

Economia Aziendale Online[©]

N. 4/2008

“L’esercizio provvisorio dell’impresa del fallito”

Francesco Fimmanò

Economia Aziendale Online[©]
International Business Review
Editor in Chief: Piero Mella
ISSN 1826-4719
Reg. Trib. Pavia - n. 685/2007 R.S.P.

Pavia, October, 2008
No. 4/2008

All the contents are protected by copyright.
No part can be copied without the Editor in Chief's and Author's permission.
Further information at www.ea2000.it

L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito

Francesco Fimmanò

Università del Molise – Facoltà di Economia
Via de Sanctis; Compobasso; Codice Postale 86100 ITALY
Tel (ufficio): 0874 4041
Email: fimmano@virgilio.it

Sommario – 1. Il ruolo dell'esercizio provvisorio nel quadro della liquidazione riallocativa; 2. Tutela dei creditori e conservazione dinamica dell'impresa – 3. I presupposti della continuazione. - 4. L'anticipazione cautelare dell'esercizio provvisorio; 5. La situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa: il bilancio prefallimentare – 6. L'esercizio provvisorio disposto nella sentenza dichiarativa di fallimento; 7. La continuazione temporanea autorizzata successivamente. 8. Gli oneri informativi - 9- Gli effetti sui contratti in corso di esecuzione. - 10. La cessazione dell'esercizio provvisorio.

Abstract

This paper seeks to provide an in-depth discussion of the decision to proceed with the provisional operation of a bankrupt enterprise.

Once there is no longer the prospect of the bankrupt firm overcoming its financial problems (after, among other things, the abrogation of the receivership procedure), bankruptcy law proceeds with a reallocative liquidation based on the special management model, in particular adopting the option which, during recent years when the so-called Prodi-bis measure has been used, has had the most success: selling the entire company or its branches to third parties based on the determination of the Extraordinary Commissioner, a decision which entails the continuing operation of the insolvent company for a year, thereby guaranteeing, as much as possible, the safeguarding of employment levels. Nevertheless, the interest of creditors in the case of bankruptcy remains the primary, if not the sole, objective, even though this may entail giving creditors (or, in any case, the body representing their interests) a more active role. The pre-bankruptcy hearing, which had become a more common means for the debtor to defend his rights even before the reform, can thus be used to monitor and protect the company, similar to what is provided by the so-called observation period under French law.

The crucial problem, particularly in the case of the provisional operation of the bankrupt company, is to balance the sacrifices imposed by the safeguarding of certain individual (or group) interests in order to provide as many advantages as possible to the system as a whole. [editor's note]

Il presente contributo vuole evidenziare ed approfondire il tema della previsione dell'esercizio provvisorio nella fattispecie fallimentare.

La legge fallimentare, abbandonata *definitivamente* la illusoria prospettiva del “risanamento” dell'impresa del fallito (con l'abrogazione tra l'altro della procedura dell'Amministrazione controllata), segue la via della *liquidazione riallocativa* sul modello dell'Amministrazione straordinaria ed in particolare dell'opzione che, in questi anni di applicazione della c.d. *Prodi bis*, ha riscosso maggiore successo, ovvero la cessione a terzi dei complessi aziendali o di rami, enucleati dal Commissario Straordinario, sulla base di un programma di *prosecuzione dell'esercizio dell'impresa insolvente* della durata di un anno che garantisca, per quanto possibile, la salvaguardia dei livelli occupazionali. *L'interesse dei creditori* nella fattispecie fallimentare, tuttavia, rimane la finalità prioritaria se non addirittura unica, anche se si evolve in virtù dell'attribuzione agli stessi (o quanto meno all'organo esponenziale del ceto creditorio) di un ruolo più at-

tivo. L'utilizzazione dell'istruttoria prefallimentare, che pur ha visto arricchire anche prima della riforma il suo ruolo in relazione all'esercizio del diritto di difesa del debitore, può essere dunque orientata a funzioni di *monitoraggio e tutela dell'impresa*, analogamente ad esempio a quanto avviene per il c.d. *periodo di osservazione* previsto dalla legislazione francese.

Il nodo concreto, specie nell'istituto dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, rimane quello di *equilibrare* i sacrifici imposti dalla tutela di determinati interessi individuali (o di categoria) in funzione dei vantaggi che ne possono derivare per il sistema nel suo complesso.

1 – Il ruolo della prosecuzione dell'attività economica nel quadro della liquidazione riallocativa

L'impostazione del legislatore della novella, già nella legge delega (ove è previsto che “...il curatore predisponga un programma di liquidazione..., specificando... se è opportuno disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o di singoli rami di azienda anche tramite l'affitto a terzi..”)¹, presenta una continuità logica ed *ideologica* rispetto alla disciplina dell'*Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, riformata nel 1999 proprio con l'idea di agganciarla successivamente alla riforma delle altre procedure concorsuali². In questo senso va letta in particolare la previsione di una *liquidazione* programmata mediante una gestione intermedia dell'impresa, diretta od affidata a terzi, propedeutica ad una alienazione dei valori aziendali nell'interesse precipuo dei creditori e quindi più proficua in termini di massimizzazione dell'attivo

La legge fallimentare, abbandonata *definitivamente* la illusoria e per alcuni versi demagogica prospettiva del “risanamento” dell'impresa del fallito (con l'abrogazione tra l'altro della procedura dell'Amministrazione controllata), segue la via della *liquidazione riallocativa* sul modello dell'Amministrazione straordinaria ed in particolare dell'opzione che, in questi anni di applicazione della c.d. *Prodi bis*, ha riscosso maggiore successo, ovvero la cessione a terzi dei complessi aziendali o di rami, enucleati dal Commissario Straordinario, sulla base di un programma di *prosecuzione dell'esercizio dell'impresa insolvente* della durata di un anno che garantisca, per quanto possibile, la salvaguardia dei livelli occupazionali.

¹ Art. 6 lettera a), n. 10, della Legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del D.l. 14 marzo 2005, n. 35,.

² In virtù del D. Lgs. 8 luglio 1999 n. 270, si registrò un sostanziale rovesciamento dei poteri decisorii in merito all'ammissione alla procedura nelle varie fasi e alla sussistenza dei presupposti anche economico-finanziari, prima spettanti all'autorità amministrativa e poi assegnati al tribunale in funzione di un'accentuata *giurisdizionalizzazione*. L'individuazione dei presupposti sulla scorta di apposita relazione commissariale, viene a concretizzarsi nell'esistenza di effettive possibilità di recupero delle *attività aziendali*, da attuarsi alternativamente: attraverso la cessione a terzi dei complessi aziendali, sulla base di un *programma di prosecuzione dell'esercizio d'impresa* della durata di un anno che garantisca, per quanto possibile, la salvaguardia dei livelli occupazionali; oppure attraverso la ristrutturazione economico finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma della durata di due anni destinato al risanamento dell'impresa (scelta raramente effettuata nella pratica).

Nella *novella* tale programma di prosecuzione (*o di liquidazione conservativa*) viene attuato con gli strumenti dell'esercizio provvisorio e dell'affitto endoconcorsuale, ma senza la previsione di istituti che facilitino l'emersione tempestiva della crisi e consentano la propedeutica radiografia dell'impresa al fine di adottare le scelte più idonee.

Il precedente disegno di legge delega c.d. *Trevisanato* enunciava invece come principi direttivi "l'obiettivo della *valorizzazione degli organismi produttivi* e dei patrimoni assicurando il *miglior soddisfacimento possibile dei creditori*"³ sulla base della "...emersione tempestiva della crisi d'impresa e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio" (art. 2, lett. a e b)⁴.

Una proficua conservazione riallocativa, specie se realizzata utilizzando l'esercizio provvisorio, richiede infatti una istruttoria preconcorsuale *tempestiva ed invasiva*, a prescindere dall'iniziativa e dalla collaborazione del debitore, in grado di garantire il reale *monitoraggio* del tipo di impresa, del tipo di crisi e conseguentemente di articolare in modo flessibile le ipotesi di soluzione e scegliere, laddove opportuno, gli strumenti funzionali alla conservazione e valorizzazione degli *assets produttivi funzionanti (o funzionali ad altro imprenditore)*, per una più proficua vendita.

³ Sul tali aspetti del progetto *Trevisanato* mi permetto di rinviare a Fimmanò, in *Crisi dell'impresa e insolvenza*, Atti del relativo Convegno. Isernia, 18 ottobre 2003, *Quad. Giur. comm.*, Milano, 2005. Cfr. pure Fabiani, *Riforma <<condivisa>> della legge fallimentare: un'impresa possibile*, in *Foro it.*, 2004, V, 125. Questo disegno di legge, in tema di salvaguardia dei valori aziendali, prevedeva che in caso di accesso alla procedura di composizione concordata il debitore mantenesse la gestione dell'impresa (art. 3 lett. f) sotto il controllo dei commissari giudiziali. Nel caso in cui il debitore, poi, non fosse ricorso alla procedura di crisi, era contemplata la possibilità di un *piano di regolazione dell'insolvenza alternativo alla liquidazione endoconcorsuale di un gruppo di creditori o terzi interessati* avente ad oggetto la conservazione anche parziale dell'impresa (art.5, co. 4^o lett. a). Era previsto altresì l'esercizio provvisorio, anche parziale, se compatibile con la conservazione del valore del patrimonio (art. 13 lett. d). Veniva poi espressamente contemplato l'affitto endoconcorsuale, anche per rami con determinazione dei casi di concessione all'affittuario della prelazione all'acquisto (lettera f) ed il conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione e con procedura semplificata, di beni, crediti o complessi aziendali con i rapporti contrattuali in corso. Più ampio ed articolato l'intervento realizzato dalla seconda commissione *Trevisanato* c.d. *ristretta*, con la previsione di una analitica regolamentazione della gestione provvisoria (cfr. in particolare gli artt. 146 e 147 in *supplemento al Fall.*, 2004, n. 8, con presentazione di Fabiani).

⁴ Nella legislatura precedente il *Ddl 7458*, all'art. 2, comma 2, lett. dd) prevedeva "l'articolazione della procedura in due fasi: la prima di osservazione della durata massima di novanta giorni, volta all'accertamento della reale consistenza dell'impresa e del patrimonio del debitore ed alla scelta della concreta soluzione da adottare; la seconda di attuazione di un programma di risanamento totale o parziale dell'impresa ovvero, in via alternativa, di liquidazione ed in ogni caso di soddisfacimento dei creditori; con la fase di osservazione facoltativa nel caso di consecuzione della procedura di crisi in procedura di insolvenza". Nello schema *Trevisanato* pur mantenendo le c.d. procedure di *allarme* si accoglieva un modello più simile alla *Insolvenz Ordnung* tedesca ove può inserirsi, in ogni momento della procedura liquidatoria, e quindi anche sin dall'inizio, la proposta di un piano alternativo (c.d. piano dell'insolvenza), dal contenuto più vario (ristrutturazione dell'impresa, cessione totale o parziale dei beni, liquidazione pura e semplice) (al riguardo cfr. Guglielmucci, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 152; Jorio, *Modelli europei e scelta tra sistemi a gestione giudiziaria o amministrativa*, in *Fall.*, 1998, 952). Le modifiche all'impianto tradizionale del sistema tedesco riflettono alcune caratteristiche tipiche del modello americano della *Corporate Reorganization, chapter 11 dell'U.S. Bankruptcy code* (sul tema Di Massa, *Il diritto concorsuale statunitense fra risanamento e liquidazione*, in *Fall.*, 2003, 954 s.).

Un sistema in cui gli organi del fallimento, dopo aver valutato le caratteristiche dell'impresa sul piano dimensionale, strutturale, dell'astratta redditività e del mercato di riferimento, possano assumere scelte decisive in ordine alla direzione da seguire⁵ già prima della sentenza di fallimento.

D'altra parte è proprio a seguito della dichiarazione di insolvenza, quando l'impresa viene sottratta all'imprenditore, che si determina il maggior danno economico e sociale del fallimento specie per mancanza di rapidità dell'azione che richiede una reale ed approfondita conoscenza della fattispecie.

Ed al riguardo nella riforma sembra mancare la previsione di una tempestiva *fase di osservazione* che proprio la nuova disciplina in tema di esercizio provvisorio rende ancora più opportuna.

Difatti, come si vedrà meglio più innanzi, una effettiva valutazione *comparativa* nella sentenza dichiarativa di fallimento dei potenziali danni derivanti all'impresa dall'improvvisa interruzione dell'attività e del relativo pregiudizio dei creditori ai fini dell'eventuale esercizio provvisorio (art. 104, comma 1, l. fall.), richiede qualcosa di più della mera conoscenza *ex actis* della fattispecie concreta esaminata.

Tuttavia soccorre a questo specifico fine, a nostro avviso, l'*uso alternativo* della *istruttoria prefallimentare* cui il tribunale può dar luogo, cercando anche in via autonoma i relativi supporti probatori e disponendo eventualmente perizie, ispezioni e consulenze tecniche⁶.

Si tenga conto che al riguardo *determinante* è il nuovo disposto dell'art. 15 che sancisce ai commi 7,8,9, che "Il Tribunale può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti. In tal caso il giudice delegato provvede, senza indugio e nel rispetto del contraddittorio, all'ammissione ed all'espletamento *dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio*. Le parti possono nominare *consulenti tecnici*. Il tribunale, *ad istanza di parte*, può emettere i *provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa* oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza".

⁵ In tal senso anche Minutoli, *L'istruttoria prefallimentare nella prassi dei Tribunali e nelle prospettive di riforma*, in *Dir. Fall.*, 2001,I, 965.

⁶ Si pensi all'ispezione giudiziale sul modello di quella prevista all'art. 2409, c.c., anche nell'ambito dei poteri di cui all'art. 738, co. 3^o, c.c.,. Si è osservato già prima della riforma che, alla stregua di atti applicativi dei poteri inquisitori, sono ammissibili l'ispezione di cose (*ex art. 118, c.p.c.*) e l'ordine di esibizione di documenti (*ex art. 118 c.p.c. e 2711, comma 2, c.c.*); anche se resta discusso se tali mezzi di prova esigano il rispetto di tutte le norme sostanziali e processuali o se il principio della prova libera influenzi una sorta di deformalizzazione (Cfr. al riguardo in particolare già Ferro, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2001, 293 e *Prassi fallimentare dei tribunali italiani*, in *Fall.*, 2003, 711 s. e 1038 s.). La Ctu, al contrario, implica necessariamente una sequenza procedimentale complessa, caratterizzata da una regolazione del contraddittorio che va dall'udienza di giuramento al possibile intervento con ctp, dalla facoltà di deposito di osservazioni scritte alla rappresentazione al giudice di questioni incidentali. Non comporta questi inconvenienti, il ricorso, previsto in generale all'art. 68 c.p.c., ad un esperto ausiliario del giudice per chiarimenti e valutazioni tecniche senza peculiari formalismi.

I limiti che si ponevano ad una valida istruttoria, in questa prospettiva, erano d'altra parte prevalentemente *organizzativi*, specie per la carenza di strumenti e personale dell'ufficio e la difficoltà di disporre ispezioni, a differenza di quanto avviene ad esempio in materia di indagini penali, ove peraltro vengono assorbite le maggiori risorse⁷. La novella contemplando in modo ampio la possibilità di nominare consulenti tecnici risolve le questioni che venivano sollevate al riguardo anche in relazione alle relative spese⁸.

La possibilità poi, seppure ad istanza di parte, di emettere *provvedimenti cautelari a tutela dell'impresa*, consente in linea di principio anche soluzioni particolarmente *invasive*, come meglio vedremo più avanti.

L'utilizzazione dell'istruttoria prefallimentare, che pur ha visto arricchire anche prima della riforma il suo ruolo in relazione all'esercizio del diritto di difesa del debitore, può essere dunque orientata a funzioni di *monitoraggio e tutela dell'impresa*, analogamente ad esempio a quanto avviene per il c.d. *periodo di osservazione* previsto dalla legislazione francese⁹.

L'istruttoria in passato è stata infatti utilizzata solo per verificare l'esistenza dell'insolvenza, visto che in un procedimento comunque sommario, qual è quello per la dichiarazione di fallimento, veniva escluso che di regola si potesse dar luogo a mezzi di prova di lunga indagine¹⁰.

Peraltro un monitoraggio preconcorsuale più incisivo richiede attività preventive di indagine ed analisi che presuppongono l'invasività dell'istruttoria giudiziale, considerata la cronica mancanza di reale ausilio dell'imprenditore, il quale spesso non ha alcun interesse a collaborare

⁷ Pur essendo le ragioni dell'economia, in quella sede, certamente meno pregnanti. Si è osservato che la polizia giudiziaria ed in particolare la guardia di finanza è assorbita nella prassi operativa dalle indagini penali, e quindi dedica pochissimo tempo alle richieste provenienti dall'ufficio fallimentare. Spesso perciò i giudici si accontentano di quanto, più o meno spontaneamente, viene prodotto dal debitore e dal ricorrente, salve eventuali integrazioni richieste, attraverso ordini di esibizione, ad uffici finanziari e previdenziali (sull'argomento Fabiani, *L'istruttoria prefallimentare*, in *Fall.*, 1994, 498 s.).

⁸ Già prima della novella in verità si riteneva, almeno in linea di principio, ammissibile per i giudici disporre una consulenza tecnica (sul modello di quella prevista per il concordato preventivo in funzione del giudizio prognostico che il Tribunale formulava sulla liquidabilità del patrimonio offerto) per fornire elementi rilevanti in ordine alla verifica di attendibilità della documentazione contabile acquisita e alla sua eventuale riclassificazione (in particolare dei bilanci), al fine di poter disporre di un quadro reale (Patti, *Istruttoria prefallimentare*, cit., 941). Restava però il citato problema dell'armonizzazione delle sequenze procedurali con i tempi del procedimento sommario e dell'individuazione del soggetto correttamente onerabile delle relative spese, che secondo l'impostazione preferibile era il creditore vista la possibilità di applicazione del principio della soccombenza anche al procedimento fallimentare, secondo un'ottica ricostruttiva nel senso della prevalenza dell'interesse privato (la novella supera comunque i dubbi circa il regolamento delle spese, che saranno poste a carico della procedura, nell'ipotesi in cui il giudizio si chiuda con la dichiarazione di fallimento, e del ricorrente nell'ipotesi di reiezione dell'istanza di fallimento).

