

Procedimenti cautelari

IL SEQUESTRO CONSERVATIVO DURANTE IL FALLIMENTO

Si tratta di un provvedimento autorizzato dal giudice e destinato a preservare un diritto, per lo più beni immobili, in attesa della definizione del processo

di Antonio Righini

— In una società economica informata al principio della responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.), la tutela preventiva del credito si fonda essenzialmente sulle garanzie personali e/o reali che il creditore ottiene dal debitore al momento della conclusione di un contratto.

Ed allora, quando il debitore non adempie alle proprie obbligazioni, e vi è un suo riconoscimento di debito (art. 1988 del c.c.), cosa può fare il creditore per ottenere in tempi brevi il soddisfacimento del suo credito, se non richiedere il sequestro conservativo dei beni, magari di immobili, per poi procedere alla loro vendita?

Di sicuro, questa è la soluzione da adottare e da consigliare, tuttavia è interessante notare come sopra il creditore penda la spada di Damocle del possibile fallimento del debitore sequestratario, con tutte le conseguenze del caso.

Ritengo quindi che discorrere intorno alle misure cautelari nel fallimento, o in generale nelle procedure concorsuali, sia importante ed utile per ogni singolo libero professionista.

In particolare il sequestro

Con riferimento ai provvedimenti cautelari, dal 1° gennaio 1993 è entrata in vigore la legge n. 353 del 1990 che ha novellato il codice di procedura civile creando un unico tipo di procedimento per l'emanazione dei molteplici provvedimenti cautelari previsti dal nostro ordinamento (sequestri, provvedimenti nunciatori, provvedi-

menti d'istruzione preventiva, provvedimenti d'urgenza e provvedimenti cautelari previsti dal codice civile o in altre leggi speciali), cosicché la tutela cautelare oggi si caratterizza per:

— la sommarietà della cognizione, da intendersi per la superficialità degli accertamenti svolti e connessa col fatto che il giudice deve verificare solo l'apparente fondatezza della pretesa creditoria (cosiddetto *fumus boni iuris*) ed il timore di perdere la garanzia del credito (cosiddetto *periculum in mora*);

— la provvisorietà, nel senso che il provvedimento cautelare non è idoneo a regolare in maniera definitiva il rapporto controverso e non è idoneo a passare in giudicato;

— la strumentalità rispetto al giudizio ordinario, da intendersi nel fatto che la cautela viene meno se il giudizio ordinario non è instaurato entro un termine perentorio o se il giudizio ordinario si estingue.

La funzione dei procedimenti cautelari è quella di evitare o di ridurre il pregiudizio che può derivare dall'inevitabile lunga durata del processo di cognizione o di esecuzione, cosicché il giudice, per assicurare il buon esito della tutela giurisdizionale ordinaria, può emettere provvedimenti cautelari conservativi (rivolti ad evitare che durante il processo si modifichi la situazione di fatto) o anticipatori (diretti ad anticipare alcuni effetti della decisione di merito, per evitare il danno derivante dal ritardo alla parte che ha ragione).

Detto in sintesi ciò, passo ad esaminare il sequestro così come è disciplinato dal codice di procedura civile. Ebbene, il sequestro è una misura cautelare preordina-

ta alla conservazione di un diritto, che potrebbe essere pregiudicato in attesa della definizione del processo. Più precisamente, esso ha lo scopo di garantire la conservazione e l'indisponibilità di determinati beni per il periodo necessario alla soluzione della controversia.

Il legislatore ha previsto due tipi di sequestri: il sequestro giudiziario e il sequestro conservativo.

Il sequestro giudiziario è disciplinato dall'articolo 670 del codice di procedura civile, il quale prevede due diverse ipotesi:

— il sequestro di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni, quando ne è controversa la proprietà o il possesso, ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea;

— il sequestro di libri, registri, documenti, modelli, campioni e di ogni altra cosa da cui si pretende desumere elementi di prova, quando è controverso il diritto alla esibizione o alla comunicazione, ed è opportuno provvedere alla loro custodia temporanea.

Si parla perciò del sequestro giudiziario come della misura con la quale si provvede alla custodia di un bene oggetto di controversia.

