

Il ruolo del Tribunale e del Giudice Delegato alla luce della recente riforma della legge fallimentare*

MAURO BERNARDI

Giudice Delegato presso il Tribunale di Mantova

Con il decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, il legislatore ha perseguito l'obiettivo, già avviato con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, che ha modificato le norme sul concordato preventivo, di disciplinare la procedura fallimentare nel segno di una accentuata privatizzazione della gestione della crisi d'impresa al fine di assicurare una ragionevole durata della procedura - e quindi maggiore efficienza - nell'ambito di un sistema improntato ad un rigorosa applicazione del principio di imparzialità sancito dall'art. 111 della Costituzione.

A tale riguardo va ricordato, quanto al Tribunale (il cui ruolo, quale organo della procedura di cui continua ad essere per intero investito, non è stato profondamente inciso dalla riforma), il venir meno del potere di dichiarare d'ufficio il fallimento, il che comporta non poche difficoltà interpretative soprattutto nei casi di arresto della procedura di concordato preventivo (v. artt. 162, 163, 173, 179, 180, 186 l.f.).

Non è possibile peraltro sottacere che l'iniziativa officiosa è tuttora contemplata nell'art. 3 del d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270 e che, secondo una recente pronuncia della Corte Costituzionale¹, la natura qualificata dell'informativa, desunta nel corso di un procedimento di cui il giudice è formalmente investito, e la doverosità dell'iniziativa escludono che l'avvio d'ufficio del procedimento comporti la violazione del principio di imparzialità.

Quanto poi al Giudice Delegato, l'accentuata posizione di terzietà assunta è evincibile dal fatto che egli: a) non può far parte del collegio che decide sui reclami contro i suoi atti; b) non può decidere i giudizi che ha autorizzato; c) non può istruire le cause di cui all'art. 98 l.f.; d) non può emettere i provvedimenti cautelari come gli era consentito dal previgente art. 146 l.f. ; e) può ormai solo, in limitati casi, emettere i c.d. decreti di

¹ Sent. 15 luglio 2003 n. 240.

acquisizione², mentre conserva la potestà di emettere l'ingiunzione di cui all'art 150 l.f.; f) forma lo stato passivo su proposta del Curatore nei limiti delle domande ed alla stregua delle eccezioni di costui e dei creditori, salvo quelle rilevabili d'ufficio; g) ordina il deposito del progetto di riparto predisposto dal Curatore senza potervi apportare variazioni³.

Tale mutamento di prospettiva ha comportato una profonda modifica delle attribuzioni degli organi concorsuali, posto che il sistema delineato dalla legge del 1942 era informato a criteri marcatamente dirigisti riconoscendo un ruolo centrale al Giudice Delegato direttamente coinvolto nella gestione del procedimento concorsuale.

La realizzazione di tali finalità, di per sé commendevoli, è tuttavia stata attuata riducendo in modo diffuso i poteri gestori del Giudice: egli non dirige più la procedura e, in via generale, funzioni di amministrazione attiva gli sono riconosciute in caso di inerzia, impossibilità di funzionamento del Comitato dei creditori o di urgenza⁴, nonché in caso di accoglimento del reclamo avverso un atto omissivo del Curatore ex art. 36 l.f.⁵, senza tuttavia rafforzarne quelli di vigilanza ed accrescendo specularmente quelli del Comitato dei creditori nell'intento di concentrare le funzioni gestorie in capo a tale soggetto ed al Curatore. Ne è derivato un sistema che a molti è parso offuscare il principio di trasparenza con ricadute negative sul piano dell'efficienza e della speditezza.

Tale incongruente risultato sta facendo emergere due linee di tendenza. Mentre alcuni autori offrono una lettura delle norme riformate coerente con una visione del ruolo del Tribunale e del Giudice delegato ridotto al mero controllo di legittimità, altri autori - pur nella consapevolezza della consistente e non sempre condivisibile riduzione dei poteri anche di controllo di tali organi⁶ - prospettano una interpretazione sistematica del dettato normativo volta a ritagliare una più incisiva funzione in capo ad essi, facendo leva in particolare sui principi di indipendenza del giudice (art. 104 Cost.) e di controllo sulla regolarità della procedura (art. 25 co. I l.f.), sul perdurante connotato pubblicistico della procedura implicante la sua trasparente gestione

² Art. 25 n. 2 legge fallimentare, la cui attuale formulazione ricalca i risultati cui da tempo era pervenuta la giurisprudenza di legittimità (Cass. 15 marzo 2001, n. 3746).

³ Artt. 110 e 117 legge fallimentare.

⁴ Art. 41 legge fallimentare.

⁵ Svariate disposizioni contemplano poi singole ipotesi di intervento del giudice delegato nella gestione: così ad esempio in tema di autorizzazione ad agire in giudizio, liquidazione dei compensi dei coadiutori e dei difensori, autorizzazioni al prelievo di denaro, modalità di impiego della liquidità, autorizzazione all'affitto ed alla continuazione dell'esercizio dell'impresa.

⁶ Vedasi, ad esempio, l'art. 25 nn. 4 e 6 legge fallimentare concernente la revoca, ma solo su proposta del Curatore e non più d'ufficio, di coadiutori e difensori.

(art. 97 Cost.), nonchè sulla figura del Curatore quale pubblico ufficiale ed espressione non di singole categorie bensì dell'intero ceto creditorio. Gli sforzi fatti per tentare di raggiungere la maggiore omogeneità nelle prassi applicative della legge fallimentare sono quindi destinati ad infrangersi di fronte ad un dato positivo che, alla luce delle due opzioni sopra accennate, consente di addivenire, in relazione ad aspetti cruciali della disciplina, a risultati ermeneutici molto diversi e che determinerà inoltre un differente atteggiarsi dei rapporti fra Curatore e Giudice Delegato, atteso che la collaborazione fra di essi dovrà assumere carattere tanto più intenso quanto più penetrante sarà la potestà di ingerenza nelle scelte di merito riconosciuta all'organo giurisdizionale.

Ulteriore conseguenza del tentativo di ridurre al minimo l'intervento del Giudice delegato (oltre all'inevitabile aumento dei costi a carico della massa passiva per il venir meno di quello che è stato definito "il giurista a costo zero") consiste nella possibilità dell'insorgere di un conflitto fra gli organi gestori non risolvibile tramite rimedi endoconcorsuali, atteso che l'impugnativa avverso gli atti del Curatore è consentita solo per motivi di legittimità⁷, laddove è invece proprio sul piano delle scelte attinenti al merito dell'amministrazione che le posizioni del Comitato e del Curatore possono scontrarsi con il conseguente pericolo di un blocco o quantomeno di un rallentamento del corso della procedura. Tale contrasto potrà trovare una definizione solo ricorrendo ai rimedi più drastici e cioè con la sostituzione o del Curatore, del Comitato dei creditori o di suoi singoli componenti. Senonchè siffatta soluzione, oltre a presentarsi come particolarmente delicata, rischia di essere l'unica concretamente praticabile anche nel caso di divergenze concernenti aspetti non particolarmente rilevanti.

Nell'ambito della presentazione del programma di liquidazione il dissenso fra gli organi determina un complesso contenzioso: in caso di mancanza di parere favorevole da parte del Comitato dei creditori, deve infatti ritenersi che il Curatore possa impugnare il diniego⁸, impugnazione che sarà tuttavia ammissibile solo per ragioni di legittimità⁹ (e per eccesso di potere). Se il reclamo verrà ritenuto fondato, il diniego risulterà superato e tenuto conto che, secondo l'art. 36 l.f., il Giudice delegato provvede in

⁷ Art. 36 legge fallimentare; fra i motivi di impugnazione deve tuttavia annoverarsi il c.d. abuso o eccesso di potere.

⁸ Nonostante l'art. 36 legge fall. non faccia menzione del Curatore, si deve attribuire esteso significato al termine diniego - che sembra però riferirsi più ad atti autorizzativi che a pareri - sia per la genericità del termine sia perché non sembra razionale la possibilità di superare la mancata autorizzazione e non il parere contrario.

⁹ Art. 36 legge fallimentare.

sostituzione del Comitato dei creditori laddove invece il Giudice delegato non esprime pareri, si dovrà concludere nel senso che si dovrà prescindere dal parere. Il Giudice delegato autorizzerà quindi il Curatore a procedere in conformità al piano e tale provvedimento sarà reclamabile dal Comitato dei creditori ai sensi dell'art. 26 l.f. con possibilità di *conferma*, nel qual caso la situazione si definisce salvo valutare con grande prudenza l'opportunità di sostituire il Comitato o alcuni suoi membri, di *revoca*, con ritorno alla originaria situazione di stallo ed esiti singolari atteso che, nel frattempo, alcune alienazioni potrebbero essere divenute urgenti e infine di *modifica*, ipotesi nella quale verrà a crearsi una delle situazioni sopra delineate.

L'impugnativa da parte del Curatore non può però concernere vizi di merito che peraltro con maggiore probabilità ricorrono nella fase della liquidazione. Si pensi ad esempio alla difforme valutazione in ordine alla congruità del prezzo di vendita: in tal caso il Giudice delegato dovrà rigettare il reclamo sicché l'unica soluzione (così come nell'ipotesi di mancata proposizione del reclamo da parte del Curatore) sarà quella di procedere alla revoca del Curatore o alla sostituzione del Comitato dei creditori o di alcuni suoi membri. Non sembra infatti possibile che il Giudice delegato possa provvedere in presenza di un diniego di parere favorevole fondato su ragioni di merito poichè altrimenti il termine "parere favorevole" equivarrebbe, in contrasto con il dato positivo, a mero parere non vincolante. Da ciò deriva che nel caso in cui il contrasto tra gli organi abbia ad oggetto questioni di merito, si dovrà ricorrere ad una nuova valutazione che non potrà, però, essere espressa se non da un organo rinnovato.

Procedendo ora all'esame di singole fattispecie in cui l'illustrato contrasto interpretativo si manifesta, viene in considerazione, quanto al Tribunale fallimentare, la norma di cui all'art. 37 bis l.f. la quale, secondo un orientamento che privilegia il dato letterale, obbligherebbe il Collegio, a fronte della richiesta formulata non dalla maggioranza dei creditori bensì da coloro che hanno la maggioranza dei crediti, a nominare in sostituzione il Curatore da essi designato. Una diversa opinione che fa leva, per un verso, sul principio di indipendenza del Giudice e, per un altro, sul dato letterale secondo il quale la richiesta di sostituzione deve essere motivata e la nomina deve avvenire nel rispetto dei criteri di cui all'art. 28 l.f. (che impone al Collegio di motivare sulle specifiche caratteristiche e attitudini del Curatore, quali l'imparzialità e l'efficienza nell'esercizio delle funzioni che costituiscono i cardini cui deve ispirarsi l'attività amministrativa¹⁰),

¹⁰ Art. 97 Cost., art. 1 legge 7 agosto 1990, n. 241 e art. 1 legge 11 febbraio 2005, n. 15.

addiviene alla soluzione esattamente contraria nell'intento dichiarato di preservare il Curatore dalle paventate pressioni dei creditori più forti.

Con riguardo al Giudice Delegato ed ai suoi poteri di controllo (secondo taluno completamente svuotati) va chiarito che egli è destinatario non solo della relazione ex art. 33, I co. l.f. ma anche dei rapporti riepilogativi periodici sia perché è previsto che una copia di essi venga inviata al registro delle imprese, ciò implicando che l'originale vada depositato in cancelleria laddove proprio la mancata espressa previsione di tale formalità aveva fatto dubitare a taluno che il Giudice delegato potesse venire a conoscenza di tale atto (dovendosi anzi ritenere che la copia destinata alla pubblicazione debba essere emendata dei dati riservati menzionati al comma IV della norma in esame), sia perché altrimenti il Giudice delegato non potrebbe adeguatamente esercitare quel potere di controllo e vigilanza che l'art. 25 n. 1 l.f. gli riconosce e l'art. 31, I co. ribadisce.

A riprova della marginalizzazione del ruolo del Giudice delegato vengono ricordate le disposizioni in materia di autorizzazione al compimento di talune categorie di atti di straordinaria amministrazione¹¹ e in tema di vendita delle attività fallimentari ove il potere di sospensione non è esercitabile d'ufficio ma solo ad iniziativa di determinati soggetti¹², norme che prevedono una mera informativa al Giudice delegato cui secondo taluni non residuerebbe alcuna possibilità di intervenire.

Va notato tuttavia che il Giudice delegato, disponendo del potere di convocare il Comitato dei creditori¹³, potrà inviargli una nota che evidenzi le proprie valutazioni critiche in ordine al compimento dell'atto che tale organo è chiamato, in un momento successivo ad autorizzare o meno. Quanto alla fattispecie di cui all'art. 108 l.f., analogamente nulla impedisce al Giudice delegato (che avrà cura di pretendere dal Curatore l'invio di tutta la documentazione attinente alla liquidazione) di esprimere al Comitato dei creditori le proprie osservazioni critiche in ordine agli esiti della vendita ponendolo così in grado, in quanto soggetto legittimato, di attivarsi onde chiederne la sospensione¹⁴.

In entrambi i casi l'informativa al Giudice delegato lo pone in grado, eventualmente, di avviare la procedura di revoca del Curatore.

¹¹ Art. 35 legge fallimentare e specificatamente le transazioni e gli atti di valore superiore ad € 50.000,00.

¹² Art. 108 legge fallimentare.

¹³ Art. 25 n. 3 l.f.

¹⁴ Si deve tuttavia ammettere che i tempi per un siffatto intervento sono piuttosto ristretti.

Divergenti opinioni possono rinvenirsi anche con riferimento al giudizio di rendiconto atteso che, secondo alcuni, a fronte delle contestazioni sollevate dai creditori, il Giudice delegato non avrebbe alcuna voce in capitolo dovendo limitarsi a fissare l'udienza avanti al Collegio di cui non potrebbe fare parte¹⁵.

A prescindere dal fatto che il Giudice delegato può pretendere dal Curatore, sia prima dell'udienza che nel corso della stessa, ogni opportuno chiarimento¹⁶, anche a tale proposito sembra predicabile una diversa soluzione atteso che, ai sensi dell'art. 25 n. 1 l.f., il Giudice delegato è chiamato a riferire al Tribunale su ogni affare per il quale è richiesto un provvedimento del Collegio laddove il rendiconto non è un atto del Giudice delegato.

Pertanto, nella fattispecie, non opera il divieto di cui all'art. 25 II co. l.f. e, d'altro canto, poco si spiegherebbe la fissazione da parte del Giudice di una udienza cui non possa poi partecipare.

Non può pertanto concludersi nel senso che il Giudice delegato sia stato del tutto esautorato dal controllo sulla gestione, potendo poi trasfondere la conoscenza dell'andamento della procedura al Collegio investito della contestazione.

In ordine alla fase di liquidazione viene in rilievo l'approvazione da parte del Giudice delegato del piano di liquidazione predisposto dal Curatore. In proposito si deve ritenere che il Giudice possa non approvare il piano anche in caso di assenso da parte del Comitato dei creditori e ciