

GLI ORGANI DEL FALLIMENTO DOPO LA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE

E' noto che la riforma della legge fallimentare nell'innovare profondamente il modello di fallimento disegnato dal legislatore del 1942, caratterizzato da un impianto di natura pubblicistica, ove il ruolo centrale nella gestione della procedura era affidato al giudice delegato, nel rimodellare quasi completamente gli organi della procedura fallimentare, ha invece attribuito una serie di poteri molto ampi al curatore e al comitato dei creditori i quali vengono ad assumere un ruolo centrale nella gestione della procedura, conformemente ad una impostazione di stampo prevalentemente privatistica della procedura, anche se con una non chiara scelta di campo fra i due modelli, essendo il sistema ispirato ad una ibrida commistione di elementi propri del modello del 1942 e di elementi ispirati ad una visione maggiormente incentrata sugli interessi dei creditori.¹

Mentre i poteri del Tribunale sono rimasti praticamente immutati, quale organo sovraordinato di controllo e di integrazione dei poteri degli altri organi a lui sottoposti, il ruolo del giudice delegato è stato fortemente ridimensionato e depotenziato a vantaggio dei poteri del curatore, del comitato dei creditori e degli stessi singoli creditori (v art. 37 bis l. fall.), in un'ottica di privatizzazione dell'insolvenza e di rinnovata centralità degli interessi dei creditori nella procedura, che veniva da tempo auspicata, per adeguare la procedura

¹ Sulla riforma della legge fallimentare in generale v. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2006, Jorio – Fabiani (*Commentario diretto da*) *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna – Roma, 2007, Santangeli, (a cura di) *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento*, Torino, 2006, Apice – Mancinelli, *Manuale breve di diritto fallimentare*, Milano, 2006, Bozza, *Commento breve alla riforma fallimentare*, Lodi, 2006, Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, Ianniello, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2006, Ambrosini (a cura di) *La riforma della legge fallimentare*, Bologna - Roma, 2006, Nigro – Sandulli, *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, Tedeschi, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2006, Bonfatti – Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova , 2007, (a cura di) S. Ronco , *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, L. Stanghellini, *Crisi d'impresa fra diritto e economia, Le procedure di insolvenza*, Bologna , 2007.

fallimentare al dettato del nuovo art. 111 della Costituzione e quindi al ruolo di terzietà del giudice, anche delegato.²

Lo storico ruolo del giudice delegato trovava la sua ragione nell'impronta eminentemente pubblicistica della legge del 1942, caratterizzata da un accentuata impostazione sanzionatoria del fallimento e dirigistica della procedura, volta principalmente alla liquidazione del patrimonio del debitore fallito e alla sua eliminazione dal mercato, con la vendita dei singoli cespiti in maniera disgregata e che rappresentava una reazione agli aspetti degenerativi assunti dal sistema del codice di commercio del 1882, ove il ruolo centrale di gestione della procedura era affidato ai creditori attraverso i loro organi rappresentati dalla delegazione dei creditori e dall'assemblea degli stessi.

A questa esperienza negativa il legislatore aveva messo un freno già nel 1930 con la legge n. 395/30 che aveva sancito il carattere di pubblico interesse dell'amministrazione fallimentare, affidata al giudice delegato, con l'ausilio del curatore, anch'esso pubblico ufficiale.³

Nel codice di commercio del 1882 il curatore veniva nominato dal Tribunale con la sentenza dichiarativa di fallimento, tra persone estranee alla massa dei creditori, che non fossero parenti o affini del fallito sino al quarto grado

² Cfr. per una critica emblematica dell'impostazione della legge del 1942, ancora in anni lontani e dopo alcuni decenni di applicazione, F. Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 59 e ss. ove l'autore sottolineava che la legge del 1942 dettava un regolamento teorico, senza aderenza agli interessi in gioco, in quanto i creditori non hanno voce in capitolo nella procedura, le cui leve sono concentrate nelle mani del curatore e del giudice delegato: sono degli interessati, pressoché ridotti alla condizione di incapaci per quanto attiene alla tutela dei loro interessi nel fallimento evidenziando inoltre la gravità della circostanza che gli stessi non vengano neppure interpellati sulla nomina del curatore e debbano starsene a quello fatta dal Tribunale, che per lo più avviene sulla base dei criteri dell'equa ripartizione degli incarichi e quindi in base agli interessi del professionista e non a quello dei creditori, che pur si vuol tutelare e ivi ulteriori richiami di dottrina; Cfr. anche Bozza, *Commento Breve alla riforma fallimentare*, Lodi, 2006, cit., p.24 e ss, il quale, pur con accenti molto critici sul modello scelto dal legislatore delegato, rammenta che l'auspicio della Corte Cost. espresso nel 1998, di bilanciamento dei valori costituzionali nel modellamento della figura del giudice delegato, è stato raccolto dal legislatore, che nel mutato rapporto fra economia e diritto, tra mercato e regole, tra autonomia privata e norme inderogabili, ha realizzato nella riforma un totale riequilibrio dei poteri degli organi fallimentari.

³ V. Nardo, commento agli artt. 23 – 41, in *Il nuovo Fallimento*, Milano, 2006, cit., p. 135 e ss. sui poteri del giudice delegato e del curatore in prospettiva comparata fra vecchia e nuova legge fallimentare e ivi richiami di dottrina, nonché Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, cit., p. 531 e ss. e in particolare per la ricostruzione storica del ruolo del giudice delegato, Guglielmucci, *Il ruolo del Giudice delegato*, in *Dir. Fall.*, 2003, III, p. 1029, nonché per la legge di riforma del 1930 Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, 169 e ss. e Bolaffio, *Il concordato preventivo, secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932.

inclusivamente (art 714) scelto preferibilmente, ove esisteva, nel ruolo dei curatori tenuto dalle camere di commercio o comunque fra persone diverse (artt.715 e 716) mentre poi lo stesso doveva essere confermato nella prima adunanza dei creditori con provvedimento definitivo del Tribunale, che poteva tuttavia conferire motivatamente tale ufficio anche ad una persona diversa da quella provvisoriamente nominata⁴.

In tale disciplina la nomina del curatore passava quindi attraverso tre fasi: una provvisoria di competenza del Tribunale, in sede di dichiarazione di fallimento, una seconda in cui la nomina pur essendo emanazione del Tribunale, era adjuvata dal parere dei creditori e una terza in cui era espressione della volontà dei creditori, controllata dal Tribunale.⁵

L'art. 691, n. 4 prevedeva infatti la riunione della prima adunanza dei creditori entro venti giorni dalla data della sentenza, per la nomina della delegazione di sorveglianza e per la consultazione intorno alla nomina definitiva del curatore, mentre nella successiva adunanza di chiusura della verifica dei crediti, o anche in un momento successivo, i creditori potevano chiedere al Tribunale la surrogazione del curatore con una persona di loro fiducia, essendo il Tribunale vincolato a tale richiesta che provenisse dalla maggioranza dei creditori ammessi, che divenivano pertanto i veri padroni della situazione, imponendo un curatore di loro gradimento anche al Tribunale, pure se questa eventualità era cosa piuttosto rara, non solo in Italia, ma anche in Francia e in Austria , che conoscevano una legislazione simile .⁶

In tal caso poi il curatore surrogato non poteva più essere sostituito su richiesta dei creditori , ma solo revocato dal Tribunale in base al sindacato

⁴ V. Bonelli, Commentario al Codice di commercio, Vol. VIII, Del fallimento, II, Milano, 1914, 13 e ss..

⁵ così il Bonelli, op. cit. , 13

⁶ v. sul punto, per la disciplina del fallimento sotto il vigore del codice di commercio oltre al citato Bonelli, in AA.VV., Commentario del codice di commercio, voll. VIII, Del fallimento, parte I e II , Milano, 1914, 3 e ss., Navarrini, Trattato di diritto commerciale, Vol. II, Milano, 1914, 234 e ss., Brunetti, op. cit. 189 e ss. ,Bollafio, Il diritto commerciale, Torino, 1922, 527 e ss., Cuzzi, Il Codice di commercio commentato, Del Fallimento, Torino, 1927 e Pipia , Del Fallimento, del concordato preventivo e dei piccoli fallimenti, Torino, 1927

previsto dall'art.720 cod. di comm, che poteva nominare una persona diversa dopo averlo sperimentato.⁷

Gli organi del fallimento in tale disciplina erano rappresentati dal Tribunale, dal giudice delegato, dal curatore, dall'assemblea dei creditori, e dalla delegazione dei creditori, e financo dal singolo creditore, figure le prime tutte, che non erano considerate dalla prevalente dottrina persone giuridiche, non rivestendo tale qualifica neppure la massa dei creditori, di cui gli ultimi due organi in questione erano l'espressione.

Il curatore secondo il codice di commercio del 1882, doveva essere persona estranea alla massa dei creditori concorsuali, mentre in precedenza nel vecchio codice del 1865 e in altre legislazioni era indifferente che il curatore fosse o meno un creditore del fallito, per ovviare ai possibili conflitti di interesse che potevano sorgere.

Nel codice di commercio del 1865, sulla scorta della legislazione francese, infatti era prevista la nomina dei sindaci provvisori nella sentenza dichiarativa di fallimento e la loro conferma o sostituzione definitiva da parte dell'assemblea dei creditori ai sensi dell'art. 567 ; tali sindaci potevano essere nominati nel numero massimo di tre, anche , ma non necessariamente fra persone estranee alla massa dei creditori, ma non fra i parenti e affini del fallito entro il quarto grado e nel caso di più sindaci gli stessi dovevano agire collettivamente e avevano il compito di effettuare l'inventario, relazionare il giudice delegato sulle cause del fallimento, riscuotere i crediti, transigere le liti e procedere alle vendite sotto il controllo e con l'autorizzazione del giudice delegato, oltre a promuovere le azioni conservative (art. 599)⁸.

Gli stessi avevano poi il compito di verificare i crediti con la presenza del giudice delegato e in contraddittorio con il fallito, salvo che per la verifica dei crediti dei sindaci stessi, che spettava a due dei maggiori creditori portati in bilancio chiamati a tal uopo dal giudice delegato.

⁷ v. Bonelli, op. cit. , 56 e ss.

⁸ v. ancora Brunetti, op. cit., 189 e ss.

In particolare il curatore sotto il vigore del codice di commercio del 1882 non era considerato né un rappresentante dei creditori, né tantomeno del fallito., quanto piuttosto un rappresentante indiretto degli interessi dei creditori e del fallito, cumulando in sé le posizioni dei creditori e del fallito, dato che con il fallimento essi erano privati della direzione e del controllo del patrimonio del debitore che in precedenza avevano, esercitando quei poteri, non in loro nome ma a nome dell'ente fallimentare e svolgeva anche funzioni di natura pubblicistica collaborando con il pubblico ministero e promuovendo il concordato fallimentare ex art.830, tanto che alcuni già lo consideravano come un pubblico ufficiale investito di poteri legali, che di volta in volta esplicava.⁹

È importante notare che le funzioni di curatore, con le modifiche apportate al codice di commercio con il D. 27.08.1913, contenente le norme sul funzionamento del giudice unico in prima istanza nei Tribunali, potevano essere svolte solamente da una persona, mentre altre legislazioni (francese ad esempio) ammettevano la possibilità di uno o più curatori, con gestione solidale o divisa o entrambe e l'unicità del curatore rimaneva ferma anche nel caso di più fallimenti tra loro coordinati come nelle società in nome collettivo.¹⁰

L'altro organo di natura gestoria era rappresentato dalla delegazione dei creditori, che aveva il compito di sorvegliare l'amministrazione del fallimento e veniva nominata fra dai creditori nella prima adunanza prefissa dalla sentenza di fallimento, nel numero di tre o cinque membri¹¹.

Tale nomina non era peraltro definitiva in quanto nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verifica dei crediti, ai sensi del secondo comma dell'art. 723 la maggioranza dei creditori verificati o ammessi al passivo

⁹ v ancora Bonelli, op. cit. , 26, brunetti, op. cit., 192 e per la seconda concezione , Navarrini, op. cit. , 272.

¹⁰ Bonelli, op. cit. ,13.

¹¹ Sull'origine storica della delegazione dei creditori, v. Brunetti, op. cit., 223 e ss.

poteva mutare i membri della delegazione, o alcuno di essi elevandone il numero da tre a cinque.

Il codice del 1882 introducendo il sistema del curatore unico e normalmente estraneo alla massa dei creditori, a differenza del codice di commercio del 1868, aveva creato un nuovo organo inteso ad esercitare un controllo sull'operato del curatore e con ampi poteri di sorveglianza e autorizzativi, dato che oltre a interrogare il fallito, il curatore e gli amministratori, e di convocare i creditori per il concordato, aveva il potere di sorvegliare l'esazione dei crediti, presenziare all'inventario, alla liquidazione e alla verifica nello stadio preparatorio, se il giudice l'ordinava, e dare il proprio parere consultivo sulle transazioni, sugli alimenti al fallito, la vendita dei mobili, la cessazione delle operazioni del fallimento per l'insufficienza dell'attivo e fungere da corpo deliberativo per le vendite immobiliari o dei mobili in massa.

Nel codice di commercio il ruolo del giudice delegato era già quello di sollecitare e dirigere tutte le operazioni fallimentari, autorizzando la vendita dei beni mobili e immobili e l'autonomia del curatore era limitata dai poteri autorizzativi attribuiti al giudice delegato, ma tuttavia il curatore non si atteggiava in una posizione subordinata rispetto agli organi giudiziari, essendo un rappresentante dei creditori, con un mandato generale ad amministrare e la cui nomina era affidata, dopo il provvedimento provvisorio del Tribunale, alla ratifica o surrogazione dei creditori, se nell'adunanza di chiusura della verifica dello stato passivo lo chiedeva una maggioranza qualificata di creditori (artt. 717 – 719 cod. comm.).¹²

Il giudice delegato aveva funzioni sia amministrative che giudiziarie, essendo rappresentate le prime nella direzione e nell'alta sorveglianza della procedura fallimentare (sorveglianza e controllo sull'operato del curatore), oltre che in funzioni di volontaria giurisdizione (nomine , autorizzazioni e

¹² v C. Vivante, op. cit. , p.392

liquidazioni) e di arbitramento (verifica preliminare) e le seconde dalle funzioni di istruttoria penale e di giurisdizione contenziosa autonoma (artt. 727 e ss) e non autonoma (relazione nelle cause di fallimento).¹³

Tali disposizioni che non avevano dato buona riuscita, erano poi state modificate nel 1930, quando con la legge 10.07.1930, n.995, che anticipava in parte il sistema della legge del 1942, in tema di organi della procedura, era stato non solo sottratto ai creditori il poter di chiedere la sostituzione del curatore affidandone la nomina definitiva al Tribunale, con la sentenza di fallimento ed erano state introdotte delle regole rigorose per la nomina a curatore, con la creazione del ruolo degli amministratori giudiziari, ma era anche stato ridisegnato il ruolo del giudice delegato, con l'accentramento nelle sue mani del ruolo di direzione della procedura, con obbligo del curatore di seguire le indicazioni del giudice e cumulo nella sua figura di funzioni sia amministrative che giurisdizionali, anche se l'art. 4, primo comma, della l. n. 995/30 stabiliva che il giudice delegato non poteva intervenire a comporre il collegio nei giudizi a cui si riferiva l'autorizzazione a stare in giudizio per il curatore, disposizione questa che non era stata riprodotta nella legge del 1942, dove si era abbandonato il precedente impianto del codice di commercio , integrato dalla riforma del 1930, che aveva cercato di evitare la sovrapposizione di funzioni giurisdizionali e amministrative del giudice delegato¹⁴.

La legge 10.07.1930, n.995 relativa alle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sui piccoli fallimenti aveva disposto significative modifiche al precedente impianto del procedimento fallimentare disciplinato dal codice di commercio, ridisegnando in maniera significativa i rapporti fra gli organi della procedura, introducendo il ruolo degli amministratori giudiziari fra

¹³ Bonelli, op. cit. , 95 e ss. e Navarrini, op. cit. , 276-277, che sottolinea come le funzioni del giudice delegato con il Decreto del 1913 erano state accresciute dato che lo stesso esercitava tutte le attribuzioni che spettavano secondo il cod. di comm. Al Tribunale, pur potendo il Presidente del tribunale con decreto surrogarsi al giudice delegato, nonché Brunetti, op. cit., 180.

¹⁴ v. Guglielmucci, op. cit. , p.1032., Brunetti, op cit., 183 e ss.

cui dovevano essere scelti i curatori, e stabilendo che la nomina del curatore era di esclusiva competenza del Tribunale con la sentenza di fallimento e aveva carattere definitivo, potendo lo stesso essere solamente revocato con sentenza dallo stesso Tribunale , sentito il P. M. , il curatore e il richiedente(art.3).

La legge ridefiniva inoltre all'art. 4 le funzioni del giudice delegato che assumeva la direzione dell'amministrazione del fallimento, dovendo il curatore seguire le sue istruzioni e non potendo stare in giudizio senza la sua autorizzazione, tuttavia la norma stabiliva , molto opportunamente che il giudice delegato non poteva far parte del collegio nei giudizi a cui si riferiva l'autorizzazione, pur potendo partecipare ai giudizi di opposizione allo stato passivo, regolati dall'art. 12 della stessa legge.

Anche la nomina della delegazione dei creditori prevista dall'art. 723 del cod. di comm. veniva attribuita dall'art. 6 al giudice delegato, in via provvisoria prima dell'adunanza di chiusura dello stato passivo, ove il giudice delegato lo avesse ritenuto opportuno, oppure in maniera definitiva dopo la chiusura dell'adunanza , su una lista di numero doppio votata a maggioranza dai creditori verificati e ammessi, con potere per il giudice di nominare anche il presidente e surrogare i membri, possibilmente scegliendoli dalla lista votata dai creditori.

Per contro la deliberazione sulla continuazione dell'esercizio provvisorio, temporaneamente autorizzato dal tribunale, o la ripresa dell'esercizio commerciale del fallito, rimaneva assegnata alla volontà dei creditori chirografari, in sede di chiusura dell'adunanza del processo verbale di verifica dei crediti.

L'art. 15 infine disponeva che l'alienazione in massa dei beni mobili, prevista dal codice di comm. all'art. 799 e l'autorizzazione alla vendita degli immobili richiesta dall'art. 800, venivano riservate alla decisione del giudice delegato,

che poteva anche autorizzare la vendita degli immobili a partito privato, ex art. 800, terzo comma, con dispensa dal primo incanto.

La legge del 1942 aveva infine completamente abbandonato il precedente sistema, attribuendo al giudice delegato sia funzioni amministrative e di gestione del patrimonio del fallito, sia giurisdizionali- contenziose, in posizione sovraordinata rispetto al curatore, essendogli attribuiti la direzione delle operazioni del fallimento e la vigilanza sull'operato dello stesso e il dibattito di questi ultimi anni, con la sempre più accentuata crisi della procedura fallimentare, marginalizzata dall'espansione delle procedure di liquidazione coatta amministrativa o di amministrazione straordinaria da un lato e dall'altro lato dal sempre più massiccio ricorso alle procedure di soluzione delle crisi di natura extragiudiziaria, si era incentrato sulla necessità di riformare il suo ruolo nell'ottica di privatizzazione dell'insolvenza e della maggior efficienza delle procedure concorsuali perseguita dal legislatore, oltre che di rispetto del principio costituzionale di terzietà del giudice.¹⁵

In particolare si sottolineava che nell'impianto della legge del 1942 al giudice delegato erano affidate un cumulo di funzioni sia processuali, che tutorie e cognitorie, che mal si attagliavano al principio fissato dal riformato art. 111 della costituzione, avendo il giudice nell'ambito delle prime l'obbligo di relazionare al Tribunale sugli affari di competenza del Collegio e il potere di emettere provvedimenti urgenti relativi alla conservazione del patrimonio del fallito, nell'ambito delle seconde il potere di autorizzazione il curatore a stare in giudizio e di nomina degli incaricati di prestare la propria opera in favore della procedura e la liquidazione del loro compenso, oltre all'autorizzazione al

¹⁵ v. Lo Cascio, Il giudice delegato, in Jorio – Fabiani, Il nuovo diritto fallimentare, cit., 462 e ss., Minutoli, Quale futuro per il giudice delegato, Fallimento, 2005, Limitone, Giudice delegato, in Ferro, Le insinuazioni al passivo, Padova, 2005, I, 355 e ss. e inoltre nella sterminata bibliografia sulla legge fallimentare del 1942, Provinciali. Trattato di diritto fallimentare, Milano, 1974, Ferrara, cit., e anche Ferrara –Borgioli, Il Fallimento, V ed., Milano, 1995, de Ferra, Manuale di diritto fallimentare, Milano, 1997, Pajardi, Manuale di diritto fallimentare, Milano, 1991, Satta - Vaccarella, III ed., Diritto fallimentare, Padova, 1996, Cuneo , Le procedure concorsuali, Milano, 1988, Ragusa Maggiore – Costa (a cura di) Le procedure Concorsuali, Torino, 1997, Jorio, Il Fallimento, Milano, 2000, Bonsignori , Diritto fallimentare, Padova, 1988, Azzolina, Il fallimento e le altre procedure concorsuali, Torino, 1961, De Semo, Diritto fallimentare, Padova, 1968 .

compimento degli atti di straordinaria amministrazione (salvo quelli di valore superiore alle £. 200.000 di competenza del collegio) e nell'ambito delle terze, il compito di formazione dello stato passivo, dell'adunanza dei creditori e dell'esecutività dello stato passivo e della fase delle impugnazioni e che si poteva anche distinguere le funzioni del giudice delegato sotto il profilo del rito, distinguendosi fra rito sommario del procedimento fallimentare vero e proprio e rito a cognizione piena, dei giudizi di opposizione allo stato passivo o di impugnazione o revocazione dei crediti ammessi.

Non si dimentichi che in anni recenti il ruolo del giudice delegato era stato più volte sottoposto a verifica di costituzionalità in riferimento all'art. 111 Cost., in particolare per quanto atteneva alla legittimità di partecipazione dello stesso al collegio chiamato a decider sul reclamo contro i provvedimenti decisori da lui emanati o al collegio chiamato a decider i giudizi di opposizione allo stato passivo (la cui legittimità si basava tutta - secondo la legge del 1942 - sul carattere di cognizione sommaria dei provvedimenti giurisdizionali del giudice delegato, affini ai procedimenti monitori e sul carattere non contenzioso del procedimento di cui all'art 26 l fall., come affermava la relazione del Guardasigilli alla legge del 1942 e sul carattere di cognizione piena dei procedimenti di opposizione e impugnazione dei crediti ammessi), e che la Corte costituzionale pur avendo respinto le questioni di legittimità sollevate, non essendo possibile per la Corte andare ad incidere tanto profondamente nella struttura del processo fallimentare, da scardinarlo, aveva auspicato un intervento del legislatore che mirasse ad un equilibrato bilanciamento dei diversi valori costituzionali in gioco.¹⁶

¹⁶ v. Corte Cost. 6.11.1998, n. 363 secondo cui: " non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale - sollevate in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. - dell'art. 51, numero 4, cod. proc. civ., <<in quanto non prevede l'obbligo di astensione del giudice delegato al fallimento, chiamato a comporre il collegio in sede di reclamo avverso i provvedimenti decisori da lui stesso emessi ed incidenti su diritti soggettivi>>, e degli artt. 23, 25, numero 1, e 26 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), <<rispettivamente, nella parte in cui prevedono che il giudice delegato riferisca al tribunale in caso di richiesta di provvedimento collegiale anche quando si tratti di reclamo avverso provvedimenti da lui stesso emessi e nella parte in cui non escludono, nella stessa ipotesi, la partecipazione al collegio di detto giudice>>, poiché, premesso che la qualificazione del reclamo, risultante dall'art. 739 cod. proc. civ., come grado ulteriore del giudizio non è

Questo modello di legge fallimentare, messo in crisi, non solo dai principi del giusto processo, ma soprattutto dall'evoluzione economica e in particolare dalla necessità di volgere le finalità della legge fallimentare da un ruolo soprattutto liquidatorio del patrimonio del fallito e volto al mero soddisfacimento delle ragioni dei creditori, ad un ruolo anche, pur se non solo, di salvaguardia dei complessi produttivi e dei posti di lavoro e quindi di recupero dell'impresa (procedure di regolazione della crisi dell'impresa, che privilegiano, ove possibile la conservazione del patrimonio produttivo, attraverso la ristrutturazione e/o la cessione dei complessi aziendali, sulla scorta delle esperienze anche straniere), oltre che di tutela dei soggetti terzi dai rischi delle azioni recuperatorie del curatore, appare essere stato abbandonato dal legislatore, pur se con qualche incertezza¹⁷.

In particolare nel nuovo sistema il giudice delegato ha assunto il ruolo di organo di vigilanza e controllo sull'operato del curatore, del comitato dei creditori e sugli altri incaricati di prestare la propria opera nell'interesse del fallimento attinente alla regolarità formale della procedura (... esercita

estensibile al reclamo fallimentare - il quale rimane nell'ambito della stessa fase processuale e costituisce un momento dell'iter della procedura concorsuale, le cui peculiarità impongono speciali esigenze di continuità delle quali il giudice delegato è sostanzialmente il garante - ne consegue la non operatività, nella specie, dell'art. 51, numero 4, cod. proc. civ., e, quindi, la mancanza di un obbligo di astensione.

Peraltro, la peculiare disciplina fallimentare, che si manifesta segnatamente sul piano degli effetti sostanziali del fallimento, rende impossibile la comparazione della posizione dei creditori che agiscono esecutivamente al di fuori delle procedure concorsuali - richiamata quale 'tertium comparationis' dal giudice rimettente nel prospettare la violazione dell'art. 3 Cost. - con la posizione dei creditori fallimentari: la Corte ha, infatti, affermato di recente, in proposito, che <<la declaratoria di fallimento, da cui discende la necessità concorsualità delle azioni esecutive dei creditori, vale a legittimare la diversità di disciplina che il legislatore detta in relazione alle situazioni poste a raffronto>> e anche l'ordinanza n. 75/2002 sempre della Corte Costituzionale, che afferma la : "Manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 98 e 99 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nella parte in cui, rispettivamente, prevedono in materia fallimentare che il ricorso in opposizione allo stato passivo sia presentato al giudice delegato (art. 98) e che il giudice delegato sia il giudice istruttore della causa di opposizione (art. 99); assumendosi con ciò la violazione dell'art. 111 della Costituzione, nel testo novellato, e del principio di imparzialità del giudice. Principio, questo, che risulta, al contrario, pienamente tutelato anche anteriormente alla modifica costituzionale dell'art. 111 predetto, sicché restano validi - e vanno confermati, in mancanza di profili nuovi o diversi - gli argomenti svolti in precedenti pronunce (da ultimo, nella ordinanza n. 167 del 2001); dovendo essere ribadita, in particolare, la netta distinzione tra la cognizione sommaria del giudice delegato e quella piena del giudice dell'opposizione, e tra la formazione dello stato passivo e la pronuncia sulla opposizione, la quale soltanto è suscettibile di assumere effetti di giudicato.

- V. anche su analoga questione ordinanza n. 167/2001 e, in precedenza, sentenze n. 94/1975, n. 158/1970, ordinanza n. 304/1998 (qui richiamate)".

¹⁷ V. Guglielmucci, Diritto fallimentare, Torino, 2006, 6 e ss.

funzioni di vigilanza e controllo sulla regolarità della procedura), senza sindacato di merito e un residuo ruolo di organo amministrativo di autorizzazione a determinati e più significativi atti di gestione, quali l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, all'affitto dell'azienda, all'approvazione del programma di liquidazione, alla vendita anticipata dei beni ex art. 104 ter, 7° comma, alla sospensione della vendita nelle ipotesi di cui all'art. 108, primo comma o alla costituzione in giudizio del curatore o alla nomina degli arbitri o di organo che si sostituisce nei compiti del comitato dei creditori in sua assenza o inerzia (art. 41 l. fall.), mentre ha perso il ruolo di direzione delle operazioni del fallimento, in precedenza esercitate, essendo tale espressione stata esplicitamente abrogata nell'art. 25, primo comma, l. fall..¹⁸

In particolare i compiti di sorveglianza, come nella precedente disciplina vengono svolti mediante strumenti informativi, quali la relazione del curatore e le successive relazioni periodiche sull'andamento della procedura o sugli atti di straordinaria amministrazione di ammontare superiore ad un determinato importo, oppure mediante le richieste di chiarimenti e di notizie, l'acquisizione di documenti e gli accessi in loco, o mediante strumenti di iniziativa quali la discrezionale convocazione del curatore e del comitato dei creditori.¹⁹

L'art. 25 nella sua nuova formulazione prevede infatti che il giudice delegato oltre a riferire al Collegio sugli affari riservati a tale organo, emette e provoca i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio (vale a dire su

¹⁸ sugli organi del fallimento dopo la riforma v. C. Ferri, Gli organi del fallimento, in *Il Fallimento*, 10/2006, 1225, I. Pagni, Il controllo sugli atti degli organi della procedura fallimentare (e le nuove regole della tutela giurisdizionale), in *Il Fallimento*, 2/2007, 140, F. Michelotti, Il comitato dei creditori : nomina , attribuzioni, responsabilità e funzionamento, in *Dir. Fall.*, 2006, 735, A. Ferretti, Le funzioni del curatore fallimentare, Milano, 2006, *Formulario annotato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Guglielmucci, Padova, 2006, G. Sansone, commento agli artt. 23 – 41 l fall., R. Vigo, Poteri re rappresentatività del nuovo comitato dei creditori, in *Rivista di Dir. Civile*, 2007, n.2, II, 113, Bersani, La competenza degli organi della procedura nella nuova legge fallimentare, in *Impresa*, 4/ 2006, 572 e Orlandi – Bagaglio, Il nuovo diritto fallimentare fra innovazione e conservazione (i poteri degli organi del fallimento ai sensi del d. lgs. n.5/2006) in *Impresa*, 4/2006, 578.

¹⁹ v. Guglielmucci, op. cit., 75 e Lo Cascio, op. cit., 472 .

beni che non si trovino nel possesso o detenzione del fallito, nel qual caso si ricorre all'inventario), ad esclusione di quelli che incidono sui diritti dei terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione (c. d. decreti di acquisizione , che non possono tuttavia essere emessi se l'appartenenza dei beni al fallito venga contestata), dato che in questo caso il provvedimento sarebbe radicalmente inesistente e impugnabile con l'actio nullitatis.²⁰

Inoltre il giudice delegato provvede alla convocazione del curatore e del comitato dei creditori nei casi previsti dalla legge e anche ogniqualvolta lo ritenga opportuno per il corretto e sollecito svolgimento della procedura e su proposta del curatore liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito ai prestatori d'opera nell'interesse del fallimento, oltre a nominare gli arbitri verificandone i poteri.

Per contro la nuova formulazione dell'art. 25, n.6 prevede che il giudice delegato debba solamente autorizzare il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto, provvedendo al rilascio del relativo decreto per singoli atti e per ogni singolo grado del giudizio, con esclusione delle contestazioni ex art. 98 e delle tardive di crediti, di diritti di terzi sui beni acquisiti dal fallimento e impugnazione di atti del giudice delegato, ma non prevede più la nomina del difensore da parte del giudice delegato, a cui rimane peraltro il potere di liquidare i compensi e disporre la revoca dello stesso, analogamente a quanto previsto per gli altri professionisti incaricati dal curatore, in tal senso sovrapponendosi alle valutazioni dello stesso curatore e del comitato dei creditori.

Se la disposizione relativa alla liquidazione dei compensi si giustifica con la creazione di un meccanismo che consente la possibilità di impugnazione del provvedimento, la revoca del professionista e degli altri prestatori d'opera nominati dal curatore, sembra assumere una portata derogatoria delle nuove

²⁰ secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, v. per tutte Cass., 14.07.1997, n. 6353 e 4.02.1993, n. 1402.

regole introdotte con la riforma, che affidano la gestione della procedura al curatore e al comitato dei creditori e dimostrano l'incertezza del legislatore combattuto fra il vecchio modello di legge fallimentare e quello nuovo, che lo ha portato a sposare un sistema ambiguo permeato di contraddizioni e privo di coerenza.²¹

Infine il n.8 dell'art. 25 dispone che il giudice delegato procede all'accertamento dei crediti e dei diritti reali e personali vantati da terzi, secondo le regole dettate dal titolo II, capo V, che hanno completamente riformulato il procedimento di verifica del passivo, non più improntato al principio inquisitorio del giudice delegato, dato che lo stesso decide sulle domande di ammissione al passivo nei limiti delle conclusioni formulate dalle parti e avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio e a quelle dedotte dagli altri interessati.

Ai fini di tenere distinte le funzioni gestorie da quelle giurisdizionali – contenziose inoltre il giudice delegato, molto opportunamente non può trattare i giudizi che abbia autorizzato, né far parte dei collegi che decidano in sede di reclamo dei decreti da lui emessi o dei collegi che decidano in sede di opposizione allo stato passivo dei provvedimenti di ammissione dei crediti, ritornando alla regola esistente fino al 1942 (salvo che per le opposizioni allo stato passivo, ove è stato introdotto lo stesso principio)²².

Tutti i provvedimenti del giudice delegato vengono emessi con decreto motivato secondo la norma di chiusura enunziata dall'ultimo comma della norma in esame, riferibile non solo alle decisioni riconducibili all'art. 25, ma più in generale a tutte le pronunzie del giudice delegato, salve le eccezioni previste dalla legge.²³

²¹ V. Lo Cascio, op. cit., 488, Nardo, in Santangeli, op. cit., 136 e ss.

²² sull'imparzialità del giudice delegato, v. Patti, L'imparzialità del giudice delegato, Fallimento, 2004, 990 e Fabiani, Giusto processo e ruolo del giudice delegato, Fallimento, 2002, 271, Nardo, Giusto processo, in Ferro, Le insinuazioni al passivo, cit., 400

²³ V. Lo Cascio, op. cit., 492.

Nella riforma il curatore, oltre a mantenere le funzioni di amministratore del patrimonio fallimentare, anche se con una maggiore autonomia che in passato, in quanto non opera più sotto la direzione del giudice delegato, ma solo sotto la sua vigilanza formale, compie tutte le operazioni della procedura, nell'ambito delle funzioni a lui attribuite, sotto il controllo del giudice delegato e del comitato dei creditori (artt. 25 e 31 l. fall.), avendo il potere di compiere le operazioni di gestione del patrimonio fallimentare, salvo che per quelle di natura straordinaria ove necessita dell'autorizzazione non più del giudice delegato, ma del comitato dei creditori, ai sensi del riformulato art. 35 l. fall.

Il curatore nel mantenere le funzioni di ausiliario del giudice, pubblico ufficiale per quanto attiene all'esercizio delle stesse, vede la sua attività di straordinaria amministrazione, prevista dall'art. 35 l. fall. non più sottoposta all'autorizzazione del giudice delegato o del Tribunale, ma del comitato dei creditori, salva la necessità di informare il giudice delegato nelle ipotesi di transazioni di qualsiasi valore e negli altri casi di atti che superino il valore di € 50.000, senza tuttavia alcun potere di ingerenza sullo svolgimento dell'operazione da parte del giudice, che vede quindi il suo ruolo notevolmente sminuito.

Si tratta in un certo qual senso di un ritorno al sistema del codice di commercio del 1882, in cui il curatore godeva di una maggiore autonomia, quale rappresentante degli interessi dei creditori, anche se questo sistema, come già ricordato non era andato esente da critiche ed era stato riformato nel 1930, avendo dato luogo a non pochi inconvenienti.

Ci si è anche chiesti sotto tale profilo se fosse opportuno, visto che il curatore è diventato in un certo senso la longa manus dei creditori, ai quali spetta la richiesta di revoca dello stesso, attraverso una apposita istanza del comitato e comunque con il parere di tale organo, secondo la nuova formulazione dell'art. 37, che esclude invece la necessità di acquisire il parere del pubblico ministero, mantenere la formulazione dell'art. 30 l. fall. ove il curatore viene

definito pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, ma il legislatore ha optato per tale ibrida soluzione.²⁴

Il curatore, come prevede espressamente l'art. 30, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni è quindi tuttora pubblico ufficiale, con la conseguenza che nei suoi confronti sono applicabili tutte le norme anche penali che vedono coinvolto il pubblico ufficiale come soggetto attivo o passivo, mentre rimane irrisolto il problema se il curatore sia anche ufficiale di polizia giudiziaria, in riferimento agli obblighi di riferire al pubblico ministero previsti dal codice di procedura penale entro quarantotto ore dalla notizia criminis degli elementi essenziali di fatto, delle prove del reato e dell'attività svolta, anche se la prevalente dottrina è nel senso di escludere che il curatore sia ufficiale di polizia giudiziaria.²⁵

Tale opinione trova tuttavia conforto anche nella nuova formulazione dell'art. 33 della legge fall. che impone al curatore di presentare la relazione ex art. 33, nonché il rapporto semestrale sulle attività svolte al solo giudice delegato, mentre l'obbligo di trasmettere la stessa anche la P. M. appare essere solo la codificazione di una prassi esistente presso tutti i Tribunali, in base alla quale il giudice delegato ordina la trasmissione al P. M. della relazione, dato che in tale elaborato possono essere presenti delle notizie di reato o comunque delle informazioni utili per il magistrato inquirente²⁶

Il curatore deve essere scelto secondo i parametri indicati dall'art. 28 e nel rispetto delle particolari incapacità fissate dal terzo comma, anche in tema di conflitto di interessi con il fallimento.

Le principali novità sono rappresentate dalla possibilità per il Tribunale di nominare anche un non professionista, che abbia svolto funzioni di amministrazione, direzione o controllo di società per azioni dando prova di

²⁴ V. Nardo, op. cit. , p.189 – 190 e ivi richiami di dottrina , il quale sottolinea come il potere di revoca del Tribunale è vincolato a giustificati motivi e non è più discrezionale come in passato e Proto, Il comitato dei creditori nella legge delega per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, in fallimento, 2005, p. 1015.

²⁵ V. Quatraro – D'Amora, Il curatore fallimentare, Milano, 1990, 221, Bonsignori, op. cit., 263.

²⁶ V. Ferretti, op cit., 4 e ss.

adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta dichiarazione di fallimento, o anche studi professionali associati o società fra professionisti, ma in tal caso all'atto dell'accettazione dell'incarico deve essere designato la persona fisica responsabile della procedura.

In tal senso rimane inalterato il principio dell'unicità del curatore non potendo il Tribunale nominare più curatori, dato che nel caso della lettera b) il soggetto designato è uno studio associato o una società fra professionisti, salva la necessità di designare la persona fisica responsabile della procedura e a condizione che gli associati e i soci rivestano la qualifica di avvocato, di dottore commercialista o di ragioniere commercialista.²⁷

E' noto che l'art. 24 della legge n. 266/97 ha abrogato il divieto di esercitare l'attività professionale in forma societaria e che il d. l. n. 233/06, convertito in legge 4.08.2006, n.248, ha all'art. 2 abrogato il divieto di svolgere attività professionale, anche interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni fra professionisti, fermo restando che l'oggetto sociale relativo all'attività libero professionale deve essere esclusivo, che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società e che la prestazione specifica deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità.

Non si dimentichi inoltre che le società fra avvocati sono oggetto di una specifica disciplina ai sensi dell'art. 16 del d. lgs. n.96/2001, che al primo comma consente l'esercizio in forma societaria dell'attività professionale di avvocato, di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio, se pur esclusivamente secondo il tipo di società regolato dalle norme del titolo II della stessa legge e ove non diversamente disposto, dalle norme che regolano le società in nome collettivo, con designazione anche in questo caso della persona fisica destinata ad assumere la responsabilità della procedura.

²⁷ V Abete, Del curatore, in *Il Nuovo diritto*, cit., 532 e ss.

In base a tali nuove disposizioni sarà quindi sicuramente possibile costituire delle società tra professionisti o iscritti al medesimo albo o anche iscritti in albi diversi (società fra commercialisti, ragionieri e avvocati), preferibilmente nella forma delle società semplici (trattandosi di un tipo di società espressamente previsto per lo svolgimento di attività non commerciali e la cui legittimità era stata già ammessa in passato) o nella forma delle società in nome collettivo o delle società tra avvocati, che potranno assumere l'incarico di curatore fallimentare.

In questo caso tuttavia il chiaro disposto dell'art.28, primo comma, lett. b) porta ad escludere che il Tribunale che affidi l'incarico ad uno studio associato o ad una società fra professionisti possa designare ai sensi dell'art. 24, 2° c. del d. lgs. n. 96/01 l'associato o il socio cui affidare l'esecuzione dell'incarico, in quanto l'incarico viene affidato solamente all'organismo collettivo, salvo che all'atto dell'accettazione della nomina, deve essere designata la persona fisica destinata ad assumere la responsabilità della procedura, così come porta ad escludere che lo studio professionale o la società possano designare, due o più associati destinati ad assumere la responsabilità della procedura concorsuale.

Anche nel nuovo sistema permane pertanto il divieto di nominare più curatori, atteso che il curatore, sia persona fisica, che ente collettivo è un organo unipersonale, costituito da un unico soggetto, non potendosi in alcun modo condividere quel minoritario indirizzo di alcuni giudici di merito che ritengono la sentenza di fallimento che nomina più curatori, non affetta da nullità assoluta o inesistenza.²⁸

In tal senso non sembra condivisibile neppure l'opinione di coloro che ritengono che la persona investita della carica di curatore sia la persona

²⁸ v. Abete, , Del Curatore, in Il Nuovo diritto, cit., 533, nonché per la previgente disciplina Ferrara, voce " curatore" in Enc. Dir., XI, Milano, 1962 e Provinciali, op. cit. , 706. Per la tesi della non radicale nullità della sentenza , v. Tribunale Ivrea, 30.05.2006, giudice unico, in Fall., 1/07, 71 e ss. con commento negativo di Vacchiano, che ricorda come tale tesi sia avversata dalla quasi totalità della dottrina e come anche gli sparuti precedenti giurisprudenziali siano scarsamente motivati solo sul piano pratico (v. Trib. Avezzano, 10.12.1996, in Dir. Fall., 202, II, 182)

designata come responsabile del procedimento, dato che questi deve rispondere dell'operato degli associati e dei soci, allo stesso modo in cui il curatore risponde dell'operato dei coadiutori e dei delegati.²⁹

Altri commentatori sottolineano giustamente che malgrado l'individuazione di un responsabile della procedura, la norma non abbia inteso modificare le regole sulla responsabilità civile e sulla rappresentanza delle società personali, dovendo sempre rispondere patrimonialmente degli eventuali danni lo studio associato o la società fra professionisti, anche se la norma non ha una portata solamente penale, ma piuttosto lo scopo di individuare un responsabile operativo della procedura.³⁰

L'art. 32 primo comma non sembra aver introdotto significative novità al principio dell'intrasmissibilità delle funzioni del curatore, il quale poteva eccezionalmente delegare il compimento di singoli atti ad un terzo da lui nominato, previa autorizzazione del giudice delegato, salvo che la nuova formulazione della norma sembra consentire una maggior possibilità di delega, tanto più che la rubrica non fa ora riferimento all'intrasmissibilità delle funzioni.

In precedenza si riteneva che il delegato del curatore potesse sostituire lo stesso per il compimento di singoli atti, con rilevanza esterna, assumendo la veste di pubblico ufficiale e che dovesse essere retribuito dal medesimo curatore, atteso il suo esclusivo interesse alla nomina, mentre rimaneva la facoltà del giudice di revocarlo e anche la nuova formulazione conferma tali principi, di possibilità per il curatore di nominare un delegato per il compimento di specifici atti, nel suo interesse e con compenso (liquidato sempre dal giudice), a suo carico, dato che la norma prevede che sia detratto dal compenso del curatore.

²⁹ v. Vacchiano, op cit., 74 per la critica di tale tesi e ivi richiami di dottrina e giurisprudenza.

³⁰ v. Santangeli, Il nuovo fallimento, cit., 156 e Spagnolo, art. 28, in Nigro – Sandulli, La riforma, cit., 170, Grossi, La riforma, cit., 364.

Il secondo comma dell'abrogata disciplina contemplava inoltre la figura del coadiutore, a cui potevano essere affidati compiti di collaborazione materiale del curatore, sforniti di autonoma rilevanza esterna, nell'interesse della procedura per determinati settori o particolari aspetti dell'intera procedura concorsuale.

Lo stesso doveva essere nominato dal curatore e non era pubblico ufficiale, poteva essere revocato tanto dal curatore, quanto dal giudice delegato e doveva essere retribuito dalla procedura, non sulla base delle tariffe professionali, ma sulla base delle tariffe giudiziali concernenti i periti e i consulenti tecnici.³¹

La nuova norma prevede che il potere di autorizzare il curatore a ricorrere a dei coadiutori spetti non più al giudice delegato, ma al comitato dei creditori, il quale deve valutare l'opportunità della nomina di un coadiutore dato che il relativo compenso grava sulla procedura, mentre la nomina spetta al curatore.

Al giudice delegato rimane invece il potere di revocarlo, eventualmente su proposta del curatore e di liquidarne il compenso.

³¹ V. Provinciali, op. cit., 705 e Abete, op. cit., 578 – 579, nonché Cass., 13.12.1980, n.6453 secondo cui: Mentre il compenso per il delegato del curatore, di cui al primo comma dell'art 32 della legge fallimentare - attesa la sua qualità di sostituto del curatore, che egli surroga temporaneamente e limitatamente a determinati atti od operazioni - deve essere liquidato secondo i criteri dettati per il curatore medesimo (dm 27 novembre 1976), con relativa spesa a carico di quest'ultimo, il compenso per il coadiutore del curatore, nominato ai sensi del secondo comma della citata norma - data la sua veste di ausiliario del giudice connessa allo svolgimento di funzioni di collaborazione ed assistenza nell'ambito e per gli scopi del processo concorsuale sotto forma di prestazione di opera integrativa dell'attività del curatore in posizione subordinata a tale organo - e a carico della massa fallimentare e va liquidato non secondo la tariffa professionale, ma alla stregua della tariffa giudiziale concernente i periti, i consulenti, ecc. (legge 1 dicembre 1956, n 1426, modificata dalla legge 13 luglio 1965, n 836, e sostituita dalla legge 8 luglio 1980, n 319) e Cass., 26.01.2005, n. 1568, secondo cui: il coadiutore del curatore fallimentare (figura prevista dal secondo comma dell'art. 32 legge fall.), la cui opera è integrativa dell'attività del curatore, svolgendo funzioni di collaborazione e di assistenza nell'ambito e per gli scopi della procedura concorsuale, assume la veste di ausiliario del giudice; pertanto il suo compenso deve essere determinato in base alla tariffa giudiziale prevista per i periti e i consulenti tecnici, e non alla tariffa professionale, la quale va invece applicata allorché si sia instaurato un vero e proprio rapporto di lavoro autonomo (opera professionale), essendo stato il professionista officiato dal fallimento per svolgere la propria opera in determinate attività ed operazioni. (Nella fattispecie la Corte Cass. ha pertanto respinto il ricorso di un professionista - il quale invocava l'applicazione della tariffa professionale dei consulenti del lavoro approvata con D.M. 15 luglio 1992, n. 430, espressamente applicabile "anche per le prestazioni rese nei confronti degli organi preposti alle procedure concorsuali" - sul rilievo che lo stesso era stato qualificato dal giudice di merito come coadiutore).

Anche la nuova disciplina consente la nomina dello stesso fallito come coadiutore del curatore, con una previsione che appare secondo molti interpreti poco accettabile.³²

La novella introduce importanti novità anche in tema di relazione del curatore, in quanto pur mantenendo sostanzialmente immutato il contenuto della stessa, elimina l'obbligo di relazionare sul tenore di vita del fallito e della sua famiglia, raddoppiando il termine previsto per il deposito della relazione e stabilendo che le relazioni periodiche non vengano più effettuate a cadenza mensile, ma semestrale, dal deposito della prima e con allegazione del conto della gestione e delle attività svolte e delle ulteriori informazioni raccolte.

Tale relazione semestrale con gli allegati, deve essere comunicata al comitato dei creditori, per le sue eventuali osservazioni scritte e successivamente trasmessa per via telematica all'ufficio del registro delle imprese.

Una importante ulteriore novità è rappresentata dal deposito in cancelleria della relazione con la possibilità per il giudice di ordinarne la secretazione parziale, relativamente alla responsabilità penale del fallito e alle azioni da promuovere che possano comportare l'adozione di provvedimenti cautelari, nonché alle circostanze estranee agli interessi della procedura o che investano la sfera personale del fallito.

La secretazione appare essere un obbligo per il giudice delegato in presenza delle condizioni previste dalla legge e tale provvedimento consente la separata custodia del documento a cui non possono avere accesso neppure i membri del comitato dei creditori, in quanto non inserito nel fascicolo fallimentare.³³

Il curatore infine dovrà munirsi dell'autorizzazione del comitato dei creditori per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione,

³² V. Abete, in Jorio- Fabiani, Il nuovo cit., 580 che richiama le considerazioni del Provinciali sul punto, cfr. Provinciali, op. cit. , 704.

³³ V. Abete, op. cit. , 586.

esemplificativamente enunziati nell'art. 35 primo comma, con l'avvertenza che per le transazioni e per gli atti di valore superiore a € 50.000,00 lo stesso dovrà previamente informare il giudice delegato e la mancanza di tale informazione o dell'autorizzazione del comitato costituisce un vizio formale denunciabile con ricorso al giudice delegato ex art. 36 l. fall. oltre che motivo di eventuale revoca del curatore.

Il legislatore nel centrale art. 35 ha operato una vera e propria rivoluzione copernicana, dato che il curatore non potrà più avvalersi della guida del giudice delegato, ma dovrà assumersi direttamente i compiti di gestione della procedura, con le conseguenti responsabilità e possibilità di conflitto con il comitato dei creditori.

Al ridimensionamento delle funzioni del giudice delegato corrisponde quindi un potenziamento di quelle del curatore, nell'ambito della auspicata separazione delle funzioni di controllo (della legalità) della procedura da quelle di gestione vera e propria, così come suggerito anche dalla Corte Costituzionale, funzioni che in precedenza si assommavano nella centrale figura del giudice delegato.³⁴

Il problema non eludibile che doveva infatti affrontare la riforma della legge fallimentare era quello di distinguere nettamente fra le funzioni di natura giurisdizionale da affidare al giudice delegato e le funzioni di amministrazione da affidare al curatore, restituendogli una certa autonomia in precedenza negata.

Il nuovo ruolo assegnato al giudice delegato è quindi quello di controllore della regolarità formale della procedura e di organo deputato alla risoluzione dei conflitti endoprocessuali fra gli altri organi della stessa, salva la possibilità

³⁴ Cfr Bozza, op . cit., p.24; si interroga sulle funzioni del giudice delegato anche Minutoli, Quale futuro per il giudice delegato, In Il Fallimento, 2006, n.5 e v. in una prospettiva storica L. Guglielmucci, Il ruolo del giudice delegato, in Dir. Fall., 2003, I, 1029 e ss. .

di intervenire in caso di inerzia o di impossibilità di funzionamento del comitato dei creditori o di urgenza ai sensi dell'art. 41, quarto comma l. fall³⁵.

I nuovi poteri di gestione della procedura non sono tuttavia concentrati nelle mani del solo curatore, ma sono equamente distribuiti anche nelle mani del comitato dei creditori, atteso che essendo venuta meno la centralità del giudice delegato e del suo ruolo di tutore degli interessi dei creditori, è questo l'organo a cui il legislatore ha demandato i compiti di sovrintendere all'amministrazione e disposizione del patrimonio del fallito, restituendo ai creditori stessi, in ossequio ad una concezione privatistica del fallimento, la decisione sulla tutela dei loro interessi, in precedenza affidati al Tribunale, al giudice delegato e al curatore, quale ausiliario degli altri due organi giurisdizionali.

Il vecchio comitato dei creditori era infatti un organo di natura consuntiva permanente del Tribunale e del giudice delegato, con poteri non vincolanti ad eccezione dell'ipotesi della continuazione dell'esercizio provvisorio, nonché con blandi poteri di controllo sull'operato del curatore, dato che aveva la facoltà di chiedere notizie e chiarimenti al curatore, ispezionare le scritture contabili e i documenti del fallimento e domandare la revoca del curatore nel caso di irregolarità nella gestione.³⁶

Nella nuova prospettiva di stampo decisamente più privatistico, sol che si pensi anche alla rivisitazione delle procedure c. d. minori, con l'introduzione di nuove figure di concordato stragiudiziale, privilegianti gli accordi privati fra il debitore e il ceto creditorio, invece il comitato dei creditori è diventato non più un evanescente organo con funzione consuntiva, ma un soggetto attivo con funzione autorizzativa degli atti del curatore, il cui funzionamento e le cui responsabilità sono state modellate sulla falsariga del consiglio di amministrazione societaria, in tema di nomina del presidente, non più

³⁵ tale norma potrebbe avere nella pratica una portata molto rilevante, ove il comitato dei creditori, sulla scorta della vischiosità del lascito della precedente disciplina, in alcune decisioni particolarmente rilevanti, preferisse non prendere posizione onde avere il cappello protettivo del giudice delegato.

³⁶ v. Caiafa, Nuovo diritto delle procedure concorsuali, Padova, 2006, p. 220 e ss.

affidata al giudice delegato, ma all'elezione da parte degli stessi membri dell'organo, di conflitto di interessi e di delega delle funzioni e del collegio sindacale, con espresso richiamo all'art. 2407 del cod. Civ in tema di responsabilità.

In particolare per quanto attiene a quest'ultimo e non secondario aspetto, giova osservare che la legge ha previsto che l'azione di responsabilità nei confronti del comitato dei creditori è proponibile anche durante lo svolgimento della procedura, parallelamente a quanto previsto dall'art. 38 per il curatore e la stessa potrà essere di natura esclusiva quando derivi dalla violazione di precisi doveri imposti dalla legge, oppure concorrente con il curatore quando derivi da culpa in vigilando.

Il ceto dei creditori non trovava particolare rilevanza rappresentativa nel codice del 1942, in quanto il legislatore dell'epoca aveva fortemente ridimensionato, rispetto al precedente codice di commercio, il potere dei creditori di interferire nella gestione della procedura; mentre nel codice del 1882 la delegazione dei creditori veniva nominata dagli stessi creditori in una apposita adunanza e aveva degli effettivi poteri di gestione e di controllo dell'operato del curatore, la cui nomina, effettuata in via provvisoria dal Tribunale, era soggetta a ratifica da parte della massa dei creditori, in sede di udienza di verifica, nella legge del 1942, il potere di nomina veniva affidato al giudice delegato, e il comitato dei creditori veniva relegato al marginale ruolo di organo consuntivo con limitati poteri di intervento e di controllo del curatore e di tutela degli interessi dei creditori in nome di un superiore interesse pubblicistico affidato in primo luogo al Tribunale e al giudice delegato e in secondo luogo al curatore, quale pubblico ufficiale coadiutore del giudice³⁷.

³⁷ v. in merito ai poteri della delegazione dei creditori, nel codice di commercio, oltre agli autori citati, quali il Bonelli e il Navarrini anche Cesare Vivante, Istituzioni di diritto commerciale, Milano, 1920, p.391 e ss. e ancora Ferrara, op. cit., p. 58 e nota, n. 20; la delegazione dei creditori aveva infatti compiti di sorveglianza e di autorizzazione degli atti del curatore, mentre la massa dei creditori esprimeva il suo parere sulla nomina definitiva del curatore, poteva chiedere la surrogazione del curatore con altro di sua fiducia, al consenso dei creditori erano subordinati vari provvedimenti della gestione fallimentare e ai creditori era riconosciuto il potere di riconoscere i crediti insinuati.

Si rammenti inoltre che nel codice di commercio, oltre alla delegazione dei creditori che aveva ampio potere consultivo e di controllo dell'operato del curatore, con diritto di voto anche vincolante in talune ipotesi, e poteri di interrogare il fallito e il curatore, vi era anche l'assemblea dei creditori che poteva essere convocata dal giudice delegato, per decidere le questioni più gravi della gestione della procedura, quali gli alimenti del fallito, il rendiconto del curatore surrogato, la continuazione del commercio del fallito e le proposte di concordato.³⁸

Come ricordato dalla più avvertita dottrina le funzioni del comitato dei creditori della legge del 1942 non venivano quasi mai effettivamente esercitate, limitandosi tale organo, per lo più attraverso un silenzio assenso, nei casi obbligatori e su sollecitazione del curatore, a fornire dei pareri non vincolanti, apparendo ante riforma come un organo svuotato, che nella pratica non funzionava, salva l'ipotesi specifica di parere vincolante (per la prosecuzione dell'esercizio provvisorio), con pareri espressi quasi sempre non collegialmente, ma per iscritto, su un foglio fatto circolare per la firma dal curatore e che necessitava di una rivitalizzazione.³⁹

La riforma nel tentativo di dare nuovo impulso al comitato dei creditori gli ha attribuito dei poteri molto più penetranti, prevedendo tutta una serie di poteri autorizzativi in precedenza sconosciuti a tale organo, con partecipazione all'attività gestoria con pareri vincolanti, oltre che con funzioni consuntive e di controllo dell'operato del curatore, tanto da potersi verosimilmente sostenere che tale organo sia diventato nel ridisegnato equilibrio fra gli organi della procedura il vero perno determinante e condizionante del fallimento.⁴⁰

³⁸ V. ancora, C. Vivante, op. cit. , p. 395 e ss.

³⁹ v. Ferrara, op. cit. , p. 266 e nota, n. 37 e Apice – Mancinelli, Manuale breve di diritto fallimentare, Milano, 2006, p. 43 e ss., nonché sulla deplorabile prassi del metodo per referendum, Guglielmucci, Lezioni di diritto fallimentare, Torino, 2000, p. 92; sugli organi del fallimento, v. in generale, Caselli, organi del fallimento, in Commentario Scialoja – Branca, Legge fallimentare, Bologna – Roma, p. 26 e ss.; per la visione unitaria degli organi del fallimento intesi come ufficio fallimentare, v. de Ferra, Manuale di diritto fallimentare, Milano, 1989, p. 51 e ss. ed ivi richiami di dottrina.

⁴⁰ V. Apice- Mancinelli, op. cit. , p. 43.

Pur essendo rimasti immutati gli organi della procedura il baricentro della stessa, nella prospettiva della valorizzazione degli interessi dei creditori a scapito dell'impianto pubblicistico della precedente legge, non è più rappresentato dal giudice delegato, ma piuttosto dal curatore e soprattutto dal comitato dei creditori, organo tuttavia che potrebbe essere dominato dai creditori più forti, tenuto conto che i membri nominati dal giudice possono essere sostituiti nell'adunanza per la verifica del passivo dai creditori che rappresentino la maggioranza per testa dei creditori ammessi, e che non appare controbilanciato da un analogo potere del giudice delegato.⁴¹

Le maggiori critiche al nuovo sistema si appuntano sul metodo di nomina del comitato dei creditori, previsto dalla nuova legge fallimentare, non con la sentenza di fallimento, come auspicato da alcuni, ma dal giudice delegato entro trenta giorni dalla dichiarazione di fallimento, sulla base delle risultanze documentali, sentiti il curatore e i creditori, che con la domanda di insinuazione al passivo o precedentemente hanno dato la loro disponibilità all'assunzione dell'incarico, ovvero hanno segnalato altri nominativi aventi i requisiti richiesti.⁴²

La norma ha quindi eliminato la possibilità di nomina di un comitato provvisorio, prevedendo che il giudice delegato possa sostituire i singoli membri o variare la sua composizione anche numerica in relazione alle esigenze della procedura, stabilendo che la composizione del comitato deve essere rappresentativa in maniera equilibrata della qualità e quantità dei crediti e della loro possibilità di soddisfacimento.

Inoltre la legge all'art. 37 bis ha previsto, in ossequio a quanto stabilito nella legge delega, la possibilità per i creditori che rappresentino la maggioranza semplice degli insinuati al passivo, in sede di adunanza per la verifica dello

⁴¹ V. per una critica al modello scelto dal legislatore, con un discutibile parziale ritorno al passato, senza tener conto dei difetti e abusi cui era andato incontro il modello del codice di commercio, che era già stato abbandonato con la legge 10.07.1930, n. 995, che anticipava le linee della legge del 1942, Bozza, op. cit., p. 21 e Apice, op. cit., p. 46.

⁴² V. Schiavon, in op. cit., 667 e ss. e Rocco di Torrepadula, in op. cit., 260

stato passivo, oltre di indicare dei nuovi membri del comitato dei creditori anche di richiedere la sostituzione del curatore, indicando le ragioni della richiesta e un nuovo nominativo, in tal modo condizionando pesantemente l'operato dello stesso.⁴³

Tale disposizione si discosta parzialmente dalla legge delega che aveva previsto la possibilità di confermare la nomina sia del comitato dei creditori, sia del curatore, mentre il decreto delegato prevede solo la possibilità di richiesta di sostituzione del comitato dei creditori, per non rendere provvisoria la prima nomina come spiega la relazione alla legge.

La norma inoltre prevede che le nuove designazioni del comitato e del curatore possano essere richieste all'udienza di verifica del passivo dalla maggioranza semplice dei creditori presenti personalmente o per delega (scritta, ma non autenticata, secondo la prevalente dottrina, in analogia alla previsione dell'art.174, 2° c.) "allo stato ammessi" e tale termine ha destato non pochi dubbi interpretativi, dato che secondo alcuni la norma ha inteso conferire il potere ai creditori ammessi alla prima udienza di verifica di nominare il nuovo comitato e di chiedere la sostituzione del curatore non menzionando l'art 96 l. fall.⁴⁴

Per contro altri autori, mi sembra più fondatamente, interpretano la norma nel senso che la richiesta di sostituzione dei due organi possa avvenire solo all'adunanza conclusiva dell'esame dello stato passivo, dato che l'udienza può anche essere aggiornata a otto giorni, con il decreto di cui all'art. 96, penultimo comma, quando il giudice lo dichiara esecutivo e quindi all'esito della stessa, dalla maggioranza semplice dei creditori ammessi, in quanto il computo della maggioranza può essere effettuato solamente in tale sede e

⁴³ v. Bozza, op . cit., p. 18 ove tale norma viene definita deflagrante, in quanto rompe il difficile equilibrio fra organi, con un chiaro ritorno al passato quando il curatore e la fonte della sua nomina erano diversamente modellate. L'autore sottolinea come la scelta del legislatore del 1882 di svincolare la posizione del curatore da quella di mandatario dei creditori era stata positivamente salutata in dottrina, anche se nel codice del 1882 rimaneva un forte condizionamento dei creditori che mantenevano il potere di conferma del curatore in sede di adunanza di verifica (art 691 cod. comm) e di chiederne la revoca o la sostituzione con un curatore di fiducia (art. 719 cod. comm.).

⁴⁴ v Bozza , op cit. , 21

non precedentemente, conformemente anche a quanto previsto dalla legge delega e dalla relazione al decreto delegato, ove si precisa che la pronuncia del decreto in udienza è prevista al fine di consentire ai creditori di procedere alle operazioni di voto di cui all'art. 37 bis.⁴⁵

E' evidente pertanto che l'espressione "crediti alla stato ammessi" deve essere intesa nel senso che la maggioranza è insensibile alle successive variazioni dello stato passivo derivanti dalle opposizioni, impugnazioni o dalle insinuazioni tardive e si determina alla chiusura dello stato passivo.

La maggioranza in questione può quindi provvedere non solo a formulare nuove designazioni in aggiunta a quelle effettuate dal giudice delegato, ma anche in sostituzione, in ossequio ai criteri indicati dall'art 40 e può anche richiedere motivatamente la sostituzione del curatore essendo il tribunale vincolato a tali richieste, salvo che non siano rispettati i criteri degli artt. 28 e 40 l. fall.

Il Tribunale è quindi vincolato dalle richieste della maggioranza dei creditori ammessi al passivo, potendo discostarsi dalla loro volontà solamente quando non siano rispettati i parametri di cui all'art. 40 per il comitato dei creditori e dell'art. 28 per il curatore, dovendo in tal caso respingere la richiesta con decreto motivato soggetto a reclamo ex art. 26 in Corte d'Appello e a ricorso per Cassazione ex art 111, 7° c. avendo la maggioranza dei creditori un diritto soggettivo perfetto alla nomina del comitato o alla sostituzione del curatore.

Il Tribunale in particolare potrà negare la sostituzione quando la persona designata non possieda i requisiti per la nomina a curatore ex art. 28 l. fall o quando versi in conflitto di interessi, tenuto conto che il secondo comma del medesimo articolo dispone che ai fini della determinazione della maggioranza devono essere esclusi i creditori i cui titolari versino in conflitto di interessi, conflitto la cui definizione non può essere ricavata dagli artt.2373 e 2393 del

⁴⁵ v. Schiavon, op. cit. , 628 e in senso conforme Panzani, Le linee principali dello schema di decreto delegato: gli organi fallimentari e i poteri del giudice, in Fall., 2006, 487.

cod. civ. previgente, ma piuttosto dal generale principio del *neminem laedere* e di buona fede.⁴⁶

Il terzo comma dell'art 37 bis stabilisce infine che nella stessa udienza la maggioranza dei creditori (indipendentemente dal credito vantato e quindi per teste), può attribuire ai componenti del comitato dei creditori un compenso pari al 10% del compenso liquidato al curatore oltre al rimborso delle spese sostenute per la loro attività ai sensi dell'art. 41, sesto comma.

Tale attribuzione deve tuttavia essere effettuata dai creditori personalmente non essendovi la possibilità della delega.

L'art. 36 nella nuova formulazione introdotta dall'art. 32 del d. lgs. n. 5/06 appare essere , in questo nuovo quadro, una disposizione di particolare importanza per assicurare i giusti equilibri dei nuovi poteri assegnati agli organi della procedura, in quanto, nel ridisegnare in maniera minuziosa il sistema processuale dei reclami contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori, introduce un sistema di controllo di legalità degli atti di questi due organi affidato al giudice delegato e al Tribunale.⁴⁷

Il sistema dei controlli è di tipo incrociato, in quanto il curatore è legittimato ad impugnare l'eventuale parere negativo espresso dal comitato dei creditori, mentre il fallito e chiunque vi abbia interesse è legittimato ad impugnare tanto gli atti di amministrazione del curatore quanto gli atti autorizzativi o i dinieghi del comitato, con reclamo al giudice delegato entro otto giorni dalla conoscenza dell'atto o in caso d omissione dalla diffida a provvedere.

Non vi sono dubbi che fra i soggetti legittimati ad impugnare i dinieghi e le autorizzazioni del comitato dei creditori vi sia anche il curatore, anche se la legge non lo prevede espressamente, facendo riferimento al fallito e ad ogni altro interessato.

Si deve per contro ritenere che il curatore quale parte interessata possa impugnare i dinieghi e le autorizzazioni del comitato, altrimenti lo stesso non

⁴⁶ V. Schiavon, op. cit. , 634.

⁴⁷ v. sul punto Nardo, Il reclamo contro gli atti del curatore, op. cit, p. 183.

avrebbe nessuno strumento per poter reagire contro gli atti del comitato, come era previsto dal vecchio art. 26 l. fall. contro i provvedimenti del giudice delegato.

Nel precedente sistema il reclamo al giudice delegato, era ammesso solamente contro gli atti di amministrazione del curatore da parte del fallito e di ogni altro interessato ex art. 25, l. fall.

Non si trattava di un mezzo di impugnazione, ma solo di un reclamo, esperibile anche contro le inerzie o omissioni del curatore, senza termine di decadenza, ammissibile solo per gli atti non previamente autorizzati dal giudice delegato e su cui tale organo decideva con decreto motivato, soggetto a reclamo al Tribunale entro tre giorni dalla data dell'atto, sul presupposto che si trattava di provvedimento di mera gestione, avente natura ordinatoria e non decisoria e non incidente su diritti soggettivi.

L'art. 26 l. fall. prevedeva inoltre la possibilità di reclamo contro i decreti del giudice delegato, da parte del curatore, del fallito, dal comitato dei creditori e di ogni altro interessato, anche se la giurisprudenza di legittimità aveva affermato la carenza di interesse del curatore a impugnare i decreti del giudice delegato e del Tribunale a tutela della massa⁴⁸.

E' noto che l'art. 26 era stato interpretato nel senso della reclamabilità dei provvedimenti, sia di contenuto ordinatorio, sia di contenuto decisorio del giudice delegato, con decorrenza del termine non già dalla data del decreto, ma dalla data della sua comunicazione, sia da parte del fallito che del comitato dei creditori e da chiunque vi avesse interesse.⁴⁹

Sulla scorta delle pronunzie della Corte Costituzionale la Suprema Corte a Sezioni Unite aveva poi chiarito che il procedimento di reclamo veniva diversamente regolato a seconda che fosse stato impugnato un decreto

⁴⁸ V. Cass. 5.11.1987, n. 8148, ma per una critica di tale orientamento v. Guglielmucci, *Lezioni di diritto Fallimentare*, cit., p. 81.

⁴⁹ V. Corte Cost. 23.03.1981, n.118., 22.11.1995, n.303, 24.03.1986, n.55 e 27.06.1986, n. 156.

avente natura meramente ordinatoria, oppure un decreto avente natura decisoria, astrattamente idoneo a incidere su diritti soggettivi.

Contro i soli decreti aventi natura ordinatoria, non era ammesso ricorso in cassazione ex art. 111 cost., essendo invece ammesso ricorso contro i decreti del Tribunale fallimentare emessi in sede di reclamo contro i decreti di natura decisoria, mentre, in difetto di comunicazione, il termine lungo per il reclamo era quello di un anno previsto dall'art 327 cpc.⁵⁰

Nella nuova formulazione dell'art. 36 è mantenuta la legittimazione ad impugnare gli atti o le omissioni del curatore e i provvedimenti autorizzativi o dinieghi del comitato dei creditori da parte del fallito, al quale il legislatore riconosce il potere di ingerirsi nella procedura fallimentare facendo valere i suoi eventuali interessi.

Il reclamo contro gli atti del curatore o del comitato dei creditori al giudice delegato è tuttavia circoscritto alla sola violazione di legge e non anche al merito del provvedimento, con la conseguenza che al giudice spetta solamente un controllo di legalità sull'operato degli altri organi, senza possibilità di ingerirsi nelle scelte di merito riguardanti la gestione economica della procedura, e quindi sulla valutazione dell'opportunità o meno di determinati atti, che rimane affidata in via esclusiva al curatore e al comitato dei creditori.⁵¹

Aggiunge la norma che il giudice delegato, sentite le parti, deve decidere con decreto motivato, omessa ogni formalità non necessaria al contraddittorio, in tal senso disponendo che siano rispettati, pur con la celerità connaturata al tipo di procedura, i diritti di difesa delle parti coinvolte nel procedimento, che dovrà svolgersi presumibilmente secondo le norme dei procedimenti in camera di consiglio.

⁵⁰ V. per tutte Cass. sez. un. 9.04.1984, n. 2255, Cass. 2.03.1987, n. 2170 e Cass. 15.03.1994, n. 2466.

⁵¹ V. in senso conforme Apice, op.cit., p. 41, Nardo, op. cit., p. 184 e anche Bozza, op. cit., p. 29, che critica questa scelta del legislatore.

Contro il decreto del giudice delegato è ammesso ricorso al Tribunale, entro otto giorni dalla data della comunicazione del decreto medesimo, e l'organo collegiale deve decidere entro trenta giorni, sentito il curatore e il reclamante, omettendo ogni formalità non essenziale al contraddittorio, con decreto motivato non soggetto a gravame.

L'ultimo comma dell'articolo in esame prevede infine le conseguenze dell'accoglimento del reclamo avverso gli atti del curatore o del comitato dei creditori, stabilendo che nel caso di comportamenti omissivi del curatore quest'ultimo è tenuto a dare adempimento al provvedimento del Tribunale, mentre nel secondo caso è il giudice delegato che in accoglimento del reclamo deve sostituirsi al comitato dei creditori, nella fase di valutazione e di eventuale autorizzazione degli atti di competenza del comitato.

Va al riguardo rammentato che il potere del giudice è di mera legittimità, con la conseguenza che lo stesso in sede di reclamo non potrà mai sostituirsi nel merito alla valutazione degli altri organi, potendo solo disporre del potere di ordinare al curatore o al comitato di porre in essere una attività prevista dalla legge.

In tal senso si ipotizza ad esempio l'omesso comportamento del curatore che non dia seguito ad una transazione autorizzata dal comitato dei creditori, con conseguente intervento del giudice, oppure il caso speculare del comitato dei creditori che non si esprima su una ipotesi transattiva o sul programma di liquidazione, anche se in questo caso il potere del giudice in sede di reclamo si intreccia con il potere di intervento in caso di inerzia ex art.41, quarto comma.

Gli atti di amministrazione del curatore che sono soggetti a reclamo possono essere tanto di ordinaria, che di straordinaria amministrazione, sotto l'aspetto della violazione di legge di qualsiasi tipo, primaria o secondaria, sostanziale o processuale.

Gli atti del comitato dei creditori soggetti a reclamo possono riguardare tanto le autorizzazioni , quanto i dinieghi o le omissioni. Anche il comportamento omissivo del comitato può comportare una violazione di legge, posto che l'art. 41, terzo comma, impone al comitato di deliberare entro il termine massimo di 15 giorni successivi a quello in cui la richiesta è pervenuta al Presidente.

In tale ipotesi di inerzia del comitato, tuttavia, la soluzione preferibile appare essere quella dell'intervento del giudice delegato ai sensi del quarto comma del medesimo articolo, che prevede un potere sostitutivo del giudice, anche in caso di urgenza o di impossibilità di funzionamento dell'organo (si pensi al caso di incompatibilità della maggioranza dei membri di un comitato formato da solo tre creditori), legittimandolo in questo solo caso a emanare i provvedimenti di merito di spettanza del comitato, piuttosto che il reclamo contro l'omissione dell'organo rappresentativo dei creditori.⁵²

Mentre il reclamo al giudice delegato contro gli atti o le omissioni del curatore o del comitato è ammesso solo per violazione di legge, la norma sembra consentire dei poteri molto più ampi al Tribunale, al quale sono rimesse pure valutazioni di merito, anche se la discrasia fra poteri del giudice delegato e poteri del Tribunale non appare facilmente spiegabile, se non forse nel senso che il legislatore abbia voluto consentire al Tribunale un potere di vigilanza e controllo sugli atti del giudice delegato, rientrando tale potere nell'alveo dei procedimenti di impugnazione, legittimanti sempre il giudice d'appello al riesame nel merito delle valutazioni del primo giudice.⁵³

Contro il decreto del Tribunale non è ammesso ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost, in quanto si tratti di provvedimento di natura ordinatoria e non idonei a incidere su diritti di terzi in via definitiva⁵⁴, mentre è sicuramente

⁵² V. per tale soluzione anche Grossi, op. cit. , p .532 e ss.

⁵³ V. sulle discrasie del sistema ancora Nardo, op. cit. , p.186.

⁵⁴ v. per tutte Cass. v15.03.201, n.3746.

ammesso ricorso in cassazione nel caso in cui abbia carattere decisorio e vada ad incidere su diritti soggettivi ex artt. 737 – 742 cpc.

L'art. 36 bis l. fall., recependo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, stabilisce infine che tutti i termini previsti dagli artt. 26 e 36 l. fall. non sono soggetti alla sospensione dei termini feriali e la collocazione della norma fra quelle dedicate agli organi della procedura e la sua natura eccezionale hanno fatto ritenere in dottrina che per tutti gli altri termini previsti dalla legge fallimentare si debba applicare la sospensione dei termini feriali, come ad esempio il termine per l'impugnazione della sentenza di fallimento previsto dall'art 18 e il termine per l'impugnazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo.⁵⁵

LE NOVITA' INTRODOTTE CON IL DECRETO CORRETTIVO

In attuazione della previsione della legge delega (art. 1, comma 5, 5 bis e 6 della legge n. 80/05, come modificato dall'art. 1 , comma 3, della legge n. 5/06) il legislatore delegato ha emanato un decreto legislativo correttivo e integrativo della riforma organica delle procedure concorsuali, **che entrerà in vigore dal 1 ° gennaio 2008.**

Per quanto riguarda gli organi della procedura concorsuale le principali modifiche introdotte dall'art 3 del citato decreto legislativo, attengono al rimodellamento del procedimento di reclamo avverso i decreti del giudice delegato, secondo uno schema uniforme di rito camerale e delle funzioni del comitato dei creditori, organo che nei primi mesi di attuazione della riforma, come prevedibile si è rivelato uno dei punti critici della stessa, per i poteri ad

⁵⁵ v. per tale tesi, Grossi, op. cit. , p. 540, ma si rammenti che sotto il vigore del vecchio art. 18, la giurisprudenza era unanime nel negare che il termine per l'opposizione fosse soggetto a sospensione feriale, v. per tutte Cass. 4.09.2004, n. 17886.

esso attribuiti e per le rispettive responsabilità dei suoi membri, che hanno spinto molti creditori a non proporsi per la nomina o a non accettare l'incarico. Le modifiche all'art. 26 riguardano in particolare la disciplina del procedimento prevista nei commi da sei a undici sulla falsariga del rito del lavoro, ma i termini sono abbreviati, mentre gli altri commi primo, secondo, quarto e quinto e tredicesimo (che riproduce il vecchio comma decimo) sono rimasti immutati.

Il comma terzo modifica il testo precedente solo prevedendo che sia lo stesso giudice delegato o il Tribunale che emette il provvedimento a disporre le forme pubblicitarie, mentre il comma dodicesimo disciplina l'assunzione dei mezzi di prova, con facoltà per il collegio di delegare un suo componente per gli incumbenti.

Il comma quinto modifica invece il primo comma dell'art. 32 attribuendo al comitato dei creditori, invece che al giudice delegato, anche il compito di autorizzare il curatore a delegare a terzi specifiche operazioni, in tal modo allineando la disciplina del primo comma a quella del secondo comma dell'art. 32.

Il settimo comma modifica l'art. 34 inserendo una disposizione che consente al comitato dei creditori di autorizzare l'impiego delle somme riscosse in strumenti finanziari diversi dal conto corrente, purché sia garantita l'integrità del capitale.

L'ottavo comma contiene una modifica dell'art. 35 l. fall. prevedendo che il curatore quando chiede al comitato l'autorizzazione a compiere un atto di straordinaria amministrazione, sia tenuto a formulare le proprie valutazioni conclusive in ordine alla convenienza dell'atto da compiere e ciò "al fine di rendere più trasparente l'attività di gestione del curatore e di fornire una concreta base di valutazione per la decisione del comitato dei creditori", come si legge nella relazione accompagnatoria al decreto legislativo di modifica.

Il nono comma introduce una opportuna precisazione all'art. 37 bis prevedendo che la richiesta di sostituzione del curatore e la designazione dei nuovi membri del comitato dei creditori possono essere effettuate dalla maggioranza di tutti i creditori ammessi soltanto al termine dell'adunanza di verifica, prima della pronuncia che rende esecutivo lo stato passivo e ciò, la relazione ha modo di precisare, al fine di evitare che una maggioranza occasionale presente in udienza e non la maggioranza dei creditori ammessi, possa provocare la sostituzione di un creditore sgradito ad alcuni.

Inoltre la stessa disposizione stabilisce che il Tribunale non è più tenuto a sostituire il curatore in ogni caso, su richiesta della maggioranza dei creditori, ma solo in presenza di giusti motivi, coerentemente con la previsione dell'art. 37 in tema di revoca del curatore.

La più importante modifica in materia di comitato dei creditori è stata disposta con il decimo comma, che nel rettificare il quarto comma dell'art. 41 l. fall. ha cercato di rimuovere alcuni dei principali ostacoli al funzionamento dell'organo di controllo dell'attività di gestione del curatore.

In particolare è stato chiarito che il potere di sostituzione da parte del giudice delegato, si esplica anche nel caso di impossibilità di costituzione del comitato e aggiunge la relazione a dispetto della tesi secondo cui in tali casi sarebbe stata possibile una nomina coattiva dei membri del comitato medesimo.

Alla stregua di tale interpretazione, nel caso in cui non si riesca a formare un valido comitato, per mancata accettazione della carica o per rinuncia di uno o più membri il giudice delegato dovrebbe sostituirsi all'organo mancante per tutti gli incumbenti previsti dalla legge.

La norma ha anche introdotto una attenuazione della responsabilità del comitato, che in virtù del richiamo operato all'art. 2407 cod. civ. era assimilata a quella del collegio sindacale, in quanto compatibile, eliminando la responsabilità per culpa in vigilando e richiamando solo il primo e terzo

comma dell'art. 2407 e ciò nell'auspicato intento di rendere meno riluttanti i creditori nell'accettare la nomina a membro del comitato, secondo quanto si legge nella relazione accompagnatoria, anche se i veri motivi che rendono poco appetibile il ruolo di membro del comitato vanno ricercati a mio avviso, non solo nelle responsabilità che comportano le scelte gestionali, ma anche da un lato in una assenza di preparazione e mentalità dei creditori, che pure dovrebbero avere un interesse specifico ad occuparsi della loro procedura (soprattutto essendo gli stessi male abituati dalla precedente legislazione e prassi che affidava la quasi totalità dei compiti e delle responsabilità al giudice delegato o al collegio) e dall'altro lato nella scarsa remunerazione economica del ruolo, in rapporto all'impegno da approfondire, atteso che la determinazione del (modesto) compenso è affidata alla volontà della maggioranza dei creditori ammessi allo stato passivo, che siano personalmente presenti all'adunanza (non essendo questa deliberazione delegabile) ed è, quindi, ben difficilmente deliberabile, dato che raramente la maggioranza dei creditori assiste alla verifica personalmente.

La norma in esame infine precisa che l'azione di responsabilità nei confronti dei membri del comitato durante lo svolgimento della procedura, spetta solamente al curatore, previamente autorizzato dal giudice delegato.

LEGISLAZIONE

R. D. 16.03.1942, n. 267, disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa.

D. LGS. 9.01.2006, n. 5. Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

D. L. 14.03.2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale.

LEGGE 14.05.2005, n 80, conversione in legge con modificazioni del D. L. 14.03.2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato, nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

D. L. 20.06.2005, n.122. Disposizioni per la tutela dei dritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2.08.2004, n. 210.

D. L. 23.12.2003, n. 347. Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza.

Decreto legislativo contenente le disposizioni integrative e correttive ai sensi dell'art.1, commi 5, 5bis e 6 della l. n. 80/05 (non ancora pubblicato sulla gazzetta ufficiale, ma reperibile sul sito web del Ministero della Giustizia).

Relazione tenuta al convegno regionale degli ordini dei dottori commercialisti della regione Friuli VG. del 29.06.2007, presso Villa Manin di Passariano (UD): La riforma della legge fallimentare.