Il sequestro conservativo, è disciplinato dall'articolo 671 c.p.c. che così recita:

"Il giudice, su istanza del creditore che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, può autorizzare il sequestro conservativo di beni mobili o immobili del debitore o delle somme e cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento".

Nella sostanza, il sequestro conservativo è il rimedio offerto al creditore per salvaguardarsi da eventuali atti di disposizione, con cui il debitore potrebbe diminuire la consistenza del suo patrimonio.

Prima di procedere nell'esame della disciplina relativa alla richiesta e alla concessione di questa misura cautelare è necessaria una precisazione: il provvedimento cautelare ha natura interinale implicante un successivo giudizio di merito.

Ebbene, il legislatore ha previsto che il sequestro si possa chiedere sia prima dell'inizio della causa di merito (art. 669 *ter* c.p.c.), sia quando vi sia già pendente una causa di merito (art. 669 *quater* c.p.c.).

Nel primo caso, la domanda si propone al giudice competente del merito e, se è competente il giudice di pace, la domanda si propone al tribunale e, se il giudice italiano non è competente a conoscere la causa di merito, la

domanda si propone al giudice che sarebbe competente per materia o valore del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare.

Nel secondo caso, la domanda di sequestro deve essere proposta al giudice istruttore se già designato, o al Presidente del Tribunale, se il giudice istruttore non è ancora designato o il giudizio di merito è sospeso o interrotto: inoltre se la causa pende davanti al giudice di pace la domanda si propone al tribunale.

Per completezza di esposizione, devo evidenziare il fatto che se si è in pendenza di termini per proporre l'impugnazione, la domanda di sequestro deve essere proposta al giudice che ha pronunciato la sentenza (art. 669 *quater* IV comma c.p.c.) e che se la controversia è oggetto di clausola compromissoria, o è compromessa in arbitri, o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe competente a conoscere del merito (art. 669 *quinquies* c.p.c.).

Autorizzato il sequestro, nel solo caso di domanda *ante causam*, il sequestrante, deve iniziare la causa di merito nel termine perentorio fissato nell'ordinanza di accoglimento, e che comunque non

può essere superiore ai 30 giorni (art. 669 *octies* c.p.c.). Relativamente agli effetti del sequestro vengono meno nei seguenti casi:

— se si verifica una delle ipotesi previste dall'art. 669 *novies* c.p.c.;

— se il sequestro non viene eseguito entro 30 giorni dalla pronuncia (art. 675 c.p.c.);

— se non vengono effettuati gli adempimenti previsti dagli art. 156 e 156 *bis* disp. att. c.p.c..

Da ultimo, in ordine al sequestro conservativo, questo si converte in pignoramento al momento in cui il creditore sequestrante ottiene sentenza di condanna esecutiva (art. 686 c.p.c.) necessitando tuttavia del deposito della sentenza nella cancelleria del giudice competente per l'esecuzione (art. 156 disp. att. c.p.c.).

Sequestro conservativo e procedure concorsuali: in particolare il fallimento

Dopo questi brevi cenni, peraltro doverosi, sulle misure cautelari ed il sequestro, passo ad affrontare nel merito l'argomento oggetto del presente articolo: il sequestro conservativo nel fallimento ovvero nelle procedure concorsuali.

...il sequestro è una misura cautelare preordinata alla conservazione di un diritto, che potrebbe essere pregiudicato in attesa della definizione del processo

Sul punto, è interessante notare come il nostro legislatore non dedichi una sola disposizione di carattere generale relativamente ai rapporti tra sequestro conservativo e le procedure concorsuali.

E' vero che, nella legge 366/87 che aveva novellato la legge Prodi, si prevedeva espressamente che "nel corso della procedura di amministrazione straordinaria non possono essere autorizzati sequestri conservativi e cessano gli effetti di quelli concessi", tuttavia tale norma non è stata riportata nel nuovo decreto legislativo n. 270/99, disciplinante l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza.

E' vero, altresì, che nelle procedure concorsuali sussiste una disposizione di carattere generale come il divieto di azioni esecutive disciplinato dall'art. 51 della legge fallimentare, che così recita:

"Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento".

Costante dottrina e giurisprudenza ritengono che il divieto posto dall'art. 51 l. fall. di iniziare o proseguire azioni individuali sui beni compresi nel fallimento al fine di assicurare la *par condicio creditorum*, concerne non solo le azioni esecutive vere e proprie, ma anche quelle cautelari che, come il sequestro conservativo, abbiano funzione conservativa del patrimonio del debitore e carattere strumentale quindi rispetto al processo esecutivo¹.

Si è giustamente osservato inoltre, che siffatto divieto sia di natura esclusivamente formale, in quanto non sottrae al singolo creditore l'azione esecutiva, ma la trasforma da individuale in concorsuale a seguito della domanda di ammissione al passivo (art. 93 l. fall.).

Nella pratica succede che, una volta pubblicata la sentenza di fallimento, i processi esecutivi in corso diventino improcedibili e si estinguano di diritto in quanto assorbiti dall'esecuzione collettiva conseguente all'apertura del fallimento stesso².

Venendo ora, al rapporto tra sequestro conservativo e fallimento, la prima ipotesi da prendere in considerazione è quella relativa ad un sequestro conservativo concesso ma non ancora eseguito prima del fallimento.

In ordine a quest'ipotesi, la Suprema Corte ha ribadito più volte il suo orientamento che deve oramai considerarsi come consolidato, circa l'incompatibilità della

procedura fallimentare col sequestro conservativo: perciò il sequestro conservativo concesso ma non ancora eseguito una volta che sia intervenuta la dichiarazione di fallimento s'intende caducato, in quanto assorbito dallo spossessamento fallimentare.

Autorevole dottrina si pone questo interrogativo: cosa succede se il debitore, nelle more tra la concessione del sequestro e la dichiarazione di fallimento, abbia alienato a terzi i suoi beni?

La soluzione adottata scaturisce dall'applicazione dei principi che si desumono dall'esame ragionato dell'orientamento giurisprudenziale in materia, cosicché essendo quei beni usciti dal patrimonio del debitore prima dell'esecuzione della misura cautelare, la stessa rimarrà ineseguita e, quindi, risulterà sostanzialmente inutile e processualmente improcedibile, per la qual cosa si estinguerà.

Se a prima vista questa domanda potrebbe sembrare scontata, in realtà a mio parere essa nasconde un interrogativo di tipo penale: il comportamento tenuto dal debitore, che nelle more tra la concessione del sequestro e la dichiarazione di fallimento, ha alienato a terzi i suoi beni, può integrare l'ipotesi del reato di bancarotta fallimentare per distrazione?

La questione è delicata e richiede una trattazione sistematica dell'argomento che non può essere ora affrontata, anche se è giusto segnalare.

La seconda ipotesi da prendere in considerazione riguarda il sequestro conservativo concesso ed eseguito prima del fallimento con giudizio di merito che può non essere stato ancora proposto ovvero può essere stato proposto ma non si è ancora concluso.

Orbene, se il giudizio di merito non è stato ancora proposto dal sequestrante, la soluzione è ovvia e scaturisce *de plano* dalle osservazioni in precedenza svolte: il

sequestro conservativo viene travolto dall'intervenuto fallimento e il giudizio di merito non può essere proposto in quanto inammissibile ovvero improcedibile.

Invece se il giudizio di merito è già stato proposto, fermo restando la caducazio-

ne del sequestro conservativo (che come già detto sopra non è di alcuna utilità pratica essendo in atto un'esecuzione concorsuale sui beni del debitore), a seconda che l'avvocato del sequestrato effettui o meno, la dichiarazione in udienza o la notifica al sequestrante dell'intervenuto fallimento, gli effetti sono i seguenti:

— nel caso in cui venga dichiarato o notificato l'in-

...il sequestro conservativo è il rimedio offerto al creditore per salvaguardarsi da eventuali atti di disposizione...