⁹ Il modello dell'*osservazione* corrisponde sostanzialmente a quello introdotto dalla legge per la disciplina della Amministrazione straordinaria ed alla funzione istruttoria e di indagine attribuita nella prima fase ai Commissari; e trova l'origine storica in quanto concepito vent'anni fa dal legislatore francese.

¹⁰ Cfr. al riguardo *Prassi fallimentare dei tribunali italiani* in *Fall.*, 2003, 711 s. e 1038 s.

all'esame di una situazione da cui potrebbe emergere inequivocabilmente il suo stato di insolvenza¹¹.

Tuttavia, anche nel precedente sistema, dal carattere sommario dell'accertamento non derivava, alcuna preclusione in termini di ampiezza dell'istruttoria e di ricorso a prove, dovendo peraltro il giudizio di rilevanza e ammissibilità essere condotto sotto il profilo *dell'utilità effettiva* e della *compatibilità* con le esigenze di speditezza del procedimento, specie per le prove di lunga indagine¹².

Quest'ultima categoria non ha alcuna base *dogmatica*, esprimendo viceversa il "criterio della durata, riferito alla tipicità modale della loro assunzione, un dato di prassi più che di sistema codificato"¹³. Il carattere d'urgenza insomma permetteva e permette l'accesso a tutti gli atti di istruttoria, non consentendo al contrario una dilatazione temporale incompatibile con la durata circoscritta attraverso la semplificazione propria della *sommarietà*¹⁴.

La collocazione della legittima tutela del credito in una sfera di rilevanza giuridica non strettamente privatistica, ma piuttosto connotata da un interesse pubblicistico, ravvisabile nella regolazione dei rapporti economici di mercato, pone il giudice incaricato dell'istruttoria nella condizione di deliberare, nel contesto procedimentale *camerale*¹⁵, a trattazione tendenzialmente celere, la

¹¹ Su informazione e "monitoring" come strumenti giuridici invece preventivi dell'insolvenza cfr. da ultimo Galletti, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna 2006.

¹² Per cognizione sommaria si intende quella parte della tutela cognitiva decisoria idonea a dar luogo al giudicato, diversa quindi dalla tutela sommaria cautelare, da quella esecutiva e da quella volontaria. La tutela sommaria contenziosa si differenzia da quella cognitiva ordinaria in quanto mira ad accordare tutela in via anticipata, urgente ed effettiva, mentre si differenzia da quella cautelare, esecutiva e volontaria in quanto tende a perseguire un risultato che possa essere dotato del massimo grado di stabilità (il giudicato) sia a seguito della mancata opposizione della parte che subisce il provvedimento, sia in esito alla definitività del procedimento cognitivo ordinario in cui quello sommario si sia trasformato (Fabiani, *L'istruttoria cit.*, 491). Il giudizio che conduce alla dichiarazione di fallimento si distingue da quello a cognizione piena per le modalità più essenziali e snelle; e da ciò non può derivare la preclusione di prove costituende, ma al massimo una compressione meramente temporale dell'istruttoria (Millozza, *Procedimento cautelare, diritto di difesa e tutela giurisdizionale ordinaria*, in *Dir. fall.*, 1976, I, 109).

¹³ Così Ferro, *L'istruttoria cit.*, 270.

¹⁴ Ferro, *op. ult. cit.*, 271, in questa logica osservava che i due principi dell'officiosità (quanto all'iniziativa) e dell'inquisitorialità (quanto al regime delle prove) sono reciprocamente attivi nell'assicurare effettività ad un primario interesse pubblico: la tempestiva fotografia dei reali sintomi di crisi finanziaria dell'impresa commerciale, che deve tradursi al più presto nel suo accertamento con sentenza, essendo tuttora un valore il monitoraggio dello stato di salute negativo da convertirsi subito dopo in un'ablazione dei poteri direttivi dell'impresa stessa. Si osserva ora che il legislatore della riforma "... sembra aver voluto disegnare – anche sotto il profilo del regime della prova – i percorsi di un procedimento fondamentalmente sorretto dal principio dispositivo, salva l'attivazione dei poteri officiosi del tribunale, resi necessari dai profili di interesse generale sottostanti alla procedura fallimentare, nonché il tradizionale limite dei diritti e delle situazioni non disponibili" (De Santis, *Sub. Art. 15*, del Commentario par. 13).

¹⁵ Il 1° co. del nuovo art. 15 l. fall. sancisce che il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale «con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio», e quindi con le modalità previste dagli artt. 737 ss. c.p.c. Il modello camerale viene ritenuto il più idoneo ad «assicurare

situazione di crisi dell'impresa nella sua più ampia e variegata sfera di manifestazione, non strettamente legata alla pretesa creditoria del ricorrente¹⁶. Peraltro, in virtù di queste caratteristiche della procedura, il tribunale fallimentare può anche autonomamente disporre¹⁷ l'acquisizione di qualsiasi elemento di giudizio¹⁸ come conferma ora la possibilità normativa di provvedere “...senza indugio e nel rispetto del contraddittorio, all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio”¹⁹.

A seguito della novella, esistono dunque tutte le condizioni per un *uso alternativo* dell'istruttoria in funzione della tutela dell'impresa mediante atti di istruzione tipici, cui aggiungere i mezzi codificati per i procedimenti camerale, ivi compresi quelli di natura ispettiva, con modi di assunzione atipici strumentali alla ratio dell'accertamento.

Contestualmente al decreto di fissazione dell'udienza (o anche, se del caso, successivamente), si potranno infatti disporre gli accertamenti ritenuti necessari²⁰.

Insomma il Tribunale ha modo di valutare l'opportunità, in relazione alle diverse fattispecie concrete, di assumere, già nella fase prefallimentare e poi nella sentenza dichiarativa di fallimento, scelte consapevoli sull'indirizzo da dare alla crisi comparando l'interesse dei creditori e le prospettive di liquidazione riallocativa.

speditezza del rito, pienezza di contraddittorio e diritto alla prova, appellabilità della sentenza» (così nella citata *Relazione* governativa di accompagnamento). In effetti – come la stessa *Relazione* ha cura di ricordare – la giurisprudenza considera oggi la giurisdizione camerale come un «contenitore neutro», nel quale possono trovare spazio sia i provvedimenti di cd. «volontaria giurisdizione», sia i provvedimenti di natura «contenziosa».

¹⁶ Così Patti, *Istruttoria prefallimentare*, cit., 940. Nel procedimento prefallimentare, connotato da un carattere di sommario accertamento, l'istruttoria ha una struttura deformatizzata, intesa a contemperare, in un bilanciato equilibrio, le diverse esigenze da assicurare: da una parte, un'adeguata garanzia del diritto di difesa del debitore e, dall'altra, un celere accertamento dei presupposti per la sua dichiarazione di fallimento.

¹⁷ Anche l'art. 30, d. lgs. n. 270 del 1999, prevede che “il tribunale entro trenta giorni dal deposito della relazione, tenuto conto del parere e delle osservazioni depositati, *nonchè degli ulteriori accertamenti eventualmente disposti*, dichiara con decreto motivato l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, se sussistono le condizioni indicate dall'art. 27. In caso contrario, dichiara con decreto motivato il fallimento”.

¹⁸ Era già frequente nella prassi far intervenire, oltre all'avvocato difensore del fallendo, altri consulenti al fine di interloquire come qualunque terzo *ex art.* 739, ult. co., c.c., (Guernelli, *L'istruttoria prefallimentare. La dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.*, 1999, I, 318).

¹⁹ Si tenga conto che le principali fonti di prova sono prevalentemente di natura documentale, essendo rappresentate dai bilanci, dalla contabilità in genere, dalle dichiarazioni fiscali, dai libri giornali con relativi inventari di chiusura di esercizio, dai libri matricola, dai registri dei cespiti ammortizzabili, dalla documentazione bancaria e commerciale in genere. Per cui il problema non è rappresentato dall'ampiezza delle prove o dall'ammissibilità dell'assunzione, considerate le fonti citate, ma dagli strumenti nella concreta disponibilità del giudice per la materiale acquisizione e soprattutto per la c.d. *riclassificazione* delle stesse (Fabiani, *L'istruttoria*, cit., 498 s.; Patti, *Istruttoria*, cit., 941).

²⁰ E' verosimile che a ciò si procederà, almeno di norma, mandando l'esecuzione degli accertamenti in parola alla guardia di finanza. Le risultanze di tali accertamenti saranno poi sottoposte al vaglio del contraddittorio tra le parti nel corso dell'udienza, che sembra un passaggio indispensabile ai fini dell'utilizzabilità delle stesse in sede di decisione (Così De Santis, *op. loc. ult. cit.*).

2 – Tutela dei creditori e conservazione dinamica degli organismi produttivi

Il tormentato rapporto nell'ambito del fallimento tra *salvaguardia degli organismi produttivi* e tutela dei creditori, centrale nella vicenda della continuazione dell'attività economica, trae origine dal fatto che nelle fasi di crisi conclamata l'azienda, o alcuni suoi rami, possono sopravvivere alla *diaspora* concorsuale, purchè ciò non comporti pregiudizio ai creditori. E la procedura, nella nuova impostazione, può servirsi degli strumenti di conservazione dinamica del complesso organizzato di beni e persone, solo *laddove la scelta sia opportuna sul piano economico* nel senso di *utile alla proficua liquidazione*.

L'interesse dei creditori rimane la finalità prioritaria se non addirittura unica, anche se si evolve in virtù dell'attribuzione agli stessi (o quanto meno all'organo esponentiale del ceto creditorio) di un ruolo più attivo. Il fine della mera prosecuzione dell'attività economica in funzione del mantenimento dell'occupazione non è contemplato nel fallimento, a differenza di quanto accade per l'Amministrazione straordinaria²¹. L'unica norma che prende in considerazione questo profilo è l'art. 104 bis, l. fall., in tema di affitto, ma solo come elemento comparativo al fine della scelta dell'affittuario, in quanto il contratto ha funzioni conservative e non di liquidazione in senso proprio ed il relativo canone ha del pari funzioni diverse dal prezzo di vendita. Ed in questo contesto non v'è alcuna incoerenza sistematica (anzi) nel fatto che il riferimento “alla conservazione dei livelli occupazionali” scompare del tutto nelle norme di cui all'art. 104 e 105, l. fall.,²².

Il nodo concreto, specie nell'istituto dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, rimane quello di *equilibrare* i sacrifici imposti dalla tutela di determinati interessi individuali (o di categoria) in funzione dei vantaggi che ne possono derivare per il sistema nel suo complesso.

Si tratta di un “criterio di composizione di interessi confliggenti cui spesso si è fatto ricorso” nel diritto commerciale (in particolare societario e cartolare), ove il sacrificio di un interesse individuale può giustificarsi “in vista di un beneficio per l'intera categoria di appartenenza del soggetto il cui interesse individuale viene sacrificato”. I creditori del fallito sono spesso “anch'essi imprenditori: pertanto, il sacrificio che sopportano nella loro tutela individuale può essere compensato dal beneficio che la disciplina adottata comporta per l'intero sistema delle imprese di cui sono partecipi”²³. Questa dovrebbe essere la nuova prospettiva del fallimento, anche in chiave di

²¹ Art. 63 d.lgs. n. 270 del 1999.

²² In tal senso invece Sandulli, Art. 104 bis, in *La Riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro - Sandulli, T. II, Torino, 2006, p. 615.

²³ Così Calandra Buonauro, *Liquidazione dell'attivo fallimentare: profili problematici e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. fall.*, 2003, I, 161 s., che aggiunge che la valenza di questo criterio può risultare indebolita dalla presenza rilevante di creditori che non rivestono la qualità di imprenditori, per i quali il beneficio non si produce quanto meno in via diretta. Salvo che questi creditori non godano già di una specifica tutela in ragione della debolezza della loro posizione e/o della natura del loro credito (ad es. il privilegio dei crediti di lavoro previsto dall'art. 2751 bis, c.c.).

analisi economica, come procedura potenzialmente in grado di salvaguardare *l'interesse oggettivo dell'impresa* in cui convive l'interesse dei creditori.

Al fine di evitare la dispersione dei valori aziendali, la legge fallimentare *ante riforma* contemplava espressamente *soltanto* l'istituto dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, che a sua volta rivestiva funzioni diverse a seconda della fase del procedimento in cui veniva disposto. Già da tempo tuttavia la giurisprudenza²⁴, aveva introdotto nella prassi lo strumento²⁵ alternativo dell'affitto endoconcorsuale²⁶ eventualmente preceduto, od affiancato per un determinato ramo, dall'esercizio provvisorio.

Si è spesso dubitato della efficacia ed efficienza degli istituti di gestione endofallimentare non configurando modalità di realizzazione dell'attivo e ritardando la finalità ultima della procedura che è quella di soddisfare *il più rapidamente* possibile le ragioni creditorie²⁷. Invero, la concezione del fallimento quale procedura meramente esecutiva tendente a soddisfare *rapidamente* le ragioni creditorie, trova fondamento essenzialmente nella "reazione culturale alla teoria istituzionale dell'impresa, che con l'ideologia corporativa si era tentato di affermare nella codificazione del 1942, piuttosto che in una serena valutazione (anche sotto il profilo storico e sistematico) del dato normativo"²⁸.

Infatti, la celerità non è perseguita dalla legge in sé ma proprio in funzione *della tutela dei creditori*, e non sempre la mera rapidità della liquidazione dell'attivo realizza la migliore tutela

²⁴ Cfr. Cass. 18 gennaio 1982, n. 324, in *Foro it.*, 1983, I, 2263 s.; Trib. Monza, 19 aprile 1992 (ord.) in *Giur. comm.* 1994, II, 155 ed in *Fall.*, 1993, 190; Trib. Napoli 6 maggio 1999, in *Giur. na.*, 2000, 143. Cass. 25 marzo 1961, n. 682, in *Giust. civ.*, 1961, I, 969, in *Dir. fall.*, 1961, II, 655 e in *Foro it.*, 1961, I, c. 1143; App. Napoli 29 settembre 1959, in *Dir. fall.*, 1959, I, c. 685; Trib. Roma 29 luglio 1959, in *Dir. fall.*, II, 692. Ma si veda pure Pajardi, *Casi clinici di diritto fallimentare*, I, Milano, 1959, 69 s.; Dimundo – Cristiani, *Affitto di azienda e fallimento*, in *Fall.*, 2003, 5 e *La prassi dei Tribunali italiani in materia di fallimento*, Milano, 1982, II, 64. Si rilevava che esistono <<dei casi in cui il titolo di godimento dell'azienda è tale da non consentire comunque la liquidazione di questa: di guisa che - esercizio provvisorio a parte - unica risorsa rimane proprio l'affitto. Basti pensare al fallimento dell'usufruttuario d'azienda, quando il titolo costitutivo vieti la cessione dell'usufrutto (art. 980 cod. civ.). In tal caso si potrà tutt'al più ammettere che l'affitto dell'azienda incida sulla liquidazione di quei soli beni che, in quanto disponibili senza intaccare integrità e funzionalità dell'azienda stessa si ritengano - secondo una tesi autorevole, ma molto contrastata - acquisiti in proprietà dell'usufruttuario. Detta tesi porta però a ritenere, per coerenza, che la proprietà dei beni stessi passi ulteriormente all'affittuario: di guisa che, a ben vedere, la stipulazione del contratto d'affitto non solo non rinvierebbe la loro liquidazione, ma s'identificherebbe con essa>> (Rivolta, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, 1973, 19).

²⁵ La Relazione al capo VII della nuova legge fallimentare evidenzia che alcuni istituti sono stati elaborati sulla base di "...prassi virtuose poste in essere dai tribunali più attenti che da tempo adottano soluzioni liquidatorie che privilegiano la duttilità e la rapidità delle operazioni di cessione, cercando di superare le farraginose e poco efficienti norme sulle vendite, modellate sul sistema delle esecuzioni coattive individuali".

²⁶ Sul quale si rinvia al nostro commento all'art. 104 bis, l. fall., .

²⁷ Si è sostenuto in passato, in particolare, che "la continuazione dell'esercizio dell'impresa è un modo sussidiario ed eventuale, di liquidazione: cioè di trasformazione e di liquidazione dell'impresa fallita, non diverso, quanto alla sua natura e finalità, dalla alienazione, anche se rispetto a questa si presenta, normalmente, come un mezzo preparatorio e preliminare, con effetti dilatori" (Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano 1974, 1552).

²⁸ Così Sandulli, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.* 1995, I, 199.

dei loro interessi. Una procedura impostata in funzione della sola rapidità potrebbe portare gli organi ad alienare a più persone i singoli beni del complesso con un ricavo inferiore a quello raggiungibile mediante una vendita unitaria, oppure a vendere l'azienda ad un prezzo basso, perché ad esempio in quel momento la platea dei soggetti interessati all'acquisto, per motivi di mercato o *di informazione*, è ridotta. L'esercizio provvisorio non implica necessariamente ritardi nella liquidazione in quanto non impedisce la tempestiva vendita globale dell'azienda ed anzi può essere preordinato proprio a tale forma di liquidazione dell'attivo.

L'esercizio provvisorio pur se inserito in un Capo unitario con la liquidazione dell'attivo riguarda comunque *la fase di amministrazione dei beni del fallito*, risolvendo sostanzialmente i problemi della organizzazione e della custodia. Amministrazione e liquidazione non sono attività tra loro incompatibili, anzi la seconda presuppone che i beni da alienare siano mantenuti nella piena efficienza e redditività sino a quando non vengono venduti. In ogni caso, considerato che la finalità principale del fallimento è la liquidazione del patrimonio del debitore assoggettato alla procedura, è evidente che l'esercizio provvisorio deve essere funzionale alla stessa e questo è il motivo dell'inserimento sotto nel medesimo Capo.

