

## L'ESERCIZIO PROVVISORIO "ANTICIPATO" DELL'IMPRESA "FALLENDATA" TRA SPOSSESSAMENTO CAUTELARE DELL'AZIENDA E AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA DELLA SOCIETÀ

FRANCESCO FIMMANÒ

SOMMARIO: 1. L'uso alternativo della istruttoria prefallimentare; - 2. La valutazione ad opera del tribunale del potenziale pregiudizio ai creditori in caso di gestione sostitutiva; - 3. I provvedimenti cautelari a tutela dell'impresa ex art. 15, comma 8, l. fall.; - 4. L'inammissibilità della nomina dell'amministratore giudiziario della società fallenda.

### 1. L'uso alternativo della istruttoria prefallimentare

La riforma della legge fallimentare è ispirata ad un modello di liquidazione *riallocativa* dei valori aziendali concepito, tuttavia, dal legislatore senza la espressa previsione di istituti che facilitino l'emersione tempestiva della crisi e consentano la efficace radiografia preventiva dell'impresa al fine di adottare le scelte più idonee <sup>1</sup> alla salvaguardia degli *assets* produttivi *funzionanti* (o *funzionali* ad altro imprenditore). Eppure è proprio nella fase di *pre-insolvency* che si determina il maggior danno economico, per l'impresa e per i suoi creditori, specie per la mancanza di tempestività dell'azione <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Viceversa il progetto di riforma c.d. *Trevisanato* enunciava come principi direttivi "l'obiettivo della valorizzazione degli organismi produttivi e dei patrimoni assicurando il miglior soddisfacimento possibile dei creditori" sulla base della "...emersione tempestiva della crisi d'impresa e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio" (sull'art. 2, lett. a e b, mi permetto di rinviare a FIMMANÒ, *Crisi dell'impresa e insolvenza*, in Atti del Convegno "Il Diritto delle Imprese in crisi", Isernia, 18 ottobre 2003, Milano, 2005, 143 s.).

<sup>2</sup> Non a caso, secondo gli economisti, uno degli obiettivi del fallimento è quello della c.d. efficienza intermedia (accanto a quelle dell'efficienza *ex ante* ed *ex post*), che riguarda le imprese in crisi prima dell'avvio di procedure concorsuali nella fase di *pre-insolvency* ed esige misure che incentivino il debitore a rivelare tempestivamente lo stato di difficoltà e a non assumere comportamenti eccessivamente azzardati per tentare di evitarla, scommettendo ad esempio le residue risorse dei finanziatori in attività molto rischiose (in tal modo danneggiando i creditori). Procedure troppo punitive possono favorire l'azzardo diretto a scongiurarle, ridurre gli investimenti poco rischiosi ed indurre il controllante a ritardarne l'avvio. Ciò spiega l'esistenza di disposizioni in diversi ordinamenti sul *discharge*, l'esdebitazione, l'*exempt property* ed il consenso sempre più ampio sull'opportunità di ricorrere alla sanzione penale solo per colpire i

A questo specifico fine tuttavia abbiamo - sin dall'approvazione della riforma<sup>3</sup> (anzi ben prima<sup>4</sup>) - proposto l'uso *alternativo* della istruttoria preconcorsuale cui il tribunale può dar luogo a norma del novellato art. 15, l.fall.<sup>5</sup>, orientandola a funzioni di salvaguardia del patrimonio dell'impresa (ed al monitoraggio<sup>6</sup> cercando anche in via autonoma i relativi supporti probatori e disponendo eventualmente perizie, ispezioni e consulenze tecniche) fino ad arrivare allo "spossessamento" anticipato<sup>7</sup>.

Una proficua liquidazione richiede infatti una istruttoria *tempestiva ed invasiva*, a prescindere dall'iniziativa e dalla collaborazione del debitore, in grado di garantire l'analisi 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 salvaguardia ed alla valorizzazione del patrimonio. 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 alle iniziative da

---

comportamenti più gravi connessi al dissesto (cfr. al riguardo FIMMANÒ, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, 150 s.).

<sup>3</sup> Sul punto si rinvia a FIMMANÒ, *Sub Art. 104*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di JORIO, Tomo II, Bologna 2006; ID., *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 759.

<sup>4</sup> Cfr. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, 89 s.

<sup>5</sup> L'art. 15, ai commi 7, 8 e 9, prevede 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".

<sup>6</sup> Su informazione e "monitoring" come strumenti giuridici invece preventivi dell'insolvenza cfr. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna 2006.

<sup>7</sup> 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, comma 3, c.p.c.. Si è osservato che già prima della riforma, alla stregua di atti applicativi dei poteri inquisitori, erano 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 restava discusso se tali mezzi di prova esigessero il rispetto di tutte le norme sostanziali e processuali o se il principio della prova libera influenzasse una sorta di deformalizzazione (cfr. al riguardo 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.

assumere ed alla direzione da seguire <sup>8</sup> già prima della sentenza di fallimento.

I limiti che si ponevano prima della riforma ad una simile prospettiva erano prevalentemente *organizzativi*, specie per la carenza di strumenti e di 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 risorse<sup>9</sup>. 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 spese <sup>10</sup>. 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, che pur ha visto arricchire, anche prima della riforma, il suo ruolo in relazione all'esercizio del diritto di difesa del debitore, può essere adesso orientata a funzioni di monitoraggio e salvaguardia dell'impresa analogamente ad esempio a quanto avviene per il c.d. *periodo di osservazione* previsto da altre legislazioni <sup>11</sup>. L'istruttoria in

---

<sup>8</sup> In tal senso anche MINUTOLI, *L'istruttoria prefallimentare nella prassi dei Tribunali e nelle prospettive di riforma*, in *Dir. Fall.*, 2001,I, 965.

<sup>9</sup> 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.).

<sup>10</sup> 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 e poteri di controllo sulla crisi dell'impresa*, in *Fall.*, 1998, 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).

<sup>11</sup> 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 negli anni '80 dal legislatore francese (al riguardo mi permetto di rinviare a Fimmanò, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato ed esigenze di conservazione dei valori aziendali*, in *Fallimento*, 2004, 461 s.).

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 indagine.

Peraltro un monitoraggio preconcorsuale più incisivo richiede attività preventive di indagine ed analisi che presuppongono l'invasività, considerata la cronica mancanza di reale ausilio dell'imprenditore, che spesso non ha alcun interesse a collaborare all'esame di una situazione da cui potrebbe emergere inequivocabilmente il suo stato di insolvenza<sup>12</sup>.

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 indagine<sup>13</sup>. 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"<sup>14</sup>. Il carattere d'urgenza insomma permetteva e permette l'accesso a tutti gli atti di istruzione, non consentendo al contrario una dilatazione temporale incompatibile con la durata circoscritta attraverso la semplificazione propria

---

<sup>12</sup> Una giurisprudenza di merito che ha previsto la nomina di un amministratore giudiziario *ex art.* 15, l. fall. (e di cui diremo più innanzi) nel definire i relativi compiti ha individuato quello di «collaborare strettamente con il c.t.u. nominato per fornire ogni dato utile alla evasione del quesito» (Trib. Monza, 11 febbraio 2009, in *Fall.*, 2009, 854, con nota di FERRO, *La revoca dell'amministratore nell'istruttoria prefallimentare: prove generali di anticipazione dell'efficacia del fallimento successivo*, il quale rileva come il collegio colleghi la propria funzione istituzionale di completamento dell'istruzione sui presupposti della fallibilità alla titolarità di un potere di primazia sull'amministratore di nomina giudiziale, al punto da prescrivere un raccordo informativo idoneo a permettere l'acquisizione, in concreto, dei dati dell'istruttoria).