tervenuto fallimento, il processo ai sensi dell'art. 300 c.p.c. viene dichiarato interrotto; tenendo ben presente che si tratta di ipotesi meramente scolastiche, il sequestrante potrà alternativamente riassumere il processo nei confronti o del fallito o del curatore. Se lo riassumerà nei confronti del fallito, il giudizio potrà proseguire al fine di ottenere una sentenza da far valere nei confronti del debitore sequestrato dopo la chiusura del suo fallimento (ma su quali beni?). Al contrario, se lo riassumerà nei confronti del curatore, stante l'esclusivo procedimento di accertamento dei crediti previsto dall'art. 93 l. fall., il processo andrà dichiarato improcedibile;

— nel caso in cui non venga dichiarato o notificato l'intervenuto fallimento, il processo di merito potrà proseguire ma l'eventuale sentenza favorevole al creditore sequestrante non sarà opponibile alla massa dei creditori, in osservanza del principio statuito dalla giurisprudenza per cui si ammette la possibilità di svolgere processi in sede extrafallimentare tra creditore e debitore nel solo caso in cui il creditore non intenda partecipare al concorso fallimentare, ma intenda conseguire un titolo da utilizzare dopo la chiusura del fallimento.

Per ultimo, non può tacersi l'esistenza di un vivace dibattito tra la dottrina e la giurisprudenza in ordine all'ipotesi in cui il sequestratario, nelle more del giudizio di merito, aliena a terzi il bene sequestrato o costituisce a loro favore diritti reali di garanzia o di godimento.

In concreto quello che ci si chiede è se si deve considerare l'atto di disposizione del bene sequestrato non opponibile al solo creditore sequestrante o anche alla massa dei creditori del fallito-sequestratario?

Conclusioni

Volendo quindi trarre le fila del discorso sin qui svolto, in generale, credo che non esistano risposte risolutive che il professionista possa dare al proprio

...il sequestro conservativo concesso ma non ancora eseguito una volta che sia intervenuta la dichiarazione di fallimento s'intende caducato...

cliente creditore per il recupero del suo credito, così come credo che in questa fase la sua funzione di guida sia di assoluta rilevanza.

Se il criterio orientativo da seguire è informato al criterio della tempestività del recupero del credito, analizzando quale comportamento possa nella fattispecie in esame tenere il creditore, ritengo di poter concludere nel senso che il professionista debba consigliare al proprio cliente, di scegliere senza indugio la strada del sequestro conservativo dei beni.

E' vero che la delicatezza della scelta è complicata dal fatto che in caso di fallimento del debitore, tale misura cautelare viene a caducarsi.

E' vero altresì che allora, l'unica scelta da consigliare è quella di "rinunciare al proprio credito".

Ma vi è di più.

In *primis*, come ci insegna autorevole dottrina, in caso di revoca o di chiusura del fallimento, persistendo sia il bene che il credito ed interrotti i termini di esecuzione, la misura cautelare risorge.

In secondo luogo, le spese sostenute per il sequestro conservativo che a prima vista in caso di fallimento andrebbero perse (oltre ad andare persa la misura cautelare, salvo quanto detto sopra), in realtà risultano essere privilegiate sulla vendita del bene da parte del curatore fallimentare, ai sensi dell'art. 2770 del c.c..

A sostegno di quanto detto, è opportuno segnalare l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che ritiene il credito per le spese relative all'esecuzione del sequestro conservativo assistito dal privilegio di cui all'art. 2770 c.c., anche quando il bene cui si riferisce la misura cautelare risulta gravato da iscrizioni ipotecarie¹.

Diversamente, se invece il criterio orientativo da seguire non è informato al criterio della tempestività del recupero del credito, il professionista potrà tranquillamente consigliare, al proprio cliente creditore, la strada della giustizia ordinaria, quella di un normale processo di cognizione, ammonendolo tuttavia sulla mancanza nel nostro paese di amore per la rapidità dei processi.

NOTE

¹ Cfr. Cass. 3 febbraio 1995 n. 1335 in *II Fallimento* 1995, 933. ² Cfr. Cass. 21 maggio 1983 n. 3518 in *Giur. Comm.* 1984, II: 353. ³ Trib. Genova 18/7/88 in *Fall.* 1988, 1270.