3 – I presupposti della continuazione dell'impresa del fallito

L'esercizio provvisorio dell'impresa è uno strumento conservativo del patrimonio²⁹, preparatorio della liquidazione³⁰ e di carattere temporaneo, con la differenza rispetto all'affitto che la gestione provvisoria spetta direttamente al curatore e non ad un terzo³¹.

I due istituti pur avendo *finalità analoghe*, ossia la conservazione della funzionalità dell'azienda all'esercizio dell'impresa e la tutela dell'avviamento in funzione della più proficua

²⁹ V'è chi distingueva nell'esercizio provvisorio la fase meramente conservativa, in quanto diretta a realizzare una vera e propria continuazione dall'altra più propriamente liquidatoria (al riguardo cfr. Cavalaglio, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 234)

³⁰ Per Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 416, doveva escludersi "...che in sè l'affitto dell'azienda del fallito appartenga agli strumenti di liquidazione aziendale; mediante l'affitto, infatti, si vuole recuperare il massimo di utili possibili dall'azienda del fallito. Inoltre, l'affittuario tende a ripristinare la gestione sotto il profilo del profitto, sicchè alla fine di fronte ad un'azienda vitale può anche discutersi di risanamento dell'impresa col risultato che alla liquidazione potrebbe sostituirsi la ripresa stessa dell'attività imprenditoriale, per effetto di un concordato. In tal senso, quindi, non sembra che sussista una *ratio* differente tra affitto d'azienda ed esercizio provvisorio dell'impresa escludendosi in entrambi i casi un'attività meramente liquidativa. E ciò anche alla luce dell'art. 3, legge 23 luglio 1991, n. 223, che concede all'affittuario il diritto di prelazione sull'azienda concessagli in affitto, in caso di liquidazione".

³¹ Se ne deduceva che l'affitto presupporrebbe l'esercizio provvisorio e sarebbe assoggettato alla disciplina, ricca di cautele, sancita dall'art. 90 della legge fallimentare (Pajardi, *Casi clinici di diritto fallimentare*, I, Milano, 1959- 1966 (quattro volumi), 334; Id., *Casi clinici, II Vol.*, cit., 281 s.; Id., *Casi clinici, III Vol.*, cit., 358; Trib. Ariano Irpino 20 aprile 1958, in *Foro it.*, 1959, I, 691).

liquidazione possibile, differiscono in modo netto ³² anche nel nuovo impianto normativo. La continuazione temporanea dell'impresa del fallito continua a rientrare in una sorta di *gestione pubblica processuale* ³³ in cui viene sostanzialmente dissociato l'esercizio dell'attività economica dalla responsabilità e dal rischio, normalmente concentrati nello stesso soggetto ³⁴. Tuttavia se il legislatore del 1942 aveva essenzialmente concepito l'esercizio provvisorio dell'impresa come strumento amministrativo della procedura, il legislatore della novella ha collegato la fattispecie espressamente alla fase liquidatoria, ritenendola, unitamente all'affitto, uno strumento propedeutico alla *massimizzazione* dell'attivo ³⁵.

Il fallimento assume tutti i rischi dell'esercizio dell'impresa ed è responsabile per tutte le obbligazioni contratte dal curatore nella gestione, con l'aggiunta che i crediti essendo sorti in costanza di procedura sono in prededuzione, come in modo quasi pleonastico l'ultimo comma del nuovo art. 104, l.fall., precisa. In pratica, il c.d. rischio di impresa incombe sulla procedura e quindi in via indiretta sui creditori concorsuali ³⁶. Nell'affitto, invece, è l'affittuario-imprenditore ad assumersi rischi ed obblighi derivanti dalla gestione dell'azienda ³⁷ ed il fallimento rimane del tutto indenne da qualsivoglia responsabilità correndo rischi assai più limitati ³⁸.

³² La continuazione temporanea rimane fase "interna" del procedimento fallimentare sebbene con un contenuto amministrativo e contabile autonomi (Vitale, *Fallimento*, VIII, «Custodia e amministrazione delle attività fallimentari», in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 1990, § 6).

³³ Secondo una certa impostazione un aspetto deteriore della procedura fallimentare nella sua evoluzione storica sarebbe proprio la sua lenta ma graduale processualizzazione, prodromo logicamente inevitabile del fatto che è l'amministrazione e la liquidazione di una impresa è affidata a giudici e ad avvocati, anziché a *managers* (Bonsignori, *Introduzione al diritto fallimentare*, Torino, 1993, 14). La riforma in questa linea contempla la possibilità di nominare quali curatori anche "coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento" (art. 28, comma 1, lett. c l. fall.).

³⁴ Invero una certa dottrina ha collegato strutturalmente l'ipotesi della continuazione dell'esercizio alla salvaguardia dell'integrità del patrimonio aziendale e la sua cessazione alla liquidazione e, dunque, definitiva ripartizione della massa attiva (Vitale, *Fallimento*, VIII, *Custodia e amministrazione delle attività fallimentari*, cit., par. 6). Si è sostenuto tuttavia che l'istituto sarebbe disancorato dalla «liquidazione vera e propria» (in tal senso Andolina, *Liquidazione dell'attivo ed esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1978, I, 181 ss.).

³⁵ Già prima in questo senso Cass., 9 gennaio 1987, n. 71, in *Giur. comm.* 1987, II, 562.

³⁶ Non può essere condivisa, infatti, la tesi di chi (Mossa, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, 1942, 393 s.) ha sostenuto che in caso di affitto la qualifica di imprenditore commerciale spetta anche al locatore oltre che all'affittuario. *Contra*: Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*. Milano, 1962, 355; Casanova, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, 151; Auletta, *Dell'Azienda*, in *Comm. Cod. civ.* Scialoja-Branca, 78; Pavone La Rosa, *Affitto d'azienda e responsabilità per le obbligazioni contratte dall'affittuario nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, 351 s.; De Martini, *L'usufrutto d'azienda*, Milano 1950, 301 s.).

³⁷ Già Cass. 18 gennaio 1982, n. 324, in *Foro it.*, 1983, I, 2263, ha ritenuto non affetto da nullità il contratto intervenuto tra fallito e terzo, in virtù del quale il terzo ha chiesto ed ottenuto dalla curatela l'affitto dell'azienda del fallito, che a propria volta si è obbligato a rivalere l'altro, una volta tornato *in bonis* di tutte le obbligazioni assunte a causa della gestione (nella specie era stato accertato che l'attività imprenditoriale era stata realmente esercitata dal terzo affittuario).

³⁸ L'eventuale perdita od affievolimento dell'avviamento, il mancato pagamento dei canoni di affitto, la potenziale dispersione del capitale circolante e la generica possibilità che la liquidazione sia ostacolata. Per la tendenziale

E' chiaro perciò che si tratta di istituti diversi, assoggettati a discipline espressamente diverse, *ma non sempre alternativi*: la stessa azienda dopo essere stata oggetto di esercizio provvisorio disposto con la sentenza dichiarativa di fallimento può infatti diventare oggetto di affitto *endocorsuale*, anzi il primo strumento può essere funzionale ad una migliore utilizzazione del secondo³⁹. Può, peraltro, verificarsi che un ramo del complesso produttivo venga affittato e con la parte residuale la curatela continui una gestione provvisoria⁴⁰.

Di converso, esistono dei casi in cui l'esercizio provvisorio è inattuabile ed è necessario utilizzare l'affitto, oppure casi in cui è l'affitto ad essere improponibile. Si pensi all'ipotesi dell'azienda sopravvenuta al fallito in costanza di procedura o dell'azienda ancora integra appartenente ad un imprenditore cessato, in tal caso è preclusa la possibilità di ricorrere all'esercizio provvisorio in quanto l'impresa non è più del fallito o non lo è mai stata. Al contrario si pensi all'ipotesi in cui il debitore non era proprietario dell'azienda, ma solo affittuario in virtù di un contratto con divieto di subaffitto (art. 1624 c.c.), ebbene in questo caso sarà possibile ricorrere soltanto alla continuazione temporanea.

L'istituto, anche a seguito della riforma, può essere disposto in momenti diversi della procedura e per assolvere a funzioni differenti: con la sentenza dichiarativa di fallimento oppure *successivamente* (e non più dopo che sia stato reso esecutivo, con decreto, lo stato passivo), in una complessiva strategia destinata comunque ad essere assorbita dal *programma di liquidazione*.

In linea di principio rimangono due le fasi in cui la misura può essere disposta (anche se cronologicamente scadenzate in modo del tutto innovativo) ma finalizzate ad obiettivi differenti, che in passato avevano portato una parte della dottrina a sostenere che si trattasse addirittura di due istituti distinti, in cui quello previsto dal primo comma del vecchio art. 90, l. fall., poteva essere funzionale ad interessi diversi da quello dei creditori, vista l'assenza di connessioni letterali tra pregiudizio da scongiurare ed interesse del ceto creditorio.

Innanzitutto, l'esercizio provvisorio può essere disposto in via autonoma dal tribunale ma soltanto con la sentenza dichiarativa del fallimento, mentre prima questo potere poteva essere esercitato sino al momento dell'esecutività dello stato passivo.

Nella prima fase l'istituto può essere diretto, anche nella nuova disposizione, ad evitare un danno grave (e non più *irreparabile*) non necessariamente ai creditori ma *all'impresa* e per l'effetto a tutti i soggetti che possono conseguentemente riceverne pregiudizio: quindi sarebbe

preferenza pratica dell'affitto rispetto all'esercizio provvisorio Abete, *Il novello "esercizio provvisorio": brevi notazioni*, *Dir. fall.*, 2006, I, 659.

³⁹ In particolare Guglielmetti, *Il fallimento come pretesa causa di estinzione del diritto al marchio*, in *Riv. dir. ind.*, 1962, II, 278, riteneva ammissibile l'affitto di azienda durante l'esercizio provvisorio.

⁴⁰ In un'ipotesi del genere il divieto di concorrenza, di cui all'art. 2557 c.c., non si applicherebbe all'ufficio fallimentare, che da un lato affitta un ramo dell'azienda e dall'altro continua l'esercizio di parte dell'attività economica del fallito, in quanto la legge vieta di iniziare una nuova impresa, ma non di continuarne una già esistente.

giustificato dalla soddisfazione dell'interesse socio-economico, anche nei casi in cui si concretizza nella gestione in perdita di un'impresa parassitaria.⁴¹

Tuttavia l'art. 104, l. fall., aggiunge, proprio per evitare la dilatazione generata in passato dall'interpretazione riferita, che la sentenza di fallimento può disporre l'esercizio "*purché non arrechi pregiudizio ai creditori*". Pare così accolta l'opinione di quanti, nel vigore della vecchia disciplina, già ritenevano che il danno grave e irreparabile dovesse essere valutato non soltanto dal punto di vista dei vantaggi economici per la massa dei creditori, ma anche in rapporto alle possibilità di sopravvivenza dei compendi produttivi ancora vitali.⁴²

La valutazione del prospettico pregiudizio tuttavia appare molto difficile da fare per il Tribunale in sede di dichiarazione di insolvenza, a meno che non sia stata effettuata la prospettata istruttoria prefallimentare "invasiva", che permetta di conoscere concretamente la vicenda di crisi trattata⁴³.

Nella seconda fase (*successivamente*) non solo non è più richiesta sul piano cronologico l'esecutività dello stato passivo ma addirittura l'esercizio può essere disposto, a nostro avviso, anche prima della presentazione del programma di liquidazione (come espressamente previsto per l'affitto) anche perché il comitato dei creditori viene ormai immediatamente costituito sulla base delle scritture contabili e delle risultanze documentali del fallito, potendo successivamente essere modificato nei componenti all'esito dell'adunanza per la verifica del passivo (art. 40, l. fall.). In tal caso l'esercizio deve essere assistito dal criterio dell'*economicità*, tanto è vero che la norma prevede che il giudice delegato (*e non più il Tribunale*) può autorizzare la continuazione, come nella versione precedente, solo se c'è il parere favorevole del comitato dei creditori. Del pari,

⁴¹ Nella prassi si è spesso dilatata l'utilizzazione dell'istituto oltre i limiti previsti dal legislatore; così si è avviata la procedura di esercizio provvisorio per completare un ciclo produttivo industriale iniziato, con le materie prime già acquistate; per vendere merce deperibile; per assicurare la continuazione di un pubblico servizio in concessione; per completare la costruzione di un immobile, allo scopo di venderlo in condizioni più appetibili dal mercato; per mantenere in vita un'azienda al fine di non disperderne l'avviamento, etc. (al riguardo Pellegrino, *Acquisizione, custodia ed amministrazione delle attività fallimentari: esercizio provvisorio dell'impresa*, in *Le procedure concorsuali*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore - Costa, II, Torino, 1997, 401 s.; Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1991, 235).

⁴² Rivolta, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 135. Invero secondo alcuni il danno grave e irreparabile andava ricondotto agli interessi dei creditori del fallito con la conseguente necessità di subordinare, quindi, il provvedimento del Tribunale al ricorrere dei casi in cui si fosse ravvisata l'opportunità e la possibilità di procurare un vantaggio agli stessi; diametralmente opposta era invece la tesi sostenuta da coloro i quali ritenevano che il danno potesse riguardare anche i dipendenti e i clienti dell'impresa (ad esempio, nelle imprese di pubblica utilità o con un elevato numero di dipendenti), precisando, tuttavia, che in tal caso, l'esercizio provvisorio poteva essere disposto solo a condizione che non fossero pregiudicati i creditori del fallito, la cui rilevanza doveva essere sempre considerata prevalente. Secondo altri ancora il «danno grave e irreparabile» avrebbe dovuto riguardare la perdita dell'avviamento o la necessità di provvedere all'ultimazione di lavorazioni in corso, il deprezzamento del magazzino, la perdita di valore del marchio, l'inevitabile deprezzamento collegato allo smembramento del complesso aziendale, la mancata riscossione dei crediti.

⁴³ Sul tema già Fimmanò, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato ed esigenze di conservazione dei valori aziendali*, in *Fall.*, n. 4, 2004, 459 s.

come si vedrà, l'esercizio può essere disposto anche dopo l'approvazione del programma di liquidazione attraverso una modifica dello stesso *ex art. 104 ter, co. 5^o, l.fall.*, laddove l'esercizio provvisorio appaia come sopravvenuta esigenza.

Si tratta invero di una seconda fase "aperta" in cui l'esercizio provvisorio può essere disposto in più occasioni.

Orbene, già prima della riforma, l'attribuzione di un'efficacia vincolante al parere dei creditori evidenziava una chiara volontà legislativa di condizionare l'esercizio provvisorio alla valutazione di coloro che sono interessati solo ad una economica liquidazione e non sono influenzabili da istanze, per così dire, *extraimprenditoriali*. Nella Relazione alla novella si legge che *"...proprio in questo secondo caso che si può cogliere l'aspetto può significativo dell'innovazione, essendosi qui voluto accentuare che l'istituto, a differenza di quanto previsto dall'art. 90 del regio decreto del 1942, risponde non più al solo interesse privatistico di consentire un miglior risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte, sempre che il ceto creditorio non ritenga di trarne nocumento"*⁴⁴.

In tutte le diverse fasi la continuazione può avere finalità *conservative* dei valori aziendali, ma giammai essere utilizzato in funzione del *risanamento* dell'impresa appartenente al debitore fallito, obiettivo assolutamente estraneo alla procedura fallimentare in quanto tale ⁴⁵. Peraltro la prospettazione nella sentenza di fallimento di un'ipotesi di risanamento, da attuarsi per il tramite dell'esercizio provvisorio, "inciderebbe sulla configurabilità stessa dell'insolvenza e, dunque, sulla legittimità della declaratoria fallimentare"⁴⁶.

Nel fallimento l'azienda (e non l'impresa) come complesso di beni e persone organizzati mediante l'attività di coordinamento dell'imprenditore può sopravvivere, nel senso che si estingue solo a causa della concreta ed effettiva disgregazione dei fattori della produzione ⁴⁷.

L'impresa, intesa come attività economica dell'imprenditore fallito, può essere continuata dal curatore *non per risanarla* ma per mantenere in vita quella organizzazione di beni e persone che ne costituisce lo strumento ⁴⁸.

⁴⁴ Abete, *op. cit.*, 665 osserva che <<...l'esplicita correlazione del pregiudizio da scongiurare con l'interesse del ceto creditorio non costituisce una reale novità: si è anticipato che il prevalente orientamento esegetico aveva opinato nel senso che l'istituto in esame fosse in via esclusiva destinato alla salvaguardia degli interessi dei creditori e, quindi, che non potesse essere "gravato" da aspirazioni di matrice diversa, di rilievo "pubblicistico", connesse al risanamento dell'impresa quale "bene per la collettività">>.

⁴⁵ In tal senso Cass., 9 gennaio 1987, n. 71, in *Giur. comm.*, 1987, II, 562, *contra*: Trib. Messina 8 luglio 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1257. *Contra* in qualche modo Trib. Avellino 14 ottobre 1964, in *Foro pad.*, 1965, I, 1417. Sul tema cfr. Cavalaglio, *L'esercizio provvisorio cit.*, 235 s.

⁴⁶ Meoli, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, in *Fall.*, 2005, 1045.

⁴⁷ Cfr. Cass. 9 giugno 1981, n. 3723, cit. 2492.

⁴⁸ D'altra parte già nella Relazione del Guardasigilli al codice del '42, sull'impresa in generale (n. 34), è chiara la distinzione tra impresa in senso funzionale, come attività professionale organizzata dell'imprenditore, ed impresa in senso strumentale come organizzazione del lavoro e degli altri strumenti produttivi cui dà luogo l'attività pro-

L'esercizio provvisorio ad opera della curatela, nonostante l'ampliamento normativo che ne contempla le potenzialità di istituto funzionale alla valorizzazione dell'attivo, o almeno al contenimento del depauperamento dei valori aziendali⁴⁹, rimane nel suo complesso un fenomeno eccezionale, e meglio ancora *residuale* (rispetto all'affitto), estraneo per sua natura alla fisiologia dei compiti dell'ufficio fallimentare, che può essere autorizzato solo in casi particolari⁵⁰ e nei limiti⁵¹ e con le garanzie previste dalla legge⁵².

4 – L'anticipazione cautelare dell'esercizio provvisorio

L'*esercizio provvisorio*, alla luce di quanto detto, è strumentale alla liquidazione riallocativa dei valori aziendali ai fini della prospettiva liquidatoria della stessa, quale alternativa “preferibile” alla vendita dei singoli beni, come disposto dall'art. 105 l. fall. . L'esercizio è, così, “provvisorio” nell'attesa che l'ufficio fallimentare abbia la possibilità di verificare, programmare ed eseguire la scelta liquidatoria della *universalità*. L'esercizio è altresì “provvisorio” fintanto che la possibilità di liquidazione della azienda sia effettivamente realizzabile.

Si vuole dire, in altri termini, che la *continuazione* dell'attività di impresa ha ragion d'essere fino a che non sia stata realizzata la liquidazione dell'azienda (o di suoi rami od *assets*), ovvero questa divenga irrealizzabile, ovvero realizzabile con migliori risultati a prescindere

fessionale dell'imprenditore. Quest'ultima “in fondo è sì ancora una espressione dinamica, cui mette origine l'attività, ma allorché si distacca dal suo autore acquista il carattere più statico dell'azienda” (Ragusa Maggiore, *Imprenditore Impresa Fallimento*, Padova, 1979, 253).

⁴⁹ Si è osservato che nella vecchia legge fallimentare l'esercizio provvisorio non era interpretabile come “possibilità di accrescere la massa attiva, in ragione di un avviamento e di una predisposizione funzionalizzata dei beni aziendali che il lungo decorso procedimentale avrebbe privato, o perlomeno sminuito, di qualsiasi profittabilità economica” (Lo Cicero, *L'affitto endofallimentare dell'azienda e l'esercizio provvisorio dell'impresa*, in www.dircomm.it, 2005, n. 10, 1). Il legislatore della novella ha concepito tale fattispecie collegandola espressamente alla fase liquidatoria dell'attivo, ritenendo che “le fattispecie possano rappresentare un elemento non trascurabile della produzione dell'attivo e dunque, connotare in senso diverso rispetto al passato almeno una fase della procedura, non più esclusivamente dettata alla liquidazione dello *status quo ante* ma eventualmente produttiva di un *terminus ad quem*, protratto nel tempo procedimentale”.

⁵⁰ Bozza, *La vendita dell'azienda nelle procedure concorsuali*, Milano, 1988, 11; sul punto cfr. anche Cavallo Borgia, *Continuazione dell'esercizio dell'impresa nell'amministrazione straordinaria e nelle procedure concorsuali: profili funzionali*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 762; Andolina, *op. cit.*, 181; Fimmanò, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano 2000, 89 s.; Rivolta, *L'esercizio cit.*, 421.

⁵¹ L'art. 104, l. fall., conferma in particolare il carattere assolutamente provvisorio dell'esercizio dell'impresa del fallito, così come disposto già dal vecchio art. 90, l. fall.,. Infatti, il quarto comma dell'art. 104 precisa che “se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione”. Inoltre, il comma settimo dispone che “il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo, sentiti il curatore ed il comitato dei creditori”.

⁵² V'è chi sulla base della legge delega ha pronosticato che l'istituto avrebbe dovuto assumere i caratteri di ordinaria misura, funzionale ad attuare le finalità conservative in prospettiva della vendita, nell'ambito di un rinnovato concetto di concorso dei creditori (Meoli, *op. cit.*, 1043).

dere dalla continuazione dell'attività economica. E' ovvio che prima si parte e meglio si raggiungono le finalità volute dalla legge: è chiaro ad esempio che un esercizio provvisorio disposto solo in fase avanzata presenterà problemi attuativi quanto meno perché nelle more si sarà verificato lo scioglimento della maggior parte contratti "aziendali" in corso, se non da tutti. Si spiega in questa ottica perché l'istituto è concepito come strumento cui deve essere possibile accedere a partire *dalla fase embrionale* fino a quella terminale della liquidazione dell'attivo. Più precisamente a partire *persino* dalla fase dell'istruttoria prefallimentare sino al momento prima che si dia corso alla vendita.

L'esercizio, difatti, potrebbe essere, a nostro avviso, *anticipato* dal Tribunale, nella fase della istruttoria prefallimentare; poi disposto o confermato nella sentenza di fallimento; successivamente autorizzato dal giudice delegato prima della approvazione del programma; in sede di programma di liquidazione come dispone l'art. 104 ter lett. a) l.fall.; o ancora dopo attraverso una modifica del programma stesso ex art. 104 ter, 5^o comma, l.fall. potendo la opportunità in esame, manifestarsi come una *sopravvenuta esigenza*.

Andando per gradi l'occasione dell'esercizio provvisorio si presenta già in fase di istruttoria prefallimentare visto che, come disposto dall'art. 15 l.fall., "Il Tribunale, ad istanza di parte può emettere i provvedimenti cautelari ... a tutela ...dell'impresa .. che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza".

Ebbene tra i provvedimenti cautelari nulla esclude che possa essere disposto anche l'esercizio dell'impresa sottratto all'imprenditore e attribuito, ad esempio, ad un soggetto che abbia svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo di società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali (cfr art. 28 lett.c)⁵³ sotto l'impulso e nell'ambito delle direttive del Tribunale stesso.

Già in questa fase il Tribunale⁵⁴ potrebbe ritenere opportuno preservare, attraverso l'esercizio *controllato* dell'attività economica, l'azienda (o suoi rami) onde permettere, per l'ipotesi di dichiarazione di fallimento, alla procedura di scongiurare il *periculum in mora* di veder vanificata o ridimensionata la possibilità della vendita dei valori aziendali funzionanti o strumentali ad altre imprese. La scelta consentirebbe peraltro il più invasivo dei *monitoraggi* possibili dell'impresa in crisi.

⁵³ Si ritiene comunemente che le misure cautelari possano essere anche innominate ovvero sostanzialmente nel sequestro di azienda con nomina di un amministratore provvisorio (Cfr Panzani, *La riforma delle procedure concorsuali – il secondo atto in www.ipsoa.it/fallimento*, par 1.5; Santangeli, *sub art. 15 l.fall.*, *Il nuovo fallimento* a cura di Santangeli, Milano 2006, 78).

⁵⁴ Evidentemente il provvedimento va adottato dal Tribunale e non può essere delegabile (in tal senso anche Santangeli, *op. cit.*, 80).

I margini di ammissibilità e operatività dello strumento esigono in ogni caso un'analisi complessiva della fattispecie partendo dalla lettera della norma citata, ove il legislatore parla appunto di “*provvedimenti cautelari ... a tutela ... dell'impresa oggetto del provvedimento*”.

Il dato letterale è univoco nell'individuare innanzitutto come l'oggetto del provvedimento sia *l'impresa*. La conclusione può essere avvalorata anche dalla funzione obiettiva della disposizione tesa a rendere attuabili, sin dalla istruttoria prefallimentare, le regole volte alla massimizzazione dell'attivo. Nell'ottica della *omnicomprensività dell'attivo fallimentare*, *l'impresa* è un valore da preservare in quanto, grazie ad essa, è possibile valorizzare l'azienda quale componente centrale dell'universo della liquidazione dell'attivo come testimoniato dalla norma cardine di cui all'art.105 l.fall. Impresa, allora, che deve poter essere trattata alla stregua – anzi con maggiore attenzione conservativa visto che è funzionale alla azienda – di qualsiasi altro *valore* dell'attivo, potendo essere l'elemento decisivo della soddisfazione dei creditori.

Vi è di più, a livello fallimentare sfumano le categorie concettuali, quali i beni, diritti, aspettative, per essere sostituite dal nuovo e diverso concetto di “valore”. Qui per valore deve intendersi qualsivoglia entità convertibile direttamente o indirettamente in danaro, sicché *l'impresa* è un valore in quanto permette di salvaguardare – ai fini della successiva liquidazione - l'azienda. *L'impresa* è allora un valore in quanto, grazie ad essa, è possibile lasciare in vita l'azienda ed evitarne la disgregazione.

Si pensi a quelle attività di impresa che abbiano per oggetto l'erogazione di un servizio che – se non esercitato – genera la risoluzione dei rapporti negoziali coi clienti. Si pensi alle società che svolgono attività in regime convenzionato con la pubblica amministrazione ove il mancato esercizio della attività di impresa genera la dispersione dei valori, talora *intangibles*⁵⁵. Del pari è possibile che il complesso aziendale sia suscettibile di sopravvivere anche se, per un periodo di tempo, *l'impresa* non venga esercitata. Ecco, in questo caso *l'impresa* è pur sempre un valore visto che l'azienda non ne può rimanere priva all'infinito, ma essa nell'immediato non abbisogna di essere esercitata. Nei primi due casi, allora, *l'impresa* è un valore delicato da preservare sin dalla fase in cui ci si avvede della crisi, nel secondo il valore è meno rilevante avendo l'azienda una capacità di sopravvivere più a lungo.

⁵⁵ Per *intangibile* si intende un “bene” che – da solo non è commerciabile – ma che può essere ceduto con l'azienda e consente a questa di assumere un valore esponenziale. Si pensi, solo per fare un esempio, tra i tanti, al fallimento delle società di calcio ove la considerazione del dato azienda permette di monetizzare “valori”, quali il “titolo sportivo”, che altrimenti sarebbero incredibili, se considerati singolarmente. Sul tema Cfr. Fimmanò, *La crisi delle società di calcio e l'affitto della azienda sportiva*, in *Dir. fall.*, 2006, 3; Esposito, *Brevi riflessioni in tema di “valori” da acquisire all'attivo ai fini della compiuta soddisfazione degli interessi della procedura fallimentare. Il rapporto armonioso tra le regole dell'ordinamento generale ed il sub-ordinamento sportivo*, in *Dir. fall.*, 2006, 180. Si pensi ancora alle imprese convenzionate con il sistema sanitario nazionale (al riguardo mi permetto di rinviare a Fimmanò, *Gli effetti del trasferimento d'azienda sull'autorizzazione sanitaria regionale e sul c.d. accreditamento istituzionale*, in *Riv. not.*, 2003, 133).

Nella nuova concezione dell'attivo fallimentare, allora, l'attenzione all'impresa è centrale in quanto la stessa può essere propedeutica a rendere effettiva la via preferenziale della vendita dell'azienda come indicata dal principio di cui all'art. 105 l.fall., che consente l'alienazione dei singoli beni solo ove questa dia maggiore soddisfazione ai creditori rispetto alla vendita della "universalità". Maggiore soddisfazione dei creditori che non necessariamente coincide col maggiore realizzo di attivo involgendo una analisi complessiva dei bisogni del ceto creditore.⁵⁶

La premessa ha una sua precisa funzione perché solo rimarcando il valore dell'impresa, nel contesto della liquidazione dell'attivo, si comprende la portata dei poteri conservativi a tutela dell'impresa stessa. In altri termini, così come si consente di intervenire nella sfera giuridico patrimoniale del fallendo onde preservare beni dei quali è necessario evitare dispersioni, così, a maggior ragione va preservato quel valore che, a sua volta, genera valori o li conserva ed evita dispersioni. Così come non si può correre il rischio che il fallendo si privi di un bene immobile, così non si può correre il rischio che il suo disinteresse, la sua inettitudine, la sua malafede o comunque condizioni indipendenti dalla sua capacità o correttezza, portino alla dispersione dei valori aziendali funzionanti o funzionali ad altre imprese. Non vi è nulla di diverso tra l'evitare che il fallendo disperda un valore immobiliare (o i che i creditori possano completare l'esecuzione) rispetto all'evitare la dispersione del valore aziendale in esito al

⁵⁶ Il legislatore, infatti non parla <<di "vendita dalla quale possa realizzarsi maggiore attivo" ma usa, non a caso, l'espressione "maggiore soddisfazione dei creditori". Ne viene che il termine di confronto non è meramente quantitativo anche se normalmente la vendita dell'azienda comporta un introito superiore rispetto a quella realizzabile dalla vendita dei singoli cespiti, data la possibilità di realizzare gli *intangibles*, tra cui lo stesso avviamento. Il dato di maggiore interesse è costituito dal fatto che la soddisfazione cui si riferisce l'art. 105 l. f. va assunta tenendo conto – a favore dell'alienazione dell'azienda – del fatto che, alla immediata soddisfazione quantitativa, nel breve, i creditori aggiungono l'opportunità, da valorizzare in termini economici, di continuare i loro rapporti con l'impresa. Rapporti che, si pensi alla ipotesi dei dipendenti, costituiscono un elemento di "soddisfazione" di colui che, in quanto contraente, ha interesse a poter eseguire la propria prestazione onde ottenere la controprestazione dovutagli. Si vuole dire che la locuzione usata dal legislatore "soddisfazione dei creditori" in luogo di locuzioni del tipo "maggiore realizzo" fa propendere per una valutazione che tenga conto di una soddisfazione qualitativa, ossia che tenga conto ed aggiunga, a vantaggio della ipotesi dell'azienda, il fatto che questa generi un ulteriore grado di soddisfazione dato dalla continuazione dei rapporti. Livello complessivo di valutazione che guardi "la soddisfazione dei creditori" non unicamente con riguardo all'importo ricavabile dalla vendita visto che in tal caso si sarebbe utilizzato un criterio di scelta concentrato sul dato dell'attivo. Così non è in quanto il riferimento, è alla "soddisfazione dei creditori" e su questa incidono non solo i "rapporti realizzabili" ma anche "i tempi del realizzo" visto che anche il fattore tempo è un elemento di soddisfazione. Lo stesso vale, come anticipato, per gli effetti che la prosecuzione dell'attività di impresa produce in termini di vantaggio per i creditori tenuto conto anche della composizione del passivo. Si pensi ad un passivo composto in maggioranza da dipendenti. È chiaro che in questo caso il più elevato grado di soddisfazione lo offre tendenzialmente il dato aziendale. È in base alla valutazione di ciascuno di tali elementi che l'ufficio fallimentare dovrà decidere quale modalità soddisfi al meglio gli interessi dei creditori. Sicché, anche se i tempi della liquidazione e dell'accertamento del passivo sono paralleli, è necessario che il curatore esponga anche la condizione esistente e prevedibile del passivo stesso, in guisa che possa aversi conto della composizione qualitativo/quantitativa dei creditori che devono soddisfarsi>>. Fimmanò - ESPOSITO, *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, Milano, 2006, 211.

mancato svolgimento dell'attività di impresa. Anzi la conservazione del secondo valore è ancora più importante nell'ottica del legislatore che emerge dall'art.105 l.fall..

In conclusione, all'argomento di ordine testuale, si affianca la conferma dell'argomento di *ordine logico* volto a rendere effettivo, sin dalla fase della istruttoria prefallimentare, il grado di attenzione per i valori aziendali. Se il legislatore, allora, non ha optato formalmente per l'adozione di sistemi codificati di *allerta e prevenzione*, è ricostruibile comunque un modello di prevenzione di grande portata⁵⁷.

Resta da vedere con quali modalità e entro quali ambiti si possa incidere.

Un dato è certo, l'attenzione preventiva deve avere ad oggetto l'impresa e siccome questa è una "attività", essa deve avere ad oggetto una "attività", sicché è questa che deve essere oggetto di provvedimenti conservativi o *cautelari*.

Inoltre la valenza delle prerogative di cui deve potere disporre il Tribunale non può essere imbrigliata in schemi concettuali rigidi o precostituiti: ad esempio il ricorso al "sequestro giudiziario di azienda" volto ad anticipare lo spossessamento del complesso produttivo conseguente al fallimento (che se da un lato può apparire più codificato sul piano sistematico finisce dall'altro col creare limiti concreti di funzionalità). Tali schemi possono essere utilizzati come fonte di ispirazione per la determinazione del contenuto del provvedimento che però non è vincolato, tant'è che correttamente il termine *cautelari* viene inteso quale *misura anticipatoria*⁵⁸.

E del resto l'*atipicità* è un connotato caratterizzante tutta la vicenda fallimentare visto che atipiche sono generalmente le modalità di liquidazione dell'attivo (cfr. art.107 l.fall.); il contenuto dei piani di risanamento (art. 67 lett.d); quello degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis l.fall); le condizioni del piano nel concordato preventivo; la proposta del concordato fallimentare. Tutti elementi che possono incidere in maniera non predeterminata sullo svolgimento della attività di impresa sulla quale possono cadere in maniera più o meno invasiva.

Anche nel caso dell'art. 15 l.fall., vengono coniugati atipicità e conservazione dei valori. I provvedimenti *non ultrattivi* (che hanno la medesima durata del procedimento per dichiarazione di fallimento)⁵⁹ cui il Tribunale può ricorrere sono, quindi caratterizzati da un *ampio grado*

⁵⁷ Come conferma la relazione, la "riforma" determina l'ingresso in un nuovo sistema non caratterizzato unicamente da una finalità liquidatoria, ma ispirato essenzialmente alla conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali) nelle quali non è più individuabile l'esclusivo interesse dell'imprenditore, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso al risanamento e al superamento della crisi aziendale (cfr. Ianniello, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano 2006, XIV).

⁵⁸ Santangeli, *op. cit.*,79, afferma che "*probabilmente nell'intento del legislatore il termine cautelari va inteso nel senso di anticipatori*".

⁵⁹ Provvedimenti inquadrabili tra le misure cautelari cd. «extravaganti», in quanto trovano la loro disciplina normativa non nel codice di procedura civile (e precisamente nelle sezioni II, III, IV e V del quarto libro), ma nel codice civile o (come nel caso che ci occupa) in leggi speciali, sottoposte, in quanto compatibili, dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. (che le richiama come gli «altri provvedimenti cautelari») alle norme sul procedimento cautelare uniforme (così De Santis, *op. cit.*, paragrafo 18).

di atipicità sicché la conservazione del “valore impresa” dipende dalla valutazione del caso concreto (sì come accade ad esempio in caso di emissione di un provvedimento che vieti al fallendo di disporre di un determinato bene).

Solo per fare taluni esempi, l'incisività del provvedimento potrebbe essere calibrato in guisa che al debitore-fallendo sia lasciata la gestione dell'attività di impresa la quale però deve conformarsi a criteri predeterminati. E non bisogna dimenticare che l'esercizio controllato dell'impresa può rivelarsi preciso interesse del fallendo oltre che dei creditori. In prima analisi questi potrebbe avere tempo e respiro per avanzare proposte di soluzione concordataria della crisi che si fondino proprio sulla continuazione dell'attività di impresa come sperimentata nella fase dell'istruttoria prefallimentare. E questo, laddove alla continuazione siano abbinati meccanismi anticipatori degli effetti della *par condicio* in modo da inibire comportamenti depauperativi⁶⁰.

Ancora, l'intervento potrebbe essere diretto ad affiancare al soggetto imprenditore un professionista designato dal tribunale, sul modello della vicenda *institoria* oppure volto alla nomina di un curatore speciale ai fini del compimento di determinati atti urgenti riguardanti la gestione o gli assetti dell'impresa.

Il provvedimento potrebbe essere ancora più drastico privando l'imprenditore del potere di gestione (in guisa da dissociarlo in capo al soggetto nominato dal Tribunale) ferma restando l'imputazione dell'attività di impresa al fallendo, attuando in via cautelare una forma appunto di esercizio provvisorio dell'impresa. Nulla osta, poi, che ai provvedimenti si associ una “sospensione ragionata dei pagamenti o delle attività esecutive” che potrebbero depauperare il patrimonio aziendale stesso a vantaggio di alcuni soltanto dei creditori. Se l'intervento ha effetto anticipatorio e conservativo è necessario anche che i terzi non debbano vanificarlo attraverso attività che ne svuotino, di fatto, il contenuto.

L'atipicità degli interventi, inoltre, non contrasta neanche con i principi generali. Il nostro ordinamento vive già, nell'ambito della disciplina del diritto dell'impresa, la scissione tra impresa, imprenditore e colui che possiede i poteri gestori. Sicché non si tratta di un “corpo estraneo” ma solo di un sistema atipico di modulazione del rapporto tra impresa, imprenditore e gestore dell'attività economica. Al riguardo, argomentazioni possono essere tratte dagli esempi dell'institorie o della gestione dell'attività economica dell'incapace, dalle vicende riguardanti il sequestro di azienda. In particolare, nell'impresa commerciale dell'incapace si vive la stessa necessità conservativa ed anche qui l'imputazione dell'attività è in capo all'incapace⁶¹.

⁶⁰ L'imprenditore, del resto, anche nell'ipotesi di fallimento ha tutto l'interesse alla massima valorizzazione dell'attivo onde diminuire – a diversi fini – il rapporto tra passivo e attivo fallimentare. E tanto può essere assicurato dalla continuazione “monitorata” dell'attività di impresa alla quale consegua la possibilità per la procedura di alienare l'azienda.

⁶¹ Campobasso, *Diritto commerciale I. Diritto delle imprese*, Torino 2003, 107.

Nel sequestro di azienda, viene premessa la possibilità, a norma dell'art. 676 cpc ,⁶² per il “giudice la capacità e il potere di assumere specifiche decisioni per l'esercizio di impresa, senza peraltro tipizzare *a priori*, il che sarebbe impossibile, la gamma dei possibili interventi nella gestione che la norma presuppone”⁶³.

Ora a tutela dell'attività di impresa il Tribunale può organizzare, nell'ambito delle sue prerogative, un modello nel quale coniugare conservazione dell'attività, imputazione della stessa in capo al fallendo, potere di gestione, più o meno dissociato, da attribuire ad ausiliari del giudice. Si tratta di un intervento certamente delicato e da realizzare con prudenza, ma che può assumere grande rilievo in quanto teso ad evitare dispersioni di valori e disgregazioni frequentissime nella fase pre-fallimentare.⁶⁴ Ovviamente i provvedimenti del Tribunale sono adottati su *istanza di parte* (creditori, *pubblico ministero* o debitore stesso) contenuta nel ricorso o formulata anche successivamente, sicché anche questa è una occasione di determinazione degli stessi in modo che il provvedimento sia correttamente calibrato.

5 – La situazione patrimoniale economica e finanziaria: il bilancio prefallimentare

Le scelte da assumere in ordine all'esercizio dell'impresa, in sede istruttoria o di dichiarazione dell'insolvenza, richiedono anche l'individuazione dell'origine *strutturale* ovvero *congiunturale* della crisi in modo da poterne valutare la portata ed orientarla secondo le più idonee strategie di intervento ⁶⁵. Al riguardo spunti rilevanti possono trarsi dalla “*situazione patrimoniale economi-*

⁶² L'art. 670 prende espressamente in considerazione l'azienda come entità unitaria contemplando il sequestro giudiziario “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” (cfr. tra gli altri R. Provinciali, *Il sequestro d'azienda*, cit., p. 85; D. Di Gravio, *Il sequestro di azienda*, Padova, 1993, p. 87 s.; E. F. Ricci, *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 707). Il sequestro giudiziario, come misura cautelare strumentale rispetto alla decisione di merito, ha lo scopo di conservare il bene controverso al fine di evitare il suo deterioramento e perciò può essere considerato una forma di amministrazione giudiziaria. Evidentemente, in caso di sequestro dell'azienda, il giudice dovrà autorizzare il custode a conservarla in modo dinamico, considerato che a differenza di altri beni, questa esige, per rimanere in vita, come si è visto, un'attività di coordinamento, di organizzazione e soprattutto di gestione. Tuttavia, a differenza di quanto accade in ipotesi di fallimento, l'azienda sottoposta a sequestro giudiziario rimane nella completa titolarità dell'imprenditore in quanto il provvedimento non produce alcun mutamento del centro di imputazione dei rapporti giuridici.

⁶³ Cantillo - Santangeli, *Il sequestro nel processo civile*, Milano 2003, 255 nota 65; Gabrieli, *Brevi note in tema di sequestro giudiziario di azienda e di nomina di un amministratore giudiziario nelle società*, *Riv.dir.impr.*, 1990,175. Si veda per il caso di sequestro di azienda appartenente ad una società di capitali Trib. Viterbo, 30 gennaio 1995, *Dir.e giur. agr.* 1995, 580.

⁶⁴ Sull'importanza della tempestività dell'intervento Jorio - Fortunato (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano 2004, 4.

⁶⁵ Le cause *strutturali* prevalentemente interne alle imprese possono essere di ordine finanziario quantitativo (eccessivo ricorso al capitale di credito rispetto alle risorse patrimoniali interne) o qualitativo (ricorso a forme di finanziamento eccessivamente onerose), di ordine organizzativo, strutturale o manageriale; di ordine informativo, per l'impostazione incompleta e l'utilizzazione non sistematica delle informazioni per la tempestiva individuazione

ca e finanziaria” che l'imprenditore deve, “in ogni caso” depositare nell'ambito della istruttoria prefallimentare, come richiesto dall'art. 15, co. 4^o, l.fall..

E difatti, il termine “situazione” e la circostanza che si richieda al tempo stesso un documento economico/finanziario/patrimoniale, associato al contesto in cui la detta informazione deve essere fornita, fanno comprendere come essa sia lo strumento informativo minimo e di qui la locuzione usata: “in ogni caso”.

Un ulteriore profilo da segnalare è l'assenza di riferimenti normativi sui contenuti ed i criteri di redazione di quello che può definirsi “bilancio prefallimentare”, sicché la sua determinazione deve essere il frutto del contemperamento tra i principi elaborati dalla dottrina aziendalista, quelli dettati dal legislatore in tema di bilancio e la finalità conoscitiva sottesa alla informazione costituita dalla analisi della sussistenza dello stato di insolvenza.

Così tendenzialmente la situazione patrimoniale deve fornire una rappresentazione qualitativa e quantitativa delle componenti positive (*attività patrimoniali o attività o assets*) e delle componenti negative (*passività patrimoniali o passività*) che concorrono a formare il patrimonio dell'impresa in un dato istante; patrimonio dell'impresa, che risulta essere costituito dall'insieme dei *beni economici, o ricchezza* ⁶⁶, a disposizione della medesima in un dato momento.

In altri termini, la situazione patrimoniale fotografa “*le condizioni di stato (e implicitamente prospettiche) dell'impresa*”⁶⁷, esprimendo la struttura del suo patrimonio, il grado di patrimonializzazione, ovvero il livello dei mezzi propri investiti in considerazione del totale delle risorse finanziarie, ed infine le condizioni di equilibrio o disequilibrio nella composizione degli impieghi e delle corrispondenti fonti di finanziamento.

Se questa è la funzione, pare potersi affermare che essa debba essere redatta secondo un sistema che renda edotti dell'esposizione dei valori, tanto secondo *criteri di funzionamento* che di realizzo, visto che solo ciò rende possibile una piena comprensione delle potenzialità aziendali. Difatti, i criteri di funzionamento indicano, come noto, i valori patrimoniali di una impresa presente sul mercato in guisa che si possa avere conto di quelle che sono le potenzialità patrimoniali secondo il metro comunemente utilizzato dalle aziende in funzionamento in virtù delle regole che normalmente ne esprimono la rappresentazione dei dati contabili.

zione dello scadimento di competitività, di redditività, degli equilibri finanziari, per l'insufficienza dei processi di programmazione dei costi, di pianificazione dei flussi di cassa e di controllo della dinamica monetaria. Le cause *congiunturali* della crisi si collocano invece all'esterno dell'impresa e risentono del crescente dinamismo e delle frequenti turbolenze dello spazio e del tempo economico fisico in cui le imprese si trovano ad interagire. I processi di mutamento ambientali maggiormente incidenti sulle condizioni di vita e di sviluppo sono rappresentate dalle variazioni qualitative, economiche e spaziali dei principali fattori produttivi (quali il lavoro, le materie prime, l'energia, il tasso di innovazione tecnologica), nonchè dall'instabilità dei cambi monetari e dei tassi finanziari, in conseguenza della globalizzazione del mercato economico (cfr. Patti, *Istruttoria prefallimentare e poteri di controllo sulla crisi dell'impresa*, in *Fall.*, 1998, 940).

⁶⁶ Ferrero, Dezzani, Pisoni, Puddu, *Analisi di bilancio e rendiconti finanziari*, Milano, 2006, 8.

⁶⁷ Amodeo, *Ragioneria generale delle imprese*, Napoli, 1990, 749.

Utile è anche la rappresentazione a *valori di realizzo* e alla esposizione del valore di avviamento inteso, in questo caso, come maggiore valore ricavabile dall'alienazione dell'azienda in sede di vendita. Il contemperamento delle due esigenze potrebbe essere realizzato dando corpo alla situazione patrimoniale in modo che essa rappresenti i valori – utilizzando due colonne parallele – tanto secondo criteri di funzionamento che di realizzo onde esprimere la più compiuta informazione possibile in merito alla situazione dell'impresa compresi i valori normalmente inespresi, quali sono l'avviamento o gli altri *intangibles*.

Valori inespresi dei quali il Tribunale tiene conto nella determinazione di un giudizio sulla irreversibilità o meno della crisi.

La situazione finanziaria esprime invece la relazione che si può istituire, in un determinato periodo di tempo, tra fabbisogni (o impieghi) di capitale e relative fonti di finanziamento. In pratica, si tratta della relazione che si istituisce tra le disponibilità monetario-finanziarie sulle quali l'impresa può fare affidamento in un determinato arco temporale e gli impieghi che saranno richiesti, nel medesimo lasso di tempo, dal conveniente svolgimento della gestione.

In altre parole la situazione finanziaria evidenzia, in “termini di variazioni (flussi), la dinamica che, nel corso del periodo, porta alla formazione dei valori di fine periodo, illustrando inoltre – fatto di estremo rilievo – l'impatto esercitato dalla dinamica reddituale su quella finanziaria, atteso che nell'equilibrio generale della gestione aziendale andamenti finanziari e andamenti economici risultano spesso temporalmente sfasati”⁶⁸.

Si tratta del profilo di maggiore rilievo visto che la condizione di insolvenza vede il proprio parametro di riferimento più immediato, nella condizione finanziaria della società quale indicatore rilevante della capacità di fare fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

Anche la situazione economica offre dati di rilievo per quanto concerne le relazioni esistenti tra flussi di costi e flussi di ricavi che caratterizzano la gestione e che determinano il risultato economico della stessa, oltre che della redditività.

La legge non lo richiede, ma sarebbe opportuna anche una relazione che illustri i suddetti prospetti contabili in modo da dotarli di un maggiore grado di informazione, sì da fornire spiegazioni in merito a quanto emerge dai numeri ed in modo che l'imprenditore stesso possa – sulla base dei dati espressi – proporre pure soluzioni volte ad eliminare la crisi attraverso, ad esempio, la vendita di *assets* non funzionali alla continuazione dell'attività di impresa, ma utili alla eliminazione dell'insolvenza, ovvero spiegare le cause di determinati valori sì da offrire una spiegazione anche qualitativa della crisi che, ad esempio, potrebbe essere dovuta anche a fattori estranei alla gestione caratteristica o al *core business*, quali potrebbero essere una disastrosa gestione finanziaria o i risultati negativi di errate strategie di diversificazione.

Ciò posto - se la funzione principale della situazione in parola è quella di fornire notizie in merito alla sussistenza dello stato di insolvenza - è innegabile che essa esprima anche una valen-

za informativa fondamentale nella disposizione dell'esercizio provvisorio o, su istanza di parte, di provvedimenti in qualche modo anticipatori dello stesso.

Emerge, quindi una prospettiva diversa in cui si può utilizzare il bilancio prefallimentare, per accertare l'esistenza o meno di un'impresa, le esigenze di conservazione della stessa, i termini della possibile salvaguardia e la praticabilità anche finanziaria di una continuazione ad opera della procedura. Si tratta, difatti, di elementi evincibili dalla situazione patrimoniale che esprime anche i valori di realizzo dell'azienda e dei singoli beni, dalla situazione finanziaria che esprime anche il *fabbisogno finanziario* necessario per la continuazione dell'attività stessa nonché dalla situazione economica che rappresenta *la redditività della continuazione*. Invero, dalla situazione in oggetto emerge il rapporto tra insolvenza e impresa ossia il grado di incidenza della insolvenza sulla attività di impresa in modo da comprendere se, ed in quali termini, questa pregiudichi o meno la continuazione dell'attività economica. Può sembrare un discorso scontato ma non lo è in quanto può accadere che l'insolvenza sia stata generata da elementi estranei al "core business", come accade quando il "default" derivi da una attività di diversificazione che abbia generato perdite finanziarie insopportabili, ovvero laddove la situazione finanziaria sia stata pregiudicata da un rapporto mezzi propri/mezzi di terzi non rispondente ad oculate scelte di "leva".

Ebbene, da un accurato esame, anche riclassificativo, del "bilancio" tutto ciò può emergere, in modo da verificare la continuazione eventuale di un ramo dotato di autonomia finanziaria – onde non perdere quote di mercato – in condizioni di equilibrio. Attraverso la stessa si può avere cognizione dello stato economico finanziario dell'impresa sì da avere conto delle potenziali ripercussioni od utilità che una sua continuazione, se del caso parziale, può determinare sulla condizione dell'attivo fallimentare.

6 – L'esercizio provvisorio disposto nella sentenza dichiarativa di fallimento

Nel caso in cui la sentenza dichiarativa di fallimento disponga l'esercizio provvisorio, come già accennato, il provvedimento deve fondarsi sull'analisi combinata di due fattori.

Il primo è costituito dalla opportunità di evitare un danno grave (e non più *irreparabile*) non necessariamente ai creditori ma *all'impresa* e per l'effetto a tutti i soggetti che possono conseguentemente riceverne pregiudizio⁶⁹ e quindi è giustificato dalla soddisfazione dell'interesse socio-economico, anche nei casi in cui si concretizza nella gestione in perdita di un'impresa paras-

⁶⁸ Andrei, in Andrei, Azzali, Fellegara, Orlandoni, *Il bilancio di esercizio d'impresa*, Milano, 2003, 96.

⁶⁹ L'impresa costituisce infatti il punto di riferimento e di saldatura in cui confluiscono gli interessi di tutti coloro che *si muovono* nel suo ambito: l'imprenditore, i lavoratori, i terzi in generale ed i creditori in particolare. Si tratta di interessi diversi, spesso contrastanti, che tuttavia si compongono al fine di perseguire l'interesse oggettivo dell'impresa: il suo fisiologico inserimento nel *mercato*, interesse idoneo a sua volta ad appagare gli obiettivi individuali.

sitaria ⁷⁰. L'ulteriore presupposto impone di verificare che la continuazione “*non arrechi pregiudizio ai creditori*”. Per comprendere i termini del problema giova rimarcare come l'esercizio provvisorio sia realizzabile in funzione della ottimizzazione della liquidazione dell'azienda che consenta una soddisfazione dei creditori pari o superiore a quella realizzabile dalla vendita dei singoli beni (cfr art. 105 l.fall). L'analisi deve essere, allora, svolta per gradi.

Il primo riferimento è dato dalla sussistenza di un danno grave, cioè *effettivo* (e non di un mero pericolo di danno) e *rilevante* in termini quantitativi e qualitativi, ma non più irreparabile nel senso di determinante un pregiudizio irreversibile.

Danno grave che può essere riferito anche ad elementi estranei all'interesse creditorio ma collegati ad esigenze generali di natura socio-economica date dalla particolarità del servizio o prodotto offerto.

Il danno, ancora, potrebbe ricadere sulla stessa esistenza dell'azienda od ancora consistere in una diminuzione del valore aziendale collegato, ad esempio, alla perdita di quote di mercato. Infine non può escludersi che il pregiudizio rilevante e significativo potrebbe colpire anche il fallito che evidentemente ha interesse all'integrità del valore dell'impresa.

Il presupposto in esame è *necessario ma non sufficiente* in quanto il *danno grave* va contemplato con l'interesse dei creditori i quali “non devono essere pregiudicati” anche se ad esempio si incide su interessi diffusi (si pensi alla cessazione di un servizio pubblico essenziale) ⁷¹. Per creditori inoltre non si intende solo il ceto in senso lato, ma anche una categoria (es. i lavoratori) o, in taluni casi, persino un singolo⁷².

E' bene evidenziare che il legislatore non richiede che la continuazione procuri *un vantaggio*, ma semplicemente che sia *indifferente* per i creditori (non li pregiudichi).

Il confronto, poi, involge riferimenti non eminentemente quantitativi visto che l'interesse dei creditori ha diversi modi di manifestarsi potendo contenere anche una componente sensibile alla continuazione del rapporto con l'impresa come ad esempio accade per i dipendenti.

E' chiaro, però, che la prima analisi è di ordine quantitativo. A tal fine bisogna predisporre la previsione di tre risultati che poi vanno tra loro confrontati.

Il primo dato da verificare è quanto si stima possa trarsi dalla vendita della azienda a cui si associ l'esercizio provvisorio, al netto delle variazioni finanziarie generate dalla continuazione stessa⁷³. In altri termini, il mercato potrebbe essere disposto a corrispondere un valore differente per l'ipotesi in cui venga esercitata l'attività economica ovvero la stessa potrebbe essere elemento

⁷⁰ Cfr. nota 41

⁷¹ Sandulli, Art. 104, in *La riforma della legge fallimentare* cit., T. II, p. 605, il quale evidenzia come la prosecuzione in sede fallimentare dell'attività di pubblici servizi di linea, di erogazione del gas o di energia non possa giustificarsi laddove arrechi pregiudizio ai creditori (e richiama sulla possibilità contemplata nel modello precedente Andolina, *op. cit.*, 182; Rivolta, *L'esercizio* cit., 123; Cavalaglio, *L'esercizio provvisorio* cit., 234

⁷² Sandulli, *op. loc. ult. cit.*, che indica l'esempio del titolare di un privilegio su macchine soggette a facile usura.

indispensabile affinché l'azienda rimanga in vita. Il valore deve essere, però, analizzato in termini di risultati netti visto che potrebbe essere mortificato o amplificato (anche se l'ipotesi è più rara) dai risultati finanziari dell'esercizio provvisorio, sicché deve stimarsi anche tale prospettiva.

Il secondo dato è costituito dal valore che prevedibilmente si stima possa essere ottenuto dalla vendita dell'azienda alla quale non si associ l'esercizio provvisorio.

Il terzo dato è costituito dal valore che si stima possa trarsi dalla vendita dei singoli beni. *Nulla quaestio*, nell'ipotesi in cui il primo dato offra una prospettiva verosimilmente migliore di quella desumibile dagli altri due dati: in tal caso l'esercizio provvisorio potrà essere senz'altro disposto, visto che i creditori hanno addirittura un vantaggio *quantitativo*.

Stesso discorso vale nel caso in cui il realizzo prevedibile da ciascuna delle ipotesi di liquidazione dell'attivo sia sostanzialmente uguale. In questo caso sussiste la condizione minima in quanto l'esercizio provvisorio non reca pregiudizio ai creditori per i quali si verifica una *indifferenza quantitativa*, coerente con la linea tracciata dall'art. 105 l.fall..

Diversa è l'ipotesi in cui il realizzo prevedibile (esposto sopra come primo dato) sia inferiore alternativamente a quanto ritraibile dal secondo o terzo dato. In questo caso si determina un pregiudizio quantitativo per i creditori.

Sicché l'esercizio provvisorio andrebbe escluso salvo che non si riesca a recuperare lo svantaggio quantitativo attraverso un'analisi dei vantaggi qualitativi assunti dai creditori stessi. Si pensi al valore aggiunto che, per i dipendenti, assume la prosecuzione del rapporto di lavoro rispetto alla prospettiva di ricevere, nell'immediato, una maggiore soddisfazione in termini di pagamenti degli stipendi arretrati come offerta dall'alienazione dei singoli beni.

E' chiaro che questo tipo di valutazione involge analisi complesse, molto difficili da fare per il Tribunale in sede di dichiarazione di insolvenza.

Per addivenire ad una quantificazione dei dati utili ad impostare la valutazione comparativa, il Tribunale può ricorrere a consulenti che formulino previsioni in merito ai valori ottenibili dalle diverse ed astratte ipotesi liquidatorie, o elaborino piani economici in caso di continuazione dell'impresa. Utili spunti potrebbero giungere dalle consulenze di parte, laddove ad esempio lo stesso creditore e/o il debitore predispongano piani di continuazione suffragati da comparazioni quantitative e qualitative. Rilevante all'uopo è la *situazione patrimoniale economica e finanziaria* aggiornata nella quale, come si è visto, vengono pianificate anche le esigenze finanziarie sottese alla continuazione in guisa da potersi confrontare l'utilità finanziaria derivante dalla possibile alienazione dell'azienda con il decremento determinato dal suo fabbisogno finanziario nonché con le possibilità di soddisfare, in prededuzione, i "crediti sorti durante l'esercizio provvisorio" (cfr art. 104, co. 9^o, l.fall.) cui far fronte mediante autofinanziamento⁷⁴.

⁷⁴ Del pari utili riferimenti cognitivi potrebbero emergere, come anticipato, dalla esecuzione di provvedimenti cautelari emessi in sede di istruttoria prefallimentare nella ipotesi, ad esempio, di emissione di un provvedimento diretto a garantirne la gestione in capo a soggetti qualificati diversi dall'imprenditore.

L'analisi dei presupposti di *fattibilità* dell'esercizio provvisorio costituisce anche il punto di partenza per la determinazione del contenuto e dell'ambito dell'esercizio stesso.

Difatti, il provvedimento con il quale si dispone l'esercizio provvisorio non può limitarsi a sancire la mera continuazione, ma deve prevedere anche le determinazioni necessarie per il raggiungimento delle condizioni che lo hanno generato e che devono permanere sino alla liquidazione dell'azienda. In questa ottica le possibilità di scelta sono ampie e si sostanziano in tutte quelle decisioni che si ritengono *funzionali* a mantenere viva l'"utilità", nei termini sopra detti, dell'esercizio provvisorio.

Una prima possibilità è la nomina a curatore di un soggetto che abbia comprovate capacità manageriali idonee a realizzare l'esecuzione del piano di continuazione già elaborato in sede di istruttoria prefallimentare ovvero da elaborarsi secondo le direttive del Tribunale⁷⁵. In questo modo, impartendo al curatore direttive già disegnate in un piano, si ridimensiona anche il problema dei poteri attribuibili nella gestione dell'attività di impresa, che vanno predeterminati in funzione della necessità di ottenere risultati finanziari minimi che evitino pregiudizi ai creditori.

Nel caso, poi, vi sia la necessità di porre in essere atti non previsti nell'ambito dell'attività programmata il curatore – a seconda della vicenda – dovrà richiedere, avendo la fattispecie elementi di novità rispetto a quanto ritenuto utile nel provvedimento iniziale, l'autorizzazione del comitato dei creditori, per gli atti di straordinaria amministrazione come sancito dall'art. 35 l.fall.; ovvero da parte del giudice delegato, come vuole l'art. 25 n. 6., per le ipotesi in cui sia necessario dare vita a giudizi come attore o convenuto. Questo, ovviamente, laddove le nuove vicende non siano contemplate nel programma di liquidazione, visto che, in questo caso, sarebbe necessaria la modifica dello stesso *ex art. 104 ter, co. 5^o, l.fall.*. Il tutto previa, in ogni caso, informazione al giudice delegato e al comitato dei creditori, come richiesto dall'art. 104, co. 5^o, l.fall. e tenuto conto che non è possibile rivolgersi al Tribunale salvo che per l'ipotesi di cessazione dell'esercizio provvisorio.

7 – La continuazione temporanea autorizzata successivamente

La continuazione temporanea dell'esercizio disposto in sentenza, l'avvio *ex novo* od il *riavvio*, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, come anticipato, può essere autorizzata "*successivamente su proposta del curatore*" dal giudice delegato con decreto motivato che ne stabilisce la durata "*previo parere favorevole del comitato dei creditori*".

Il *successivamente* va inteso come sinonimo dell'espressione "una volta dichiarato il fallimento", sicché coerentemente la norma sta a significare che alla decisione concorrono i vari organi della procedura, ciascuno secondo le proprie competenze. Ed invero, in questa fase, il cura-

⁷⁵ Art. 28 lett. c, l. fall.. Si tenga conto che comunque il curatore è abilitato a farsi coadiuvare nella gestione dell'impresa da collaboratori, o se del caso, da *managers* (in tal senso già Rivolta, *L'esercizio cit.*, 338).

tore, quale organo motore della procedura, propone l'esercizio provvisorio, il comitato dei creditori esprime il proprio parere ed il giudice delegato lo autorizza.

Vi è di più, in questa ipotesi il legislatore non indica, a differenza di quanto previsto nel primo comma, i presupposti sulla scorta dei quali può essere adottato il provvedimento. Si deve ritenere, allora, che non sussista la necessità di verificare l'esistenza di un danno grave, quale presupposto limitante il decreto. Ormai, le esigenze cautelari sono scemate e l'unica valutazione che deve compiersi attiene alla soddisfazione dei creditori ossia se l'esercizio sia strumento conveniente od opportuno in quanto propedeutico a rendere realizzabile la prospettiva delineata dal primo comma dell'art. 105 l. fall. .

In questo caso allora l'unica cosa che si dovrà verificare è che l'esercizio provvisorio si presenti come strumento che non pregiudichi le aspettative di soddisfazione dei creditori rispetto alle ipotesi alternative e tale valutazione deve emergere dalla *proposta del curatore*. Sicchè questa deve contenere una serie di elementi minimi che permettano al comitato dei creditori prima ed al giudice delegato poi di esprimere le loro valutazioni.

In prima analisi, la proposta deve contenere indicazioni precise in merito alle prospettive di negoziabilità dell'azienda. Inoltre deve essere volta a dimostrare come prospetticamente il valore dell'azienda, a cui si associ la continuazione dell'attività d'impresa, sia - tenuto conto delle variazioni dell'indebitamento che esso comporta - capace di realizzare la massima soddisfazione dei creditori. E tanto a prescindere dall'occasione che spinge all'esercizio (sia essa la prognosi di un maggiore realizzo o la necessità di evitare la dispersione dei valori aziendali).

Per queste ragioni, la proposta deve anche contenere un piano dettagliato delle risorse finanziarie necessarie per la prosecuzione dell'attività ovvero un piano finanziario in senso proprio in cui le entrate e le uscite vengano stimate in modo prospettico⁷⁶. Si deve sapere, in altri termini, quali siano le entrate e le uscite stimate e quali siano le risorse con cui si intende soddisfare il *surplus* negativo generato dalla crisi finanziaria e soprattutto se tale utilizzo di risorse - evidentemente sottratte ai creditori - sia confortata dai maggiori valori o dal maggiore grado di soddisfazione complessiva che la vendita dell'azienda, associata alla continuazione dell'attività di impresa, è in grado di generare rispetto alle altre ipotesi alternative quali sono la vendita dell'azienda senza esercizio provvisorio ovvero la vendita dei singoli beni.

Anche qui allora è necessario un vero e proprio rendiconto finanziario che esprima, come già detto "in termini di variazioni (flussi), la dinamica che, nel corso del periodo, porta alla formazione dei valori di fine periodo, illustrando inoltre - fatto, questo, di estremo rilievo - l'impatto esercitato dalla dinamica reddituale su quella finanziaria, atteso che nell'equilibrio generale della

⁷⁶ Quanto alla proposta del curatore, il programma di liquidazione deve anche indicare le previsioni economiche e finanziarie connesse alla riattivazione dell'esercizio dell'impresa e le modalità di copertura del fabbisogno finanziario, sul modello di quanto stabilito dall'art. 56 del d.lgs. n. 270 del 1999 sull'amministrazione straordinaria (Stasi, *Prime riflessioni sul nuovo sistema delle vendite fallimentari*, marzo 2006, inedito, 7 del dattiloscritto).

gestione aziendale andamenti finanziari e andamenti economici risultano spesso temporalmente sfasati”⁷⁷.

Non basta, il curatore deve anche indicare, in termini analitici, le modalità attraverso le quali si intende dar corso all'esercizio provvisorio. La proposta del curatore dovrà contenere l'indicazione di tutti gli elementi utili alla valutazione della effettiva convenienza alla ripresa dell'attività imprenditoriale.

La proposta viene trasmessa al comitato dei creditori che deve esprimere, affinché il giudice possa autorizzare, il proprio parere *favorevole*. Tuttavia l'esigenza dell'esercizio provvisorio potrebbe essere anche immediatamente successiva alla sentenza dichiarativa di fallimento, sì da manifestarsi in un momento in cui il comitato dei creditori potrebbe non essere stato ancora nominato.

Il problema potrebbe essere risolto in ragione della norma di cui all'art. 41, co. 4^o, l. fall.. La disposizione – nell'esplicitare le funzioni del comitato – prevede testualmente “...*in caso di inerzia di impossibilità di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato*..”. Ora, la norma è dettata al chiaro fine di evitare che decisioni rilevanti possano essere pregiudicate da una deficienza funzionale dell'organo, in guisa da rimettere la decisione alla competenza esclusiva del giudice delegato che comunque svolge funzioni di vigilanza sulla procedura. Ne consegue che, laddove le esigenze sottese alla continuazione, siano tali da non poter attendere la nomina del comitato ben possa bastare l'intervento del giudice il quale tra l'altro, in questa sede, esercita i provvedimenti necessari alla conservazione dell'attivo e, nella specie, alla conservazione dell'azienda ⁷⁸. La decisione è talmente importante perché possa essere pregiudicata dall'impossibilità di funzionamento del comitato dei creditori laddove la vigilanza e la tutela del ceto creditorio è affidata al giudice delegato ed il comitato ne rappresenta l'organo esponentiale.

Il sistema disegnato dalla *novella* è completato, nel *quadro redistributivo* delle funzioni, dal pregnante potere di controllo che il comitato ha anche sulla esecuzione dell'esercizio provvisorio. La *Relazione* evidenzia che nella fase liquidatoria, al comitato dei creditori, espressione collettiva dell'interesse comune al ceto creditorio, è attribuito il compito precipuo di effettuare le valuta-

⁷⁷ Andrei, in Andrei, Azzali, Fellegara, Orlandoni, *Il bilancio di esercizio d'impresa*, Milano, 2003, 96.

⁷⁸ Cfr. art. 25, n. 2 l. fall. Contra Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 428, secondo cui “...data l'importanza, poi, che la continuazione della gestione assume con riferimento al successivo piano di liquidazione dei beni, deve tuttavia ritenersi non possa trovare applicazione la disposizione che consente al giudice delegato di assumere le decisioni riservate al comitato per l'ipotesi di urgenza, inerzia o impossibilità di funzionamento dell'organo, ciò in quanto il legislatore ha previsto, in tal caso, che vi debba essere il parere favorevole che, peraltro, condiziona l'adozione del provvedimento da parte del giudice delegato. Il fatto di prevedere la norma la possibilità del Tribunale di ordinare la cessazione della continuazione << laddove ne ravvisi l'opportunità >> non collide con la precedente conclusione essendo richiesto in tal caso il parere al riguardo del curatore e del comitato. Questo, ove negativo, non permetterà l'adozione del provvedimento ma consentirà alle parti interessate di reclamare la decisione del curatore o del comitato...”. Ad analoga conclusione perviene Mattei, *La liquidazione dell'attivo*, in Comm. l. fall. (a cura di) Ambrosini, Bologna, 2006, 219.

zioni sulla convenienza economica delle operazioni liquidatorie, mediante pareri, anche vincolanti, per il curatore.

Il comitato dei creditori dovrà esprimersi a seguito di una adunanza collegiale, non essendo più sufficiente, sulla base del nuovo art. 41, l. fall., l'interpello individuale con l'invito a pronunciarsi entro un certo termine con il monito del conseguente silenzio-assenso⁷⁹.

Laddove il comitato si esprima in senso negativo è comunque fuor di dubbio che il giudice delegato non abbia alcuna possibilità di disporre la continuazione, anzi non c'è ragione neppure che il curatore sottoponga all'organo giurisdizionale la proposta, anche se nulla esclude una riproposizione in altro momento laddove si realizzi un mutamento dei presupposti. Qualora invece il comitato dei creditori esprima il parere *favorevole* la proposta può essere sottoposta al giudice delegato affinché questi emetta il provvedimento di autorizzazione⁸⁰.

La lettera della norma e la *Relazione* non lasciano grande spazio a valutazioni di carattere discrezionale da parte del giudice delegato, tuttavia si è affermato che il provvedimento del giudice non sia un atto dovuto e che egli conservi un autonomo potere di valutazione in ordine alla legittimità ed opportunità dell'esercizio provvisorio⁸¹.

Invero nella specie deve ritenersi che il giudice possa verificare "ex actis" anche l'effettiva soddisfazione dell'interesse dei creditori, almeno sul piano della *congruità logica* degli elementi e dei supporti posti a base della proposta⁸². In questo senso (e solo in questo senso) è, quindi, condivisibile che "... il giudice delegato abbia un autonomo potere di valutazione in ordine alla legittimità ed opportunità dell'esercizio provvisorio..."⁸³. In buona sostanza dalla proposta del curatore deve emergere l'*excursus* logico che ha determinato la stessa ed il giudice procede al controllo di questa motivazione valutando l'esattezza dei presupposti di fatto, dei fattori economico-aziendali e la congruenza logica del tutto. Si tratta in concreto di un controllo di legittimità sostanziale condotto attraverso il mero esame del merito⁸⁴.

⁷⁹ Cass. 14 luglio 1987, n. 6121, in *Dir. fall.*, 1998, II, 442; Cass. 3 gennaio 1998 n. 16 in *Fall.*, 1998, 1244 (con riferimento allo specifico cfr. Rivolta, *L'esercizio cit.*, 184).

⁸⁰ Nel modello ante riforma il giudice poteva disattendere il parere favorevole del comitato (al riguardo Abete *op. cit.*, 661).

⁸¹ Panzani, *La riforma delle procedure concorsuali. Il secondo atto*, in *www.fallimentoonline.it*.

⁸² In termini diversi pare Abete, *op.cit.*, 666, il quale dopo aver evidenziato che occorre valutare se il potere del giudice si risolve in un vero e proprio ordine all'organo esecutivo oppure in una autorizzazione in senso proprio (atto idoneo a rimuovere un ostacolo all'esplicazione di una prerogativa del comitato), opta per la vincolatività del parere favorevole qualificando il decreto del giudice come pura autorizzazione resa sulla base di valutazioni di mera legittimità. Soluzione derivante dalla valorizzazione del ruolo del comitato dei creditori contenuta nella legge delega e nello spirito della riforma e nel controbilanciamento rappresentato dalla potestà del tribunale di ordinare in qualsiasi momento, anche d'ufficio, la cessazione dell'esercizio provvisorio.

⁸³ Mattei, *op. cit.*, 219.

⁸⁴ Si tratta per alcuni versi di un tipo di sindacato analogo a quello che il giudice dell'omologa esercita sulle delibere di riduzione del capitale per esuberanza (al riguardo mi permetto di rinviare a Fimmanò, *Il bilancio di riduzione*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 1121; e Id., *Il simulacro dell'omologazione alle soglie del terzo millennio*, in *Riv. not.*, 1999, I, 320).

La norma aggiunge infatti che l'esercizio provvisorio sia disposto con *decreto motivato* e ciò significa che il provvedimento deve indicare i motivi che spingono a ritenere che l'esercizio provvisorio sia effettivamente strumento di massimizzazione nell'interesse dei creditori. Non basta, lo stesso deve contenere anche l'esplicitazione – e questo potrebbe avvenire anche approvando semplicemente il piano predisposto dal curatore – delle modalità, dei termini e dell'ambito della prosecuzione dell'attività d'impresa specificando entro quali ambiti deve svolgersi l'attività del curatore, nonché, opportunamente, fissandone la *durata*.

Come anticipato, nell'espressione *successivamente* sono comprese più occasioni nell'ambito delle quali il provvedimento può essere adottato.

Quella appena esaminata è l'occasione che si presenta allorché - nell'intervallo temporale che va dalla sentenza dichiarativa di fallimento alla redazione del programma ex art. 104 ter l. fall. – emerga l'esigenza e l'opportunità di dar vita all'esercizio provvisorio, non essendovi la possibilità di attendere l'approvazione del piano stesso. Depone in tal senso una constatazione di ordine letterale ed una di ordine logico. Sotto il primo aspetto, l'art. 104, co. 2^o, l. fall., utilizza unicamente l'avverbio “*successivamente*” senza aggiungervi precisazioni del tipo “in sede di programma”. Inoltre, il programma di liquidazione diviene derogabile, come emerge dall'art. 104 ter, co. 4^o comma, l. fall., ogniqualvolta la pianificazione perda di significato dianzi ad una scelta liquidatoria che non può attendere – pena la perdita di valore, di utilità o l'aggravio di costi per la conservazione – che si completi il “programma stesso” che altrimenti non assolverebbe alla propria funzione di strumento propedeutico alla massimizzazione dell'attivo.

Nulla osta però che il curatore inserisca la proposta nel programma di liquidazione stesso contestualizzando l'esercizio provvisorio nell'ambito della valutazione omnicomprensiva dell'attivo. Anzi l'art. 104 ter l. fall. dispone espressamente che il curatore si pronunci sulla “opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o di singoli rami di azienda “. Il termine opportunità è estremamente significativo se si tiene conto che l'art. 104 ter, l. fall., esprime il contenuto *minimo* del programma di liquidazione. Si intende dire che in sede di programma di liquidazione il curatore è tenuto, in presenza dell'individuazione di un'azienda (o di un ramo) in seno al patrimonio attivo, a dar conto comunque dell'opportunità di provvedere all'esercizio provvisorio dell'impresa o di suoi rami.

Questa è quantomeno la sede nella quale occorre giustificare perché si ritiene opportuno non proseguire l'attività di impresa. Non di meno laddove si ritengano invece sussistere le condizioni dell'esercizio provvisorio si dovranno indicare le modalità ed i termini dello stesso in analogia a quanto sopra visto. In questo caso, da un punto di vista procedurale, la continuazione viene autorizzata a seguito dell'approvazione del programma di liquidazione che a norma dell'art. 104 ter, co. 4^o, l. fall. “*tiene luogo alle singole autorizzazioni eventualmente necessarie ai sensi della presente legge per l'adozione di atti o l'effettuazione di operazioni incluse nel programma*”.

L'opportunità o la necessità di disporre l'esercizio provvisorio potrebbe presentarsi anche *successivamente all'approvazione del programma*. La vicenda, in questo caso, va sussunta all'ipotesi di cui all'art. 104 ter VI comma, 1 fall. piuttosto che a quello di cui all'art. 104, co. 2^o, sicché la decisione deve essere adottata secondo la procedura modificativa del programma di liquidazione. Si tratta, infatti, di una vicenda che non può essere più valutata a se stante ma va ad incidere sulla programmazione elaborata che va così modificata.

Un ultimo tema da affrontare attiene ai *poteri* del curatore fallimentare durante l'esercizio provvisorio, ossia se il compimento degli atti di gestione richieda singole autorizzazioni. In merito, il problema pare ridimensionato dal fatto che l'esercizio provvisorio è, in ogni caso, accompagnato, come visto, da una attività di programmazione della liquidazione. E tanto sia nell'ipotesi in cui la scelta addivenga al di fuori del programma di liquidazione sia – ed a maggior ragione – ove sia stabilita nel suo contesto in quanto la programmazione, in qualunque momento effettuata, costituisce di per sé elemento di determinazione, sicché il curatore non può discostarsi da quanto pianificato.

Laddove tuttavia esistessero esigenze *nuove* tali da spingere all'adozione di provvedimenti diversi, sarà necessario informare il giudice delegato ed il comitato dei creditori trattandosi di eventi che possono influire sull'esercizio provvisorio.

Per quanto attiene alla necessità di autorizzazioni in capo al curatore è necessario fare una distinzione. Laddove si tratti di vicende che esulino dalla pianificazione iniziale modificandola, allora sarà necessario adottare la procedura di cui all'art. 104, co. 2^o, 1.fall. sicché è necessario che il giudice delegato modifichi il proprio decreto, previo parere favorevole dei creditori, in quanto, come si è inciso sulla decisione di continuare così deve incidere sulla modifica dei criteri di continuazione. Laddove, invece, l'esercizio provvisorio sia stato deciso in seno al programma di liquidazione sarà necessario apportare le modifiche al piano come richiesto dall'art. 104 ter, co. 5^o, 1.fall.,.

8 – Gli oneri informativi

Qualsiasi sia la fase ovvero l'occasione in cui viene disposto l'esercizio provvisorio è chiaro che lo stesso vive in funzione della persistenza dei presupposti che lo hanno generato. Sicché, in particolare, l'assenza di pregiudizio per i creditori deve essere verificata in fase genetica e funzionale con una specifica attività di *monitoraggio*.

Al riguardo, il riferimento sistematico è fornito dai co. 3^o e 5^o, dall'art. 104, 1. fall., che contengono un modello di rendicontazione che ha natura tanto periodica che occasionale.

Sotto il secondo aspetto, il curatore fallimentare è tenuto ad informare “ *senza indugio il giudice delegato ed il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possano influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio*”. E tanto implica un continuo monitoraggio sulla conti-

nuazione, essendo circostanza sopravvenuta anche la carenza dei presupposti di soddisfazione dei creditori che avevano determinato l'adozione del provvedimento, essendovi anche in questo caso "una programmazione consapevole e razionale dell'attività di impresa che presuppone una costante informazione ed un costante controllo – anche in termini quantitativi e monetari – sull'andamento degli affari; informazione e controllo che sono facilitati dall'impianto di un ordinato sistema di rilevazione contabile dei fatti aziendali"⁸⁵. Per questo deve essere impostato un sistema contabile separato dall'amministrazione del fallimento volto a rappresentare, secondo criteri cronologici, gli eventi della gestione onde consentire in ogni momento la verifica dei risultati.

In ogni caso, quale informazione periodica minima, il comitato dei creditori deve essere convocato dal curatore almeno *ogni tre mesi* per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio; informativa trimestrale destinata implicitamente anche al giudice delegato per le ragioni rappresentate (cfr. art. 104, 5^o co., l. fall.). Tanto senza contare che (a prescindere da questo) ciascun membro del comitato può, a norma dell'art. 41 co. 5^o, l. fall., esercitare attività di verifica e richiesta di chiarimenti e notizie.

Ancora, ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, il curatore deve presentare un rendiconto dell'attività mediante deposito in cancelleria. Il rendiconto semestrale è cosa evidentemente diversa dalla mera relazione informativa di cui al co. 3, dell'art. 104, l. fall.. Esso, secondo alcuni, costituisce un vero e proprio *bilancio intermedio*, da redigersi secondo i principi legali e tecnici che regolano la formazione del bilancio d'esercizio, salvo l'utilizzo di *criteri straordinari di valutazione* stante la specialità della gestione endoconcorsuale⁸⁶.

Il rendiconto va accompagnato da una relazione sulle principali operazioni compiute nel periodo di riferimento e sul prevedibile sviluppo della gestione futura, in modo tale da offrire le informazioni quantitativamente e qualitativamente necessarie a formulare un consapevole giudizio di convenienza. La norma non prescrive termini di presentazione di questi documenti, tuttavia in applicazione analogica di quanto previsto per la relazione *ex art.* 33, l. fall., detto obbligo va adempiuto, per quanto riguarda il rendiconto periodico, entro sessanta giorni dalla scadenza del semestre e, per quanto riguarda il rendiconto finale, entro sessanta giorni dalla cessazione⁸⁷.

In realtà il contenuto del documento deve essere, almeno nelle fasi intermedie, di natura più complessa. Difatti, il curatore deve dare conto, non solo delle operazioni passate, ma anche consentire la verifica della circostanza che la continuazione non abbia inciso in maniera negativa sulle aspettative di soddisfazione dei creditori. Così egli deve dimostrare che quanto progettato nel

⁸⁵ Campobasso, *Diritto commerciale I. Diritto dell'impresa*, Torino 2003, 119.

⁸⁶ Mattei, *op. cit.*, 219.

⁸⁷ In tal senso Stasi, *op. loc. ult. cit.*, che segnala la circolare del 2 marzo 2004 del Ministero delle Attività Produttive che accorda ai commissari delle procedure di amministrazione straordinaria sessanta giorni di tempo per redigere le relazioni semestrali *ex art.* 205, l. fall.,.

programma finanziario iniziale si sta realizzando e che sussistano ancora prospettive di liquidazione dell'azienda in esercizio e quindi le condizioni della prosecuzione.

Anche in questo caso allora è necessario dare corso ad una situazione patrimoniale, finanziaria ed economica, corredata da una *nota illustrativa* che offra una visione descrittiva della situazione dell'impresa ed una previsione delle evoluzioni economiche future della continuazione. Nella situazione vanno abbandonati i criteri di funzionamento per accogliere i *valori di realizzo*, per verificare se tali valori stimati inizialmente siano ancora costanti e non influenzati negativamente dalla continuazione. Va esposto l'andamento, in termini di rapporto tra costi e ricavi scaturite dalla continuazione in guisa da esprimere tanto i valori della gestione caratteristica che di quella straordinaria in modo da evidenziare anche il plusvalore (o il minusvalore) generato dalla condizione dei beni.

Rilevantissima è anche la situazione finanziaria che deve – al tempo stesso – esprimere un dato storico e uno dinamico, in modo che il *dato storico* sia rappresentato dalle entrate e uscite passate rispetto a quelle previste ed il *dato dinamico* sia costituito dalla previsione delle entrate e delle uscite che andranno a generarsi. Il curatore deve spingersi nella redazione di un *budget* finanziario nel quale si esprima l'indicazione prospettica delle entrate e delle uscite nei successivi mesi.

9 – Gli effetti sui contratti in corso di esecuzione

In caso di continuazione temporanea non c'è evidentemente *circolazione dell'azienda*, il curatore si sostituisce coattivamente al fallito in funzione del soddisfacimento dei creditori concorsuali⁸⁸; tant'è che si è sostenuto che la titolarità dell'impresa rimarrebbe nella persona del fallito⁸⁹ al quale sarebbero comunque riferibili, sotto il profilo soggettivo, gli atti di impresa⁹⁰. La giurisprudenza ha affermato per queste ragioni la possibilità che quest'ultimo, in veste di coadiutore, possa compiere il reato di bancarotta qualora si appropri di somme che derivano dall'esercizio⁹¹. A nostro avviso tuttavia se sul piano della titolarità questa impostazione può essere condivisa, sul pia-

⁸⁸ Cass. sez. un., 27 ottobre 1966, n. 2637, in *Giust. civ.*, 1967, I, 524 (secondo cui “l'azienda era e rimane del fallito, mentre il curatore si sostituisce soltanto a lui per volontà della legge nell'amministrazione di tutto il suo patrimonio al fine di provvedere alla soddisfazione dei creditori”); Cass. 21 febbraio 1979 n. 1109, in *Dir. fall.*, 1979, II, 163; Cass. 4 ottobre 1982, n. 5076, in *Dir. fall.*, 1983, II, 117; Cass. 9 gennaio 1987, n. 74, *ivi*, 1987, II, 351.

⁸⁹ Rivolta, *L'esercizio cit.*, 218.

⁹⁰ Al riguardo Buonocore, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969, 225.

⁹¹ In tal senso, Cass. pen. 1° dicembre 1970, in *Giust. pen.*, 1971, II, 792. Qualcuno ha sostenuto, anche in sede di riforma della legge fallimentare, la opportunità di prevedere l'affiancabilità al curatore dell'imprenditore-debitore nella gestione dell'impresa. L'impostazione è stata criticata più in generale per l'improbabile proficuità di una collaborazione da parte del fallito, nelle vesti di ausiliario, la cui conduzione degli affari ha comunque provocato esiti negativi.

no *dell'imputazione dell'attività economica*, ci pare , anche alla luce della riforma, che quest'ultima vada comunque ricondotta alla procedura.

La mancanza di effetti circolatori, unitamente però alla *successione nell'impresa*⁹², ha indotto il legislatore della riforma a prevedere espressamente che *i contratti pendenti alla data del fallimento proseguono durante l'esercizio provvisorio*, salva la facoltà del curatore di chiederne lo scioglimento secondo le norme dettate in materia di effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti (*Sezione IV del Capo II del Titolo II*)⁹³.

Ed il principio secondo cui la continuazione dell'impresa comporta di regola la continuazione dei rapporti in corso di esecuzione, salva facoltà di scioglimento, è contenuto oltre che nelle disposizioni in tema di esercizio provvisorio anche in tema di Amministrazione straordinaria in cui tuttavia è prevista l'eccezione per i contratti di lavoro subordinato, in rapporto ai quali restano ferme le disposizioni vigenti, e per i contratti di locazione di immobili nei quali il commissario straordinario subentra, salvo patto contrario, se sottoposto a procedura è il locatore ⁹⁴.

Si tenga conto che non vi può essere impresa *senza titolarità e imputazione* ⁹⁵: "titolarità è comunque concetto diverso e da imputazione e da capacità all'esercizio dell'impresa. È concetto diverso da imputazione, nel senso che il primo è concetto formale e il secondo no: titolarità e imputazione non sono, cioè, nozioni assolutamente coincidenti, perché, pur rappresentando la normalità la confluenza della titolarità e dell'imputazione in capo alla medesima persona, si può essere titolari dell'impresa e non essere l'unico soggetto cui è imputabile l'attività d'impresa. In altri termini, il titolare è sempre anche soggetto dell'imputazione, mentre non necessariamente colui cui può essere imputata l'attività d'impresa è sempre e solo il titolare

⁹² Si escludeva in passato la possibilità che con l'esercizio provvisorio, si potesse dar inizio ad una nuova attività d'impresa ma solo continuare quella facente capo al fallito (RIVOLTA, *L'esercizio cit.*, p.253). Invero nel nuovo modello è quanto meno possibile esercitare un ramo dell'impresa, o comunque una divisione, continua invece a nostro avviso ad essere inammissibile che i beni aziendali possano essere utilizzati per dar vita a tutt'altro tipo di impresa: ad esempio utilizzando le navi dell'impresa armatoriale del fallito per svolgere l'attività di ristorazione..

⁹³ Si affermava, nel regime dell'art. 90 l. fall., che il curatore conservasse inalterata la facoltà di sciogliere o di subentrare nei rapporti giuridici ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti (Trib. Milano 7 dicembre 1995, in *Fall.*, 1996, 577 con nota di Cintioli, *Esercizio provvisorio dell'impresa e rapporti corrispettivi ineseguiti*).

⁹⁴ D. lgs n. 270 del 1999, Art.50 (*Contratti in corso*) "1. Salvo quanto previsto dal comma 4, il commissario straordinario può sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria. 2. Fino a quando la facoltà di scioglimento non è esercitata, il contratto continua ad avere esecuzione. 3. Dopo che è stata autorizzata l'esecuzione del programma, l'altro contraente può intimare per iscritto al commissario straordinario di far conoscere le proprie determinazioni nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'intimazione, decorso il quale il contratto si intende sciolto.4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano:a) ai contratti di lavoro subordinato, in rapporto ai quali restano ferme le disposizioni vigenti; b) se sottoposto ad amministrazione straordinaria è il locatore, ai contratti di locazione di immobili, nei quali il commissario straordinario subentra, salvo patto contrario". Sul tema mi permetto di rinviare anche a Fimmanò, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti in corso di esecuzione*, in *Fall.*, 2006, n. 9, 1051 s.

⁹⁵ Rivolta, *L'affitto cit.*, 57 ss

dell'impresa stessa"⁹⁶. Nel fallimento l'imprenditore viene meno, l'attività economica può essere *imputata alla procedura*, l'azienda può sopravvivere senza essere trasferita, oppure circolare.

In passato si riteneva che nell'esercizio provvisorio il curatore non avesse facoltà di sciogliersi dai rapporti pendenti, perché in virtù dell'esercizio il fallimento subentrava nei rapporti in corso che dovevano pertanto essere adempiuti secondo la legge del contratto. Ora il legislatore ha attenuato la regola, di origine giurisprudenziale, ed ha applicato il principio generale di cui all'art. 72, l. fall.,. Il curatore non potrà invocare la sospensione o lo scioglimento ove di fatto il contratto abbia avuto esecuzione concreta per effetto dell'esercizio provvisorio (e non quando sia stato meramente autorizzato). La valutazione da parte della curatela oltre che basarsi sul criterio di *economicità* dovrà infatti tener conto della utilità dei contratti in funzione della proficua conservazione dei beni ai fini della liquidazione ⁹⁷.

Chiaramente, ove il curatore decida di esercitare la facoltà di sospendere l'esecuzione, il terzo contraente avrà la possibilità di chiedere al giudice delegato la fissazione del termine di sessanta giorni, ai sensi dell'art. 72, co. 2^o, l. fall., decorso il quale il contratto s'intenderà sciolto. E' chiaro perciò che un esercizio provvisorio non disposto dall'inizio della procedura ma solo in fase avanzata presenterà maggiori problemi attuativi quanto meno perché nelle more si sarà prodotto in qualche modo lo scioglimento dalla maggior parte contratti "aziendali" in corso (se non di tutti) ed il curatore potrà sfruttare solo quelli rimasti sospesi al momento della ripresa.

La possibilità di cui al comma 2^o dell'art. 72 l. fall. attenua in qualche modo la oggettiva *asimmetria* che la norma di cui al co. 8, dell'art. 104, l. fall., determina tra l'impresa fallita in esercizio e le altre imprese, tanto da configurare una sorta di *dumping da procedura concorsuale*. D'altra parte questa sperequazione derivante dal potere di scegliersi i contratti in corso da proseguire e quelli da sciogliere (senza alcuna conseguenza) non è conforme in linea di principio al sistema ed alla logica continuazione dell'attività economica anche se risponde al carattere *officioso* degli interessi sottesi alla procedura.

Nel concordato preventivo ad esempio, ove c'è continuazione *senza successione nell'impresa*, il giudice non può con lo strumento autorizzatorio distinguere, nell'interesse dei creditori e della proficua continuazione dell'esercizio dell'impresa, tra contratti da proseguire e contratti da sciogliere⁹⁸, ma solo *a quali contratti dovere adempiere* in esito alla valutazione delle patologie dello specifico negozio o almeno del *disequilibrio* tra le prestazioni in considerazione del sopravvenuto stato di crisi, in grado di incidere sull'integrità del patrimonio e sulle relative potenzialità economiche. Ed in ogni modo il mancato adempimento produrrà tutte le conseguenze

⁹⁶ Così lucidamente Buonocore, *Il <<nuovo>> testo dell'art. 2112 del codice civile e il trasferimento di un ramo di azienda*, in *Giur. comm.*, II, 2003, 316.

⁹⁷ Cfr. Trib. Bologna 1 luglio 1993, in *Fall.*, 1986, 1028.

⁹⁸ In tal senso invece alcuni giudici di merito: Trib. Napoli 29 gennaio 1982, in *Dir. fall.*, 1982,II, 1234; Trib. Catania 13 aprile 1973, *ivi.*, 1973,II, 767.

del caso in termini di autotutela dell'impresa contraente *in bonis* e di ricorso alla tutela giurisdizionale⁹⁹.

Le norme in materia di effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, ex art. 72 ss. l. fall., trovano peraltro impregiudicata applicazione anche *al momento della cessazione* dell'esercizio provvisorio dell'impresa per quei contratti ancora pendenti alla medesima data. Non assume rilievo, in sostanza, il profilo soggettivo della sostituzione del curatore al fallito nella titolarità e disponibilità dei rapporti giuridici, quanto, piuttosto, il profilo *oggettivo* della sorte del rapporto obbligatorio non ancora adempiuto (art. 104, ult. co., l. fall.).

E ciò vale pure per i contratti di lavoro subordinato, tenuto conto che a norma del secondo comma dell'art. 2119 cod.civ., il fallimento non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto, ed il curatore, anche in caso di cessazione dell'attività imprenditoriale, per l'impossibilità di attuare l'esercizio provvisorio o di addivenire all'affitto dell'azienda, deve procedere, qualora non sussistano i presupposti quantitativi e qualitativi per richiedere il trattamento di integrazione salariale, al licenziamento dei lavoratori dipendenti, con l'obbligo dell'adeguata motivazione e del preavviso, trattandosi di recesso determinato da un *giustificato motivo oggettivo* pur non configurando una ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Si tenga conto che per le imprese *socialmente rilevanti*, dotate cioè dei requisiti occupazionali di ammissione alla cassa integrazione guadagni¹⁰⁰, laddove gli organi della procedura scelgano di ricorrere all'esercizio provvisorio si mettono automaticamente fuori dal procedimento speciale di liquidazione contemplato dal combinato disposto dell'art. 3 della legge 223 del 1991 e dell'art. 47 della legge 428 del 1990. Entrambe le disposizioni riguardano infatti le ipotesi in cui *la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata*.

Con l'art. 3, comma 4, della legge n. 223 del 23 luglio 1991 il legislatore ha riconosciuto all'imprenditore che, a titolo di affitto¹⁰¹, abbia assunto la gestione, anche parziale, di aziende appartenenti ad imprese assoggettate a fallimento un diritto di prelazione *legale* nel caso in cui ne venga poi stabilita la vendita, qualora appunto la continuazione dell'attività economica non sia stata disposta o sia cessata. In verità, già prima, l'art. 14 della legge *Marcora*, n. 49 del 27 febbraio 1985, aveva previsto a favore di cooperative di lavoratori *dipendenti da imprese soggette a procedure concorsuali*, ammessi al trattamento della cassa integrazione guadagni *e che avessero in affitto, e più in generale in gestione, anche parziale, le aziende di appartenenza*, un diritto di prelazione in caso di vendita coattiva delle stesse. Ed evidentemente questo intervento normativo,

⁹⁹ Sulla tematica mi permetto di rinviare a Fimmanò, *Gli effetti del concordato preventivo cit.*, 1056 s.

¹⁰⁰ Per un esame della fattispecie cfr. il commento degli artt. 104 bis e 105.

¹⁰¹ Viene escluso quindi ogni altro rapporto contrattuale, diverso dall'affitto, che dia comunque luogo a forme di gestione endoconcorsuale, quale ad esempio il comodato. Meno precisa è invece la lettera dell'art. 14 della legge n. 49 del 1985 che parla genericamente di "acquisto, affitto, gestione anche parziale delle aziende stesse o di gruppi di beni della medesima".

meno articolato ma basato esattamente sugli stessi presupposti di fatto e di diritto, si poneva nella medesima *ratio* legislativa¹⁰².

La scelta normativa riflette insomma l'avvertita esigenza di sostenere i livelli occupazionali mediante la conservazione dell'azienda e di ridurre i danni che l'evento fallimentare produce, essendo, infatti, diretta ad incentivare quegli investimenti produttivi, quei miglioramenti aziendali e più in generale quella gestione accorta dell'impresa che normalmente manca durante la procedura concorsuale sino al momento della vendita.

Ebbene, la logica correlazione esistente tra le disposizioni che fanno riferimento a due ipotesi alternative, affitto o cassa integrazione, e la *ponderata* scelta di sistemare la disciplina del diritto di prelazione nel corpo di una legge che sembrerebbe riguardare tutt'altro (cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, etc.), evidenziano la chiara ed evoluta intenzione del legislatore di riservare la prelazione, in funzione premiale, all'imprenditore che succedendo nell'attività del fallito, eviti il ricorso *ai c.d. ammortizzatori sociali* o che quanto meno limiti il ricorso al trattamento *di integrazione salariale* per una parte soltanto dei dipendenti¹⁰³. Ed in questo quadro complessivo è evidente la volontà del legislatore volta a favorire la soluzione della *gestione di terzi* rispetto all'esercizio provvisorio in modo da socializzare il costo del dissesto eventualmente sui creditori e non col ricorso agli ammortizzatori in un'ottica evoluta di *job creation*¹⁰⁴.

¹⁰² L'art. 14, n. 1, della legge n. 49 del 1985, sancisce che possono essere ammesse al beneficio le cooperative appartenenti al settore di produzione e lavoro che, oltre a possedere i requisiti stabiliti dall'art. 1 della legge: a) siano costituite da lavoratori ammessi al trattamento della cassa integrazione guadagni dipendenti da imprese per le quali siano stati adottati i provvedimenti previsti dalla legge 12 agosto 1977 n. 675, dalla legge 5 dicembre 1978 n. 787, e dalla legge 3 aprile 1979 n. 95 (Amministrazione straordinaria) oppure dipendenti da imprese sottoposte a procedure concorsuali previste dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267, oppure licenziati per cessazione dell'attività dell'impresa o per riduzioni di personale; b) realizzino in tutto od in parte la salvaguardia dell'occupazione dei lavoratori delle imprese di cui alla precedente lettera a) mediante l'acquisto, l'affitto, la gestione anche parziale delle aziende stesse o di gruppi di beni della medesima, oppure mediante iniziative imprenditoriali sostitutive. Infine, la legge (art. 14 n. 21) sancisce che le cooperative costituite per le finalità di cui al presente articolo le quali abbiano in gestione anche parziale le aziende, possono esercitare il diritto di prelazione nell'acquisto delle medesime. Istituti analoghi a quelli previsti dalla legge Marcora sono contemplati in altri ordinamenti comunitari.

¹⁰³ Il trattamento di integrazione diviene così una forma di trasferimento di risorse pubbliche non più ai singoli lavoratori, ma alle attività imprenditoriali sostitutive attivate dalle cooperative. Quanto all'indennità di mobilità, prevista dall'art. 7 della legge n. 223 del 1991, pare che questa possa essere anticipata al fine della costituzione delle cooperative e che addirittura sia cumulabile con i contributi a fondo perduto previsti dalla legge 49 del 1985. Ciò in quanto il legislatore ha inteso evidentemente privilegiare i lavoratori già espulsi dal processo produttivo rispetto a quelli che fruiscono ancora del trattamento di integrazione salariale.

¹⁰⁴ Con la legge 223, il legislatore ha cercato di ricondurre lo strumento della cassa integrazione guadagni straordinaria alla sua originaria funzione, escludendone il ricorso incondizionato per far fronte ad una eccedenza strutturale del personale che si era andato affermando col passare del tempo. Si è voluta così eliminare quella veste di indennità di disoccupazione mascherata a favore dei prestatori di lavoro nei confronti dei quali sia già maturata la decisione di cessazione del rapporto di lavoro (Santoro Passarelli, *Intervento straordinario di integrazione salariale e procedure concorsuali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 904). L'art. 3 della legge 223, nella parte in cui

Qualche breve considerazione merita anche la norma, in qualche modo scontata, contenuta nel penultimo capoverso dell'art. 104, l. fall., e che, in linea con l'interpretazione dominante, prima della novella, sancisce che i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione¹⁰⁵. La disposizione risponde anche al rilievo operativo che ha la circostanza per cui se i terzi *in bonis* fossero pagati con moneta fallimentare si guarderebbero bene dall'intrattenere rapporti contrattuali con la curatela o comunque di darle credito, impedendo di fatto la prosecuzione dell'attività economica.

Tuttavia, ai fini della questione in esame, è opportuno evidenziare che, oltre ai debiti sorti in pendenza di esercizio provvisorio, sono da ritenersi *prededucibili* anche quelli già scaduti al momento della dichiarazione di fallimento ma riferiti a contratti in corso di esecuzione in cui il curatore sia subentrato. Non a caso il nuovo co. 2^o, dell'art. 111, l. fall., introdotto dalla novella, sancisce che sono considerati prededucibili i debiti “*sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*”, e quindi nella fattispecie vanno soddisfatti in prededuzione crediti scaduti quando siano funzionalmente collegati ad un rapporto contrattuale unitario che prosegue e che può rendere per l'effetto anche *unitario il credito*.

Il pagamento del debito derivante da una prestazione anteriore all'ammissione alla procedura deve essere quindi valutato nel contesto dell'operatività del contratto cui si riferisce e non determina il cristallizzarsi di una situazione debitoria in funzione della progressiva esecuzione bilaterale del rapporto che prosegue¹⁰⁶. Il problema si pone in particolare per i *contratti di durata* sinallagmatici caratterizzati da prestazioni periodiche o continuative connesse tra loro ma comunque autonome (si pensi ad esempio alla somministrazione di servizi, al *leasing*, al contratto di assicurazione). Tant'è che gli organi della procedura non dovranno solo valutare se il contratto si è concluso dal lato del terzo contraente e se la natura unitaria dei rapporti contrattuali, specie quelli di durata, comporta il trattamento omogeneo delle prestazioni continuative, ma anche l'opportunità di incentivare la prosecuzione funzionale all'attività di impresa evitando reazioni della controparte a cominciare dalla cessazione delle prestazioni erogate.

10 – La cessazione dell'esercizio provvisorio.

La continuazione dell'impresa del fallito, come precisato, esige non solo la sussistenza ma anche la *permanenza* delle condizioni che assicurino ai creditori maggiori prospettive di soddisfazione. Perciò, il legislatore – in uno ai meccanismi di verifica – ha predisposto anche le modalità alternative attraverso cui si può addivenire alla cessazione dell'esercizio provvisorio.

consente la concessione automatica dell'integrazione sembra ispirato ad una matrice maggiormente assistenziale, tuttavia è temperato dalla seconda parte rispondente allo spirito complessivo della legislazione.

¹⁰⁵ Cfr. *ante* riforma Pellegrino, *Acquisizione, cit.*, 406.

Innanzitutto la scelta è rimessa alla valutazione e quindi alla iniziativa del comitato dei creditori, in occasione dell'attività informativa concepita dal legislatore. L'art. 104, co. 4^o, l. fall. dispone testualmente "se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio il giudice delegato ne ordina la cessazione". Si deve ritenere, e depone in tal senso la lettera della norma, che la valutazione in questo caso sia di esclusivo appannaggio del comitato ed il giudice delegato non possa che prenderne atto. A ciò deve aggiungersi come la continuazione dell'attività di impresa implichi scelte previsionali e di merito tali da incidere in maniera sensibile sulla tutela degli interessi dei creditori ai quali come contrappeso viene riconosciuta la possibilità di valutare l'opportunità di una tale vicenda.

Il sistema è dotato anche di una regola di chiusura che assicura la possibilità di interruzione della procedura anche al Tribunale, quale organo di suprema vigilanza legittimato ad intervenire anche quando il comitato dei creditori non si esprima in termini negativi sulla continuazione. Difatti, "in qualsiasi momento" il Tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio, "con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo¹⁰⁷ sentiti il curatore ed il comitato dei creditori", quindi anche *contro* il loro parere. Non può escludersi infatti che il comitato dei creditori, quale organo esponenziale del relativo ceto, rappresenti un interesse parziale della vicenda che all'esame complessivo del Tribunale appaia meritevole invece di una valutazione diversa nel senso della non prosecuzione dell'attività economica¹⁰⁸. Peraltro non è escluso che, ricorrendone presupposti e condizioni, il giudice delegato su proposta del curatore e con l'assenso del comitato, possa riavviare l'esercizio dopo la cessazione decretata dal tribunale¹⁰⁹.

Una ulteriore ipotesi di cessazione dell'esercizio provvisorio, questa volta dotata di un carattere fisiologico, è data dalla alienazione della azienda o dallo spirare del termine previsto. Anche in questo caso si è dinanzi ad una ipotesi di cessazione dell'esercizio provvisorio ed anche in questa ipotesi la vicenda deve essere corroborata da una informazione contabile appropriata come richiede l'art. 104, co. 5^o, l.fall. secondo il quale "ogni semestre o comunque alla conclusione dell'esercizio provvisorio il curatore deve presentare un rendiconto della attività"

¹⁰⁶ Cass. 5 agosto 1997, n. 7194, in *Fall.*, 1998, 56 s.; Cass. 18 ottobre 1990 n. 10167, in *Giur. comm.*, 1992, II, 179 (al riguardo cfr. pure Fimmanò, *Gli effetti del concordato preventivo cit.*, 1057 s.).

¹⁰⁷ In ordine alla irreclamabilità si riproporrà la vecchia questione della possibilità o meno di impugnare il decreto con ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.*, per eventuali vizi di nullità

¹⁰⁸ Una volta disposta, la continuazione dell'esercizio provvisorio è scelta talmente delicata da dover essere continuamente verificata nei suoi presupposti di opportunità che vengono rimessi ai creditori, fermo restando la regola di chiusura che attribuisce la legittimazione anche al Tribunale. Cfr. Mattei, *op. cit.*, 219, secondo cui "proprio in questa parte della norma appare in tutta la sua evidenza il potenziale conflitto tra organi della procedura, in quanto dal dettato normativo sembra che il g.d. possa ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio solo se esplicitamente richiesto dal comitato dei creditori che effettua una propria valutazione di opportunità mentre il Tribunale può ordinare la cessazione autonomamente non essendo chiaro se ciascuno dei due organi richiamati g.d. e tribunale siano competenti a decretare la cessazione esclusivamente rispetto alla procedura da essi stessi autorizzata".

¹⁰⁹ In tal senso anche Sandulli, *Art. 104 cit.*, 610.

Sebbene la norma accomuni i due rendiconti ossia quello redatto ogni semestre e quello finale, ci pare che gli stessi abbiano funzioni diverse visto che il secondo deve concentrarsi nella rappresentazione di una vicenda storica, più che di una vicenda prospettica, volta a rendere noti i risultati complessivi della continuazione, sì da dare conto del se, ed in che misura, questa abbia rispettato le previsioni formulate in esito alla maggiore soddisfazione dei creditori. In questi termini, allora, devono indicarsi le risorse finanziarie impiegate e quelle generate dalla continuazione compreso l'introito derivante dalla vendita dell'azienda. Il tutto va confrontato con le stime iniziali relative alle entrate, alle uscite e alla stima del valore di azienda ritraibile dal mercato in modo da rendere noti anche i motivi degli eventuali scostamenti dalle previsioni.