<sup>13</sup> 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 costituenti, 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).

<sup>14</sup> Così FERRO, *L'istruttoria cit.*, 270.

della *sommarietà*<sup>15</sup>.

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 delibare, nel contesto procedimentale *camerale*<sup>16</sup>, a trattazione tendenzialmente celere, la situazione di crisi dell'impresa nella sua più ampia e variegata sfera di manifestazione, non strettamente legata alla pretesa creditoria del ricorrente<sup>17</sup>.

Peraltro, in virtù di queste caratteristiche della procedura, il tribunale fallimentare può anche autonomamente disporre<sup>18</sup> l'acquisizione di qualsiasi elemento di giudizio<sup>19</sup> come conferma ora la possibilità normativa di

---

<sup>15</sup> FERRO, *op. ult. cit.*, 271, in questa logica osservava che i due principi dell'officiosità (quanto all'iniziativa) e dell'inquisitorietà (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, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO, Torino 2006, I, 318).

<sup>16</sup> Il comma 1 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 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».

<sup>17</sup> Così PATTI, *Istruttoria prefallimentare*, cit., 940. Nel procedimento prefallimentare, connotato da un carattere di sommario accertamento, l'istruttoria ha una struttura deformalizzata, 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.

<sup>18</sup> 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».

<sup>19</sup> Era già frequente nella prassi far intervenire, oltre all'avvocato difensore del fallendo, altri consulenti al fine di consentire una interlocuzione al pari qualunque terzo ex art. 739, ult. co., c.c., (GUERNELLI, *L'istruttoria prefallimentare. La dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.*, 1999, I, 318).

provvedere “...senza indugio e nel rispetto del contraddittorio, all’ammissione ed all’espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d’ufficio”<sup>20</sup>.

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 camerali*, 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 necessari*.<sup>21</sup> Questa impostazione consente di acquisire la reale “dimensione e dinamica dell’impresa insolvente, della sua composizione e struttura, della consistenza degli *assets* e delle relazioni implicite ed esplicite intessute con il mercato”<sup>22</sup>.

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.

## **2. La valutazione ad opera del tribunale del potenziale pregiudizio ai creditori in caso di gestione sostitutiva**

Nel caso in cui il Tribunale intenda, a norma del primo comma dell’art. 104, disporre l’esercizio provvisorio nella sentenza dichiarativa di fallimento dovrà necessariamente dar luogo ad una istruttoria invasiva. Una effettiva valutazione *comparativa* da effettuare già in sentenza dei potenziali danni

---

<sup>20</sup> 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).

<sup>21</sup> 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 de ll’udienza, che sembra un passaggio indispensabile ai fini dell’utilizzabilità delle stesse in sede di decisione (così DE SANTIS, *op. loc. ult. cit.*).

<sup>22</sup> [Trib. Bologna, 14 agosto 2009](#), in [www.ilcaso.it](#), I, 1809/2009.

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 molto di più della mera conoscenza *ex actis* della fattispecie esaminata.

Il provvedimento deve infatti 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 *pregiudizio*<sup>23</sup> e quindi è giustificato dalla soddisfazione dell'interesse socio-economico, anche nei casi in cui si concretizza nella gestione in perdita di un'impresa parassitaria<sup>24</sup>. L'ulteriore presupposto impone di verificare che la continuazione "*non arrechi pregiudizio ai creditori*" e di farlo in modo specifico.

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 contemperato con l'interesse dei creditori i quali "non

---

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Non possono trascurarsi gli effetti dannosi che si produrrebbero a carico dei creditori in conseguenza di tale scelta ed il carattere irreversibile dell'interruzione drastica dell'attività d'impresa (FIENGO, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti*, Napoli, 2009, 51). In tema cfr. pure BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, 70; STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007 (secondo cui, salvo che al momento del fallimento non sia già chiaro che la continuazione danneggi i creditori, è opportuno conservare l'impresa fino a quando possa essere assunta una decisione informata e ponderata. Va soppesato il danno irreversibile di una interruzione per imprese con elevati investimenti in ricerca e sviluppo per le quali la perdita anche di pochi clienti o di personale-chiave può significare la dispersione dell'intero patrimonio, oppure l'effetto distruttivo per la reputazione di una compagnia aerea che lasci a terra i passeggeri).

devono essere pregiudicati” anche se ad esempio si incide su interessi diffusi (si pensi alla cessazione di un servizio pubblico essenziale)<sup>25</sup>. Per creditori inoltre non si intende solo il ceto in senso lato, ma anche una categoria o, in taluni casi, persino un singolo.

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 lavoratori.

E’ chiaro, però, che la prima analisi è di ordine quantitativo. A tal fine il Tribunale deve analizzare 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 stessa<sup>26</sup>.

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 possa risultare dal secondo o terzo dato. In questo caso si determina un pregiudizio quantitativo

---

<sup>25</sup> SANDULLI, *Art. 104*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di NIGRO e SANDULLI, Torino, 2006, 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 provvisorio dell’impresa nel fallimento*, Milano, 1969, 123; CAVALAGLIO, *L’esercizio provvisorio dell’impresa nel fallimento (profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 234

<sup>26</sup> 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 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.

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 laddove non ci sia stata una istruttoria *invasiva*. Tant'è che una recente giurisprudenza di merito è arrivata a ritenere, per ovviare alle oggettive necessità delineate, che con la sentenza di fallimento non si estingua il potere di autorizzazione ufficiosa del Tribunale (di cui al primo comma dell'art. 104 l. fall.) dell'esercizio provvisorio laddove il *danno grave* non sia stato prima rappresentato e valutato, e che l'espressione "successivamente" non può consentire una interpretazione letterale riduttiva per cui il danno all'impresa sarebbe superato ed assorbito dall'interesse del solo ceto creditorio<sup>27</sup>.

Invero, 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.

