 luglio 1997, in Foro It., 1997, I, 3443

di ammissione e di omologazione da parte del Tribunale, ed approvato dai creditori in sede di adunanza, senza che la fase esecutiva del concordato venga stravolta da sopravvenute azioni esecutive e cautelari, che risulterebbero di intralcio alla procedura concorsuale. Non solo. Il divieto, se inteso anche nei confronti delle azioni cautelari, oltre che, come detto, assicurare ai creditori il mantenimento delle condizioni di parità nel concorso, ha anche lo scopo di evitare la disgregazione del patrimonio del debitore concordatario⁵;

(iii) da ultimo, la Legge Fallimentare consta di disposizioni normative che prevedono un espresso divieto, oltretutto di azioni esecutive, anche di azioni cautelari: l'art. 51 L.F. dettato in materia fallimentare e l'art. 182 *bis* L.F. previsto in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti. L'omessa espressa considerazione delle azioni cautelari anche nell'art. 168 L.F. sarebbe dipesa da una "svista" del riformatore fallimentare dovuta al difetto di coordinamento normativo con le succitate norme, ragion per cui il divieto, pur se limitato alle azioni esecutive, andrebbe esteso anche alle azioni cautelari⁶. Ne deriva il dovere di interpretare, secondo un canone ermeneutico, sistematico ed organico per la complessiva materia concorsuale, l'art. 168 L.F., vietando, sul patrimonio del debitore concordatario, sia le azioni esecutive, che quelle cautelari⁷.

- **Il secondo orientamento** (invece) ritiene ammissibili, in costanza di concordato preventivo, le azioni cautelari, sia facendo leva, come già precisato, sul puro dato letterale dell'art. 168 L.F., il quale non prevede espressamente l'inaammissibilità delle azioni cautelari, ma solo il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore⁸, sia sul presupposto che in caso di contestazione del credito da parte degli organi procedurali, al creditore dovrebbe essere comunque riconosciuta la possibilità di ottenere un provvedimento che impedisca all'organo della procedura di effettuare pagamenti idonei a ledere la posizione creditoria del ricorrente in via cautelare⁹. Secondo l'orientamento in parola, poi, l'omessa menzione, nell'art. 168 L.F., delle azioni cautelari, non sembrerebbe dipendere da un *lapsus* del Legislatore. Che non si sia trattato di una "svista" parrebbe potersi

⁵ Cfr. Cass. Civ. n. 6809/1994, in Fall. 1995, 259; cit. Tribunale di Sulmona, 27 febbraio 2008; Tribunale di Torino 31 luglio 2000, in Giur. It., 2000, 64; Tribunale di Roma, 31 agosto 1998, in Giust. Civ., 1999, I, 1202; Tribunale di Reggio Emilia, 19 agosto 1994, in Foro It., 1995, I, 1969.

⁶ Cfr. Tribunale di Firenze, 23 dicembre 2006, in Giur. merito, 2008, 10, 2573.

⁷ Cfr. DEMARCHI, *Ammissibilità delle azioni cautelari aventi ad oggetto il patrimonio dell'imprenditore in concordato preventivo*, nota alla citata sentenza del Tribunale di Sulmona, 27 febbraio 2008.

⁸ Cfr. Cass. Civ. 6 marzo 1976 in CED Cass. n. 379418; Tribunale di Brescia, 15 ottobre 1993, in Fall., 1994, 625).

⁹ Cfr. Tribunale di Piacenza, 9 febbraio 1995, in Fall., 1995, 1147.

evincere, infatti, dall'espunzione, dal testo del disegno di legge predisposto dalla Commissione istituita con D.M. 27 febbraio 2004, dell'espreso riferimento alle azioni cautelari¹⁰.

Concludendo anche su questa seconda problematica trattata, il primo orientamento esposto, valutati i contenuti e le ragioni giuridiche che lo fondano, sembra, a parere di chi scrive, il più condivisibile. Ciò in considerazione delle recenti pronunce giurisprudenziali di merito che, sul punto, sono intervenute, aderendo, peraltro, al più risalente intervento del Supremo Collegio¹¹. In particolare, da ultimo, merita di essere citata una recentissima pronuncia della Commissione Tributaria Regionale di Milano (vissuta dallo scrivente "in prima persona") che ha escluso l'ammissibilità e/o esperibilità dell'istanza cautelare *ex art. 22 D.Lgs. 472/1997* richiesta dall'Agenzia delle Entrate nei confronti di una società in concordato preventivo, precisando, in parte motiva, che "*appare corretta la riferibilità del divieto - previsto dall'art. 168 L.F. - anche alle azioni cautelari, che sono obiettivamente correlate a quelle esecutive*"¹².

Avv. Stefano Frisone



¹⁰ SALVATORE, *sub art. 168*, in *La riforma della legge fallimentare* (a cura di Nigro e Sandulli), t. 2, Torino, 2006, 1028, per il quale tale espunzione dovrebbe consentire la proposizione e la prosecuzione delle azioni cautelari, con l'unico interrogativo per il sequestro conservativo.

¹¹ Cfr. cit. Cass. Cass. Civ. n. 6809/1994, in *Fall.* 1995, 259.

¹² Cfr. *Comm. Trib. Reg. Milano*, sez. VIII, 21.4.2010, n. 42.