---

<sup>27</sup> Trib. Bologna 14 agosto 2009, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui una interpretazione sistematica della dinamica temporale delineata dalla successione tra primo e secondo comma deve superare il letteralismo riduttivo insito in una immotivata accentuazione del livello normativo della stessa successione temporale, in quanto contraria a ragionevolezza, elevata dalla Suprema Corte a criterio guida dell'interpretazione costituzionalmente orientata. Per i giudici felsinei non si vedrebbe perché il danno grave (nei limiti del non pregiudizio per il ceto creditorio) debba essere oggetto di considerazione da parte del Tribunale all'atto della sentenza dichiarativa di fallimento, per vanificarsi nell'attimo immediatamente successivo "sebbene non sia stato rappresentato e valutato dal Tribunale, per ritenersi in un così breve lasso di tempo ("successivamente") superato ed assorbito dall'interesse del solo ceto creditorio sotteso alla liquidazione dei beni, quand'anche tale interesse non sia ancora in grado di assumere la consapevolezza insita nella determinazione degli *assets* e dei beni, delle modalità incentrate nel programma di liquidazione". In realtà il Tribunale di Bologna individua bene il problema ma offre, a nostro avviso, una soluzione giuridica non condivisibile. L'impostazione apre, infatti, ad una indiscriminata possibilità per il Tribunale di sostituirsi sempre, in qualsiasi fase della procedura, al giudice delegato nel disporre l'esercizio provvisorio alle condizioni di cui al comma 1 dell'art. 104 l. fall., e non a quelle di cui al comma 2. E' come se i giudici avessero detto "il fine giustifica i mezzi", ma in questo caso peraltro il mezzo c'è, ed è, come visto, una istruttoria fallimentare *invasiva*.

Rilevante all'uopo è la *situazione patrimoniale economica e finanziaria* nella quale, come si è visto, vengono pianificate anche le esigenze finanziarie sottese alla continuazione in modo da potersi confrontare l'utilità finanziaria derivante dalla possibile alienazione dell'azienda con il decremento determinato dal suo fabbisogno finanziario e con le possibilità di soddisfare, in prededuzione, i "crediti sorti durante l'esercizio provvisorio" (cfr art. 104, comma 9, l. fall.) cui far fronte mediante autofinanziamento<sup>28</sup>.

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 viene disposto 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. In questa ottica le possibilità di scelta sono ampie e si sostanziano in tutte quelle decisioni che si ritengano *funzionali* a mantenere viva l'*utilità*, nei termini sopra detti, della gestione sostitutiva<sup>29</sup>.

Appare evidente che se c'è istanza di parte il modo migliore per valutare "dall'interno" l'impresa è disporre lo spossessamento cautelare sulla base delle disposizioni di cui all'art. 15, l.fall, comma 8, l. fall.

### **3. I provvedimenti cautelari a tutela dell'impresa ex art. 15, comma 8, l. fall.**

Il Tribunale 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

---

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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 Tribunale. 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 (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).

decreto che rigetta l'istanza”<sup>30</sup>.

Tali provvedimenti sono adottati su *istanza di parte* (creditori, *pubblico ministero* o debitore stesso) contenuta nel ricorso o formulata successivamente (e viceversa non *ante causam*<sup>31</sup>), sicché anche questa è una occasione di determinazione degli stessi in modo che il provvedimento sia correttamente calibrato.

Il legislatore si è ispirato ai provvedimenti contemplati dal codice di rito che possono essere emessi in presenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* che può concretizzarsi nel rischio che, nelle more del procedimento prefallimentare, possa essere lesa la capacità produttiva, l'unità e l'integrità, fisica o giuridica dell'azienda; possano essere realizzati atti distrattivi o depauperativi; possa essere resa più difficile od incerta la liquidazione dell'attivo; o, ancora, possa essere leso il diritto di garanzia e di partecipazione ad un processo esecutivo concorsuale rispettoso della *par condicio creditorum*.

Il Tribunale può ritenere opportuno preservare, attraverso la vigilanza<sup>32</sup> o persino l'esercizio *controllato* dell'attività, l'azienda (o suoi rami), onde permettere, per l'ipotesi di dichiarazione di fallimento, alla procedura di scongiurare il pericolo di veder vanificata o ridimensionata la possibilità della vendita dei valori funzionanti o strumentali ad altre imprese. La scelta consentirebbe di limitare, almeno parzialmente, l'assenza di effetti cautelativi correlati alla presentazione del ricorso di fallimento, dovendosi escludere che possa essere adottata come misura cautelare la (provvisoria) dichiarazione di insolvenza, al solo scopo di anticipare la decorrenza del periodo sospetto<sup>33</sup>.

E ciò fino al caso limite della gestione sostitutiva dell'impresa con la nomina di un commissario dell'impresa o di un custode giudiziario dell'azienda<sup>34</sup> che consenta il più invasivo dei *monitoraggi* possibili, mediante lo spossessamento “anticipato”.

Il dato letterale contenuto nell'art. 15, l. fall., è univoco nell'individuare

---

<sup>30</sup> Evidentemente il provvedimento va adottato dal Tribunale e non può essere delegabile (in tal senso anche SANTANGELI, *Sub art. 15 l.fall., Il nuovo fallimento* a cura di SANTANGELI, Milano, 2006, 80).

<sup>31</sup> L'istanza di parte è subordinata alla pendenza di un giudizio finalizzato alla verifica della sussistenza per la dichiarazione di fallimento.

<sup>32</sup> Si tratta di una osservazione sul modello francese CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fall.*, 2003, 978 s.

<sup>33</sup> FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 64.

<sup>34</sup> Cfr art. 28 lett.c. Si ritiene comunemente che le misure cautelari possano essere anche innominate ovvero sostanziarsi nel sequestro di azienda con la nomina di un amministratore provvisorio (Cfr PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali – il secondo atto in [www.ipsoa.it/fallimento](http://www.ipsoa.it/fallimento)*, par 1.5; SANTANGELI, *Sub art. 15 l.fall. cit.*, 78).

innanzitutto come l'oggetto del provvedimento sia *l'impresa* e siccome questa è una "attività", è questa che deve essere oggetto di provvedimenti conservativi o *cautelari*.

D'altra parte l'impresa non può essere considerata più soltanto come una diretta proiezione dell'imprenditore, ma va necessariamente vista come una realtà oggettivamente rilevante cui l'ordinamento accorda tutela ed assegna uno specifico ruolo ed alla quale sono riferibili, in certi limiti, situazioni e rapporti autonomi rispetto a quelli che fanno capo all'imprenditore<sup>35</sup>. E 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 professionale 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"<sup>36</sup>.

La conclusione può essere avvalorata anche dalla funzione obiettiva

---

<sup>35</sup> L'impresa non appare più come costruito materiale dell'imprenditore, aggregazione di beni finalizzati al suo esercizio, caratterizzata da una fisicità tendenzialmente stabile ma si propone come "luogo dei contratti (espliciti o impliciti che siano), capace di innescare cambiamenti rapidi nei prodotti, nelle logiche di allocazione delle risorse, nella composizione dei fattori produttivi ... capace quindi di soggettivizzare per sua natura l'insolvenza fino a decretarne l'impossibilità che la stessa – con la sentenza dichiarativa di fallimento – interrompa anche momentaneamente l'esercizio dell'attività imprenditoriale: proprio la previsione di una continuità imprenditoriale indifferente alla sentenza dichiarativa di fallimento costituisce per molti versi indice di una consapevolezza non ancora processualmente matura delle novità di quadro economico complessivo registrate dall'impresa del terzo millennio, in quanto non computamente realizzata in una coerente implementazione del valore cognitivo dell'istruttoria prefallimentare" (Trib. di Bologna, 14 agosto 2009, cit.).

<sup>36</sup> Questa visione dell'impresa è comunque diversa da quella c.d. *istituzionalistica*, secondo cui essa sarebbe un soggetto distinto dalla persona dell'imprenditore e dotata di autonoma rilevanza per il diritto, pur, secondo alcuni, rimanendo oggetto di diritti (al riguardo si veda: SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 376 s.; ID., *Soggettività dell'impresa*, in *Impresa e Società. Scritti in memoria di A. Graziani*, V, Napoli, p. 1772 s.; ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 1 s.; SPAGNOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, Napoli, 1961 41 s.; PANUCCIO, *Teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1974, 63 s.; SANTINI, *Le teorie sull'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 429 s.; OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 599). Questa impostazione emerge chiaramente nella legge *Prodi bis* che non a caso utilizza ripetutamente, e soprattutto con riferimento all'indirizzo della ristrutturazione, il termine *impresa*. Orbene quando l'impresa in crisi ha grandi dimensioni, emerge nell'ordinamento un peculiare interesse dell'economia alla sua sopravvivenza che consente di sacrificare entro certi limiti l'interesse dei creditori. Ciò giustifica un esercizio provvisorio che da eccezione nella procedura fallimentare (art. 104 l. fall.) diventa nell'amministrazione straordinaria una regola inderogabile e che può in linea di principio anche arrecare pregiudizio ai creditori purché sia funzionale al recupero prospettico dell'equilibrio economico (al riguardo FIMMANÒ, *La ristrutturazione mediante concordato della grande impresa in amministrazione straordinaria*, in corso di pubblicazione in *Dir. fall.*).

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. Inoltre 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.

Si pensi a quelle attività economiche 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*<sup>37</sup>. 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.

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 creditorio.<sup>38</sup>

La premessa ha una sua precisa funzione perché solo rimarcando il valore dell'*impresa*, nel contesto della liquidazione dell'attivo, si comprende

---

<sup>37</sup> 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 mi permetto di far riferimento a FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio e l'affitto della azienda sportiva*, in *Dir. fall.*, 2006, 3. Si pensi ancora alle imprese convenzionate con il sistema sanitario nazionale (al riguardo ancora FIMMANÒ, *Gli effetti del trasferimento d'azienda sull'autorizzazione sanitaria regionale e sul c.d. accreditamento istituzionale*, in *Riv. not.*, 2003, 133).

<sup>38</sup> Al riguardo mi permetto di rinviare a FIMMANÒ – ESPOSITO, *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, Milano, 2006, 211.

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. 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 che i creditori possano completare l'esecuzione) rispetto all'evitare la dispersione del valore aziendale in esito al 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.

Insomma, 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<sup>39</sup>.

Inoltre la valenza delle prerogative di cui deve poter disporre il Tribunale non può essere imbrigliata solo 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)<sup>40</sup>. Tali schemi

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> Si è rilevato che vista dal lato oggettivo e da quello funzionale, la tutela cautelare può essere rivolta a proteggere il patrimonio dell'impresa con l'adozione di misure idonee ad impedire il compimento di atti, latamente, dispositivi; ovvio è il richiamo alla figura del sequestro conservativo (FABIANI, *Contratto e processo* cit., 61; nello stesso senso DE MATTEIS, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, Torino, 2009, 211). In realtà è da ritenersi inammissibile il sequestro conservativo, visto che l'unica norma di carattere processuale che prende espressamente in considerazione l'azienda come entità unitaria è l'art. 670, n.1, c.p.c., che contempla 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". 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,

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 *cautelare* viene inteso quale *misura anticipatoria*<sup>41</sup>.

Del resto l'*atipicità* è un connotato caratterizzante tutta la vicenda fallimentare visto che atipici sono generalmente i contenuti dei piani di risanamento (art. 67 lett.d), quelli degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis l.fall), i modi di liquidazione dell'attivo (cfr. art.107 l.fall.), le condizioni del piano nel concordato preventivo e le proposte di concordato fallimentare. Tutte situazioni 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)<sup>42</sup> cui il Tribunale può ricorrere sono, quindi caratterizzati da un *ampio grado 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)<sup>43</sup>.

---

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. Ma ciò che è più significativo, ai nostri fini, è che nell'art. 671, c.p.c., riguardante il sequestro conservativo, non v'è alcuna previsione concernente l'azienda, che sarebbe stata decisiva in quanto tale sequestro è una vera e propria anticipazione del pignoramento ed è destinato a convertirsi in pignoramento con la conferma del provvedimento ed in seguito alla decisione di merito favorevole al sequestrante.

<sup>41</sup> SANTANGELI, *Sub art. 15 l.fall.* cit.,79, afferma che "probabilmente nell'intento del legislatore il termine cautelari va inteso nel senso di anticipatori".

<sup>42</sup> 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, *Sub art. 15*, cit., 327; in tema cfr. pure SCIACCA, *L'istruttoria prefallimentare: profili processuali*, in *Dir. fall.*, 2007 I, 43; CAIAFA, *L'istruttoria prefallimentare: i provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 178).

<sup>43</sup> Si è denunciato che nell'art. 15 l. fall. non viene specificato secondo quali modalità il tribunale deve pronunciarsi sulla concessione o meno della misura cautelare, visto che non è individuato il tipo di provvedimento da adottare (se un decreto motivato oppure una ordinanza), né l'applicabilità al procedimento degli artt. 669 *sexies* e *septies* c.p.c., né la necessità di notificare il provvedimento al debitore contumace (RIGHETTI, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento. L'istruttoria prefallimentare. La sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Il diritto fallimentare riformato* a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2007, 60).

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<sup>44</sup>. Se l'intervento ha effetto conservativo è necessario anche che i terzi non debbano vanificarlo attraverso attività che ne svuotino, di fatto, il contenuto.

Si tenga conto tuttavia che la misura adottata può essere finalizzata solo alla temporanea conservazione e salvaguardia dei valori aziendali in vista del fallimento o del rigetto dell'istanza. Ed in questa logica il tribunale fallimentare non può sospendere eventuali procedure esecutive in corso<sup>45</sup>, in quanto, come ha giustamente rilevato una giurisprudenza di merito, tale potere è da ritenersi devoluto al giudice dell'esecuzione sino al momento in cui viene aperta quella *super-procedura esecutiva*, caratterizzata da universalità e concentrazione, con l'attivazione del rimedio di cui all'art. 51 l. fall.<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Tra le diverse misure si pensi ad esempio: all'ordine di non effettuare una certa consegna di beni o prestazione di servizi; o di non eseguire pagamenti per evitare che i tempi dell'istruttoria pregiudichino il futuro esercizio delle azioni revocatorie; ordini di fare o di dare come l'ordine di eseguire un contratto essenziale per la prosecuzione dell'attività aziendale in funzione dell'applicazione successiva del sistema di cui agli artt. 72 ss.; (cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare (Manuale breve)*, Milano, 2008, 189; SCIACCA, *L'istruttoria prefallimentare* cit., 62; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 34; FERRO, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari patrimoniali*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. FABIANI e A. PATTI, Milano, 2006, 30; DE SANTIS, *Sub art. 15*, cit., 328; DE MATTEIS, *Istanza di fallimento del debitore. L'istruttoria prefallimentare*, cit., 210).

<sup>45</sup> Al contrario con ordinanza del [28 luglio 2009, il Tribunale di Busto Arsizio](#) (rel. Pupa, in [www.ilcaso.it](#), I, 2027/2010) adottata su istanza dello stesso debitore (che, all'udienza per la dichiarazione di fallimento nel procedimento promosso da un creditore, domandava un rinvio utile a presentare una domanda di concordato preventivo) ha disposto la sospensione in via cautelare dell'esecuzione forzata pendente dinanzi ad una sezione distaccata del medesimo tribunale. Il collegio, in modo non condivisibile, ha ritenuto “*la ricorrenza dei presupposti del fumus boni iuris e del periculum in mora sotto il profilo sia dell'opportunità di evitare la vendita dei macchinari utili alla prosecuzione dell'attività in vista dell'imminente presentazione di un Piano di ristrutturazione dei debiti che potrebbe facilitare l'accesso agli ammortizzatori sociali per i numerosi dipendenti ..., sia dell'esigenza di preservare la par condicio creditorum nell'ipotesi in cui dovesse accertarsi lo stato di insolvenza del debitore*”. Nello stesso senso Trib. Chieti (rel. Ceccarini) 11 febbraio 2010, confermato da Trib. Chieti, 16 febbraio 2010.

<sup>46</sup> Trib. Monza 20 novembre 2009, cit., che non ritiene condivisibile il precedente del tribunale di Busto Arsizio in quanto finisce con l'attribuire alle misure urgenti *ex art. 15 l.fall.* una funzione diversa da quella per cui la norma è stata concepita, e viceversa ritiene possibile assicurare gli effetti conservativi, da un lato esonerando temporaneamente il terzo pignorato dall'obbligo di pagamento in favore del pignorante e di custodia e conservazione delle somme pignorate, che gli impedirebbe di far utilizzare alla resistente i conti pignorati per far fronte ai necessari pagamenti, e, dall'altro lato – anche allo scopo di evitare condotte distrattive o dissipatorie - rimettendo la gestione del conto ad un organo terzo – un Gestore – che proceda ad impartire gli ordini di

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. Al riguardo, argomentazioni possono essere tratte dagli esempi dell'istitutore o della gestione dell'attività economica dell'incapace o 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'incapace. Nel sequestro di azienda, viene premessa la possibilità, a norma dell'art. 676 c.p.c.,<sup>47</sup> per il giudice di assumere specifiche decisioni per l'esercizio di impresa, senza peraltro tipizzare *a priori* la gamma dei possibili interventi nella gestione che la norma presuppone<sup>48</sup>.

Solo per fare taluni esempi, l'incisività del provvedimento potrebbe essere calibrata in modo che al debitore-fallendo sia lasciata la gestione dell'attività 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 primo luogo questi potrebbe avere tempo e respiro per avanzare proposte di *soluzione concordataria* della crisi che si fondino proprio sulla continuazione dell'attività economica come sperimentata nella fase dell'istruttoria prefallimentare<sup>49</sup>. E questo, laddove alla continuazione siano abbinati meccanismi anticipatori degli effetti della *par condicio* in modo da inibire comportamenti depauperativi.

Ancora, l'intervento potrebbe essere diretto ad affiancare al soggetto imprenditore un professionista designato dal tribunale, sul modello della

---

pagamento che siano essenziali ed imprescindibili per il funzionamento temporaneo dell'attività d'impresa.

<sup>47</sup> 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 RICCI, *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 707).

<sup>48</sup> 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*, in *Riv. dir. impr.*, 1990, 175.

<sup>49</sup> Fermo restando che la funzione dei provvedimenti *ex art.* 15 comma 8, l. fall., è quella di assicurare la temporanea conservazione del patrimonio dell'impresa in vista del fallimento o del rigetto della relativa istanza e non per «anticipare *extra ordinem* gli effetti conservativi connessi alla instaurazione di altre procedure concorsuali "minori", peraltro ricondotti dalle norme di legge specifiche ad altri specifici incumbenti» ([Trib. Monza 20 novembre 2009](#), rel. Rolfi, in [www.ilcaso.it](#), I, 1920/2009).

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<sup>50</sup>.

#### **4. L'inammissibilità della nomina dell'amministratore giudiziario della società fallenda.**

Il più drastico ed invasivo dei provvedimenti può essere quello diretto a privare l'imprenditore (individuale o collettivo) del potere di gestione dell'azienda (in modo da dissociarlo in capo al soggetto nominato dal Tribunale) ferma restando l'imputazione dell'attività economica al fallendo, attuando in via cautelare una forma di esercizio provvisorio "anticipato" dell'impresa cui dare adeguata pubblicità commerciale.<sup>51</sup>

A tutela dell'attività di impresa il Tribunale può quindi organizzare, nell'ambito delle sue prerogative, un modello nel quale coniugare conservazione dell'attività, titolarità-imputazione della stessa in capo al fallendo (che si scindono dopo la dichiarazione di fallimento), 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 proprio nella fase pre-fallimentare.<sup>52</sup>

Si badi bene che deve comunque trattarsi di provvedimenti, *pur se*

---

<sup>50</sup> Il § 22 della *Insolvenzordnung* contempla la nomina di un *curatore provvisorio* con il compito di adottare misure conservative sul patrimonio del debitore, continuare l'esercizio dell'impresa, valutare l'opportunità di dichiarare aperto il procedimento d'insolvenza.

<sup>51</sup> Si è rilevato che nell'attuazione delle misure, considerato che esse devono produrre effetti anche per i terzi estranei al procedimento, potrebbe essere opportuno avvicinare la regola della atipicità ad una maggiore prossimità con figure già nominate al fine di agevolare l'iscrivibilità. A tale risultato si potrebbe arrivare considerando «la norma fallimentare speciale, almeno per tale parte, anche rispetto alla regola di chiusura degli atti iscrivibili posta dall'art. 2196 c.c. e soprattutto elevando la stessa pendenza dell'istruttoria prefallimentare a condizione processuale che giustifica la iscrivibilità delle misure per legge nei pubblici registri e dunque una reale opponibilità giuridica a tutti i terzi» (così FERRO, *Sub art. 15 in La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2007, 123).

<sup>52</sup> Sull'importanza della tempestività dell'intervento JORIO – FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano 2004, 4.

atipici<sup>53</sup>, che riguardino l'impresa e non la società: quindi è sicuramente legittimo anticipare lo spossamento dell'azienda per garantirne l'esercizio controllato<sup>54</sup> mediante un commissario, un curatore speciale dell'impresa od un custode giudiziario dell'azienda, ma viceversa non è assolutamente ammissibile, a nostro avviso, nominare un amministratore giudiziario della persona giuridica, o del soggetto di diritto, a guisa del procedimento di cui all'art. 2409 c.c. come ha invece ritenuto, erroneamente, una certa giurisprudenza di merito<sup>55</sup>.

L'attività del custode/commissario, così come quella del curatore

<sup>53</sup> In questo senso Trib. Udine 11 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, 80. Per l'atipicità delle misure, cfr anche D'ORAZIO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di BONFATTI e PANZANI, Milano, 2008, 96; CAIAFA, *L'istruttoria prefallimentare: i provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 179.

<sup>54</sup> Trib. Verona 21 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2026 con nota di FABIANI (che ha fondato la misura sul presupposto che nel nostro sistema la tipicità delle misure cautelari si sfalda in presenza del provvedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.; facendo applicazione di questo principio lo spettro applicativo delle misure che possono essere accordate si amplia notevolmente specie se si osserva che l'espressione utilizzata nella norma abbraccia misure *conservative* e *cautelari* (più in generale), in funzione di tutelare non solo il patrimonio ma anche l'impresa in sé considerata). Nel provvedimento si è sancita, di fatto e attraverso l'affidamento al custode dell'azienda di poteri di amministrazione dell'impresa una sorta di «amministratore (giudiziario) dell'impresa» (in senso conforme in dottrina, VITIELLO, *I presupposti del fallimento*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Torino, 2008, 22; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 54; D'ORAZIO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 96; FERRO, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari patrimoniali*, cit., 30). La particolare innovatività della misura sembra essere quella di attribuzione al custode-amministratore di poteri analoghi a quelli del curatore provvisorio e cioè di un soggetto che sia posto nelle condizioni di gestire l'impresa insolvente non tanto e non solo in funzione protettiva o per una liquidazione controllata, quanto piuttosto in funzione di poter governare la crisi anche con gli strumenti della autonomia negoziale (FABIANI, *Contratto e processo cit.*, 63).

<sup>55</sup> Si è ritenuto che il provvedimento interinale potrebbe avere il contenuto più vario, fino alla sostituzione dell'imprenditore con un amministratore di tipo giudiziale sulla base di una "affinità concettuale" con l'art. 2409 c.c. inertizzando temporaneamente la figura dell'amministratore (così Trib. Monza, 11 febbraio 2009, cit. con nota di FERRO, *La revoca cit.*; in *Dir. fall.*, 2009, II, 345, con nota di INZITARI, *Sostituzione cautelare dell'amministratore per l'istruttoria prefallimentare ex art. 15, penultimo comma, legge fallimentare*). Nello stesso senso [Trib. Napoli, 23 giugno 2009](#), rel. Dongiacomo in *www.ilcaso.it*, I, 2041/2010 (che revoca tutti i componenti del consiglio di amministrazione in carica e designa un amministratore giudiziario, cui attribuisce, in funzione della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio aziendale e della sua capacità produttiva, tutti i poteri di gestione e di amministrazione ordinaria e, con l'autorizzazione del collegio, di amministrazione straordinaria della società resistente e della sua impresa, con il compito di riferire al tribunale sull'attività svolta e i relativi risultati ogni sette giorni); [Trib. Latina, 10 dicembre 2009](#), rel. Marcelli, in *www.ilcaso.it*, I, 2038/2010 (che addirittura nell'ambito di un procedimento per la revoca di un concordato preventivo, ex art. 173 l. fall., sulla base di un ricorso di fallimento presentato dal P.M. dopo l'ammissione alla procedura, ha sostituito il liquidatore volontario della società con uno giudiziale fino alla conclusione del procedimento di revoca).

fallimentare, non può incidere formalmente sulla società-persona giuridica, né sulla sua “proprietà” e la sua organizzazione; se pure possa determinarne in deroga alla disciplina societaria comune (artt. 2437, 2473 e 2479 c.c.) lo svuotamento e la modifica sostanziale dell’oggetto sociale, finalizzati nella fattispecie alla continuazione indiretta dell’impresa.

L’errore concettuale di confondere il custode giudiziario dell’azienda od il commissario\ispettore giudiziale dell’impresa con l’amministratore giudiziario\legale rappresentante della società, è in realtà ricorrente, anche in sede di sequestro preventivo penale *ex art.* 321 c.p.p.<sup>56</sup>, e va per questo evidenziato al fine di evitare che si consolidi una prassi destinata a produrre provvedimenti abnormi<sup>57</sup>. E’ quasi ultroneo precisare che l’imprenditore è il *soggetto* che esercita l’attività economica organizzata per produrre beni e servizi per il mercato (art. 2082 c.c.), l’*impresa* è tale attività economica, la *società* è il soggetto (persona giuridica se di capitali) imprenditore collettivo che esercita l’attività. Lo strumento per esercitare l’attività d’impresa è l’*azienda* (art. 2555) che non è l’imprenditore individuale o collettivo, non è la società, non è l’impresa, ma è un bene complesso, ossia il complesso dei beni e dei rapporti utilizzati dall’imprenditore individuale o dalla *società* per l’esercizio dell’impresa<sup>58</sup>.

Fin dalla *taberna* di diritto romano (antesignano storico) e ripercorrendo l’elaborazione dottrinale in tema di azienda, che ha impegnato per lustri la dottrina<sup>59</sup>, si è affermato che l’azienda è qualificabile come una pluralità di beni unificati dalla unitaria destinazione produttiva, ed in quanto tale, oggetto di rapporti di diritto pubblico e di diritto privato.

Si badi bene *oggetto e non soggetto* come è invece l’imprenditore individuale o l’imprenditore collettivo, come la società, che è soggetto

<sup>56</sup> Cfr. al riguardo [Trib. Napoli, 6 agosto 2009](#), in [www.ilcaso.it](#), I, 1841/2009.

<sup>57</sup> Esprime preoccupazioni in ordine alle relazioni fra gestione dell’impresa e della società anche FERRO, *Sub art. 15*, cit., 123, pur in un contesto in cui si riconosce la possibilità di nominare un mandatario che agisca secondo le direttive del tribunale.

<sup>58</sup> Si è ricordato che nella *Ley concursal*, il richiamo alle misure cautelari della *Ley de enjuiciamiento civil* consente la nomina, *ex art.* 727 n. 2 di un amministratore [giudiziario] di beni produttivi (FABIANI, *Contratto e processo* cit., 61)

<sup>59</sup> I primi riferimenti all’azienda o meglio alla c.d. *taberna* si ritrovano addirittura in diritto romano, dopo di che bisogna aspettare sino alla metà del XIX secolo e lo sviluppo del capitalismo industriale e commerciale per trovare nuove elaborazioni in materia. Le teorie formulate nell’ultimo secolo sulla natura giuridica dell’azienda sono numerosissime, tuttavia è possibile raggrupparle in alcune concezioni principali (al riguardo COLOMBO, *L’azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da Galgano, vol. III, Padova, 1979, p. 5 s.; e per una esposizione delle diverse teorie prima e dopo il codice del 1942, VANZETTI, *Trent’anni di studi sull’azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 32 s., e ROTONDI, *Trattato di diritto dell’industria*, I, Padova, 1929, p. 32 s.).

autonomo di diritto e, quando società di capitali, vera e propria persona giuridica.

Il soggetto di diritto essendo soggetto, e non oggetto, non può essere esso stesso oggetto di spossessamento, sequestro, vendita o espropriazione (a differenza dei beni che ne costituiscono il patrimonio) e pertanto il provvedimento cautelare non può riguardare la *governance* della società ma tutt'al più la gestione dell'impresa<sup>60</sup>, se non ancora meglio dell'azienda<sup>61</sup>.

Per finire è decisivo rilevare, sul *piano processuale*, l'inammissibilità di un provvedimento cautelare che produca effetti anticipatori che *neppure la sentenza definitiva*, da emettere in quel procedimento, sia in grado di produrre<sup>62</sup> o che comunque sia propedeutico ad anticipare gli effetti di altro tipo di procedura (ad esempio il concordato preventivo)<sup>63</sup>. Infatti, la

<sup>60</sup> Autorevole dottrina proprio al fine di evitare confusioni concettuali e terminologiche ha criticato la formulazione dell'ottavo comma dell'art. 15 l. fall. nella parte in cui fa riferimento all'impresa, invece che, più correttamente all'azienda (PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di OLIVIERI – PISCITELLO, Napoli, 2007, 11)

<sup>61</sup> Nello stesso senso ampiamente FABIANI, *Contratto e processo* cit., 62 (secondo cui la soluzione percorribile è la nomina di un custode dell'azienda (o dell'impresa) o di un amministratore giudiziario se del caso con l'attribuzione dei poteri del curatore provvisorio tedesco o dell'*administrator* della procedura inglese di *administration*); FERRO, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari patrimoniali*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di FABIANI e PATTI, Milano 2006, 30 parla invece di "curatore speciale". Sul tema dell'affidamento dell'amministrazione dell'impresa ad un terzo, cfr. anche FABIANI, *Le misure cautelari fra tutela del credito e nuovo fallimento come tecnica di conquista dell'impresa insolvente*, in AA.VV., *Temie del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. Palmieri, Torino, 2009, 53 (che prospetta tanto la designazione di un custode giudiziario dell'impresa che possa stipulare un contratto di affitto d'azienda, allo scopo di evitare un aggravamento delle passività nel regime di continuità imprenditoriale, quanto il semplice affidamento ad un custode o un esperto dell'incarico di 'stabilizzare' le passività, in funzione di agevolare gli scenari che si possono aprire dopo il fallimento).

<sup>62</sup> Si è detto che deve trattarsi di provvedimenti, anticipatori o conservativi, strumentali rispetto alla sentenza dichiarativa di fallimento e che quindi non possono avere effetti anticipatori o conservativi ulteriori rispetto a quelli prodotti da tale sentenza (CELENTANO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in CELENTANO – FORGILLO, *Fallimenti e Concordati*, Milano, 2008, 140).

<sup>63</sup> Trib. Monza 20 novembre 2009, cit., afferma correttamente l'inammissibilità di tali misure per anticipare *extra ordinem* gli effetti conservativi connessi alla instaurazione di altre procedure concorsuali "minori", peraltro ricondotti dalle norme di legge specifiche (ad esempio, nel caso di specie l'art. 168 l. fall.) ad altri specifici incombenti. Nello stesso senso [Trib. Biella, 9 ottobre 2009](#), in [www.ilcaso.it](#), I, 1982/2010, che a fronte della richiesta di affiancare al liquidatore di una società che aveva presentato domanda di concordato preventivo un *custode-coadiuvante* per gli atti di straordinaria amministrazione, ha statuito che il disposto dell'art. 15 comma 8, l. fall., non è applicabile in via analogica al procedimento per concordato preventivo (in particolare si è rilevato che mentre l'istanza di fallimento può essere presentata anche dai creditori e dal PM, che possono chiedere l'adozione di cautele, ciò non avviene nella fase della procedura di concordato che si avvia e si conclude su impulso esclusivo del debitore che vuole avvalersi del beneficio concessogli

dichiarazione di fallimento non determina, né è in grado di determinare, la sostituzione degli organi della persona giuridica, la quale rimane in vita e viene semplicemente spossessata del patrimonio. Il curatore fallimentare non è certamente il legale rappresentante della società fallita, né il suo nuovo amministratore.

Se è così a maggior ragione è inammissibile che ciò possa avvenire addirittura prima del fallimento in virtù di un provvedimento cautelare, in assenza di una espressa norma che incida sull'organizzazione corporativa, come avviene ad esempio con l'art. 2409 c.c.<sup>64</sup>.

L'art. 2484 c.c., infatti, non prevede più il fallimento tra le cause di scioglimento (o addirittura di estinzione) della società<sup>65</sup> e, dunque, gli organi sociali continuano a esistere durante la procedura concorsuale. La

---

dalla legge. In senso opposto e in modo per niente condivisibile, come visto, Trib. Latina 10 dicembre 2009, cit.

<sup>64</sup> Si è osservato infatti che in caso di revoca cautelare degli amministratori *ex art. 15 l. fall.*, con la sentenza di fallimento, ed a maggior ragione con il decreto di rigetto del ricorso, vi dovrebbe essere il ripristino pieno della carica sociale, visto che l'istruttoria prefallimentare non ha per oggetto né lo scioglimento della società capitalistica, né la rimozione dei suoi organi sociali e dunque «la misura protettiva orientata alla tutela del patrimonio e dell'azienda, ove tange invece formula imprenditoriale e *governance* societaria, dovrebbe assumere un congegno provvisorio di pubblicizzazione dell'intervento sostitutivo sulla gestione ed al contempo di mera sospensione del funzionamento della carica sociale, resa inerte nei soli limiti di quanto necessario appunto per la predetta tutela» (FERRO, *La revoca* cit., 860).

<sup>65</sup> La riforma del diritto societario ha modificato l'ultimo comma dell'art. 2448, c.c. vecchio testo, eliminando tra le cause di scioglimento il provvedimento che dispone la liquidazione coatta amministrativa e la dichiarazione di fallimento. Ebbene, le ragioni che hanno indotto il legislatore a modificare il testo normativo, possono probabilmente, stando ad una lettura evolutiva del precetto, rinvenirsi nella mutata *ratio* che già i progetti di riforma della legge fallimentare attribuivano alla dichiarazione di fallimento ovvero alla liquidazione coatta amministrativa. Infatti, mentre lo scioglimento della società caduta in dissesto, comminato dalla normativa del '42, trovava radice in una prospettiva sanzionatoria estesa anche a livello di esistenza dell'imprenditore divenuto oramai incapace di far fronte ai propri impegni in termini di normalità, la conservazione di una simile disciplina mal si armonizzerebbe con il nuovo impianto normativo dell'insolvenza commerciale. Ricondurre alla dichiarazione di fallimento lo scioglimento della società appare «addirittura contraddittorio, se non altro per la ragione che, così facendo, da un lato continuerebbero a porsi i tradizionali dubbi in ordine alla compatibilità, ai sensi dell'attuale art. 2488 c.c. tra lo stato di liquidazione e le operazioni di riorganizzazione della società, e, dall'altro, l'eventuale ripresa della piena operatività dell'organizzazione al termine della procedura risulterebbe meno agevole, richiedendo l'adozione di una deliberazione, quella appunto di revoca della liquidazione, nei confronti della quale i creditori sociali sono legittimati ad opporsi .. e che rappresenta una causa di recesso inderogabile ... comune a tutte le società di capitali». In tal senso, «ricondurre la portata normativa del fallimento a quella di altre cause di scioglimento significa, a ben vedere, negare qualsiasi rilevanza applicativa non solo alla espressa menzione del fallimento come causa di scioglimento delle società di persone, ma anche, e soprattutto, alla eliminazione dello stesso dal novero delle ipotesi dissolutive delle società di capitali» (così, G. FERRI, JR, *Fallimento e scioglimento delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 10).

società continua a vivere attraverso i suoi organi, sia pure in forma ridotta, essendo esclusa la possibilità di esercitare la normale attività commerciale, così come di contrarre nuove obbligazioni e, in definitiva, di disporre del patrimonio sociale <sup>66</sup>.

La dichiarazione di fallimento, non comporta il venir meno dell'organizzazione sociale né la cessazione del rapporto che lega la società agli amministratori, i quali conservano i poteri funzionali alle necessità della procedura concorsuale e all'esigenza di assicurare alla società fallita la possibilità di tutelare i propri interessi nei confronti degli organi fallimentari <sup>67</sup>. Un volta chiusa la procedura dovrà poi verificarsi se essa ha lasciato effetti dissolutivi sull'ente <sup>68</sup>. In quest'ottica, lo scioglimento potrà verificarsi solo ed in quanto, all'esito della chiusura della procedura, si verifichi, in termini immediati, una delle cause di cui all'art. 2484 c.c. <sup>69</sup>.

La scelta del legislatore trova anche un preciso rilievo sistematico laddove si pensi alla possibilità – compatibilmente alle esigenze della procedura stessa – di dare vita ad operazioni di trasformazione, fusione, scissione, ricapitalizzazione, a conferma della continuazione “funzionale” della attività sociale, seppure nei limiti di compatibilità col fallimento.

Ebbene, la realizzazione di tali operazioni in concomitanza al fallimento premette e implica la permanenza in capo alla società del potere di mantenere le proprie prerogative funzionali nel rispetto delle esigenze della procedura <sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> FIMMANÒ – ESPOSITO - TRAVERSA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2005.

<sup>67</sup> Conseguentemente - poiché nell'attività d'impresa, che implica di per sé atti di disposizione, ai fini della delimitazione dei poteri dell'amministratore, deve aversi riguardo alla nozione di atti pertinenti alla gestione normale dell'impresa esercitata - l'amministratore della società fallita può impugnare con ricorso per cassazione, senza che sia a tal fine necessaria una delibera assembleare di autorizzazione, i provvedimenti resi dal tribunale fallimentare in sede di reclamo avverso i decreti del giudice delegato che dispongono la vendita di beni fallimentari.

<sup>68</sup> La norma assume, allora, anche un immediato valore precettivo. Non necessariamente la società in fallimento – chiusa la procedura – dovrà dirsi in liquidazione. Infatti, la società in fallimento non vede modificata la propria organizzazione se non per i fini della procedura, sicché questa viene funzionalizzata alla procedura. Eliminata questa, viene a cadere la causa della funzionalizzazione e dovrà verificarsi se questo adattamento è stato letale o meno.

<sup>69</sup> Al termine della procedura, gli organi sociali riprenderanno appieno la loro capacità funzionale, sì da verificare e decidere – in esito alle condizioni nelle quali la società è sopravvissuta – le scelte più opportune in esito alla continuazione ovvero allo scioglimento della società anche per verificarsi di una delle condizioni di cui all'art. 2484 c.c..

<sup>70</sup> E' stata recepita la teoria che vede nel fallimento una ipotesi dissolutiva inetta ad operare immediatamente e definitivamente sul contratto o sul rapporto sociale ed a riflettersi sull'assetto organizzativo della società, giacché al suo sopravvenire produce, con il suo caratteristico effetto di spossessamento solo una sorta di congelamento temporaneo dell'oggetto e dello scopo, attualizzandosi lo scioglimento - o meglio il suo effetto naturale consistente nell'avvio e nella

Ancora, la mancata indicazione del fallimento tra le cause di scioglimento della società ha risolto anche un imbarazzo ermeneutico creato dalla precedente formulazione normativa in ragione del quale la dichiarazione di fallimento, pur determinando lo scioglimento della società, a differenza delle altre cause di scioglimento di cui all'art. 2448, comma 1, c.c., non comportava il venir meno dell'organizzazione sociale né la cessazione del rapporto organico tra società ed amministratori, i quali conservavano i poteri funzionali alle necessità della procedura e all'esigenza di assicurare alla società fallita la possibilità di tutelare i propri interessi. Si assisteva così ad una liquidazione senza i liquidatori ma con degli amministratori<sup>71</sup>.

Imbarazzo ermeneutico che aveva indotto la dottrina a giustificare la previsione solo in termini sanzionatori non spiegandosi altrimenti il motivo per il quale la dichiarazione di fallimento - ponendo capo ad una procedura, di per sé intesa solo ad assoggettare ad esecuzione forzata e con effetto di concorso il patrimonio pignorabile del debitore società ed al cui svolgimento non sarebbe funzionalmente coesistente la disgregazione del soggetto passivo - ne provoca lo scioglimento. Grazie alla attuale formulazione normativa, invece, alla chiusura del fallimento saranno lasciate all'ente stesso, ed ai suoi organi ritornati nella pienezza delle funzioni, le scelte rese opportune dalle condizioni in cui l'evento\procedura ha lasciato la società<sup>72</sup>.

---

coltivazione della liquidazione – solo se alla chiusura della procedura concorsuale non venga ristabilita ( vuoi per obiettiva impossibilità, vuoi per inerzia di amministratori o soci) la piena operatività della società, la quale pertanto in questo - e solo in questo – caso è destinata fatalmente ad estinguersi previa liquidazione : si tratterebbe dunque di una fattispecie dissolutiva a carattere complesso e ad efficacia differita – nonché eventuale – nel tempo. Il fallimento, allora, è solo il possibile antecedente logico giuridico della liquidazione, alla quale non è legato da un vincolo di indissolubilità.

<sup>71</sup> In tal modo, chiusa la procedura fallimentare la società avrebbe vissuto comunque una condizione di scioglimento con obbligo degli amministratori di attivarsi per la nomina dei liquidatori ovvero per la richiesta di revoca dello stato di liquidazione (Cass. ,7 maggio 1999, n.4584, in *Dir. Fall.*, 1999, II).

<sup>72</sup> Neanche è più giustificabile la opinione che riconduceva la dichiarazione di fallimento alla impossibilità definitiva di conseguimento dell'oggetto sociale precludendone di fatto la realizzazione. Oggi più che mai tale interpretazione non resiste ad alcune eccezioni: la prima è che la impossibilità di raggiungimento dell'oggetto sociale non è più di per sé causa di scioglimento della società dovendosi esprimere definitivamente la assemblea all'uopo convocata anche attraverso la mancata adozione di provvedimenti; la seconda è data dal fatto che – come esattamente osservato - non può confondersi l'effetto con la causa; inoltre le fattispecie dissolutive del fallimento e dell'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale sono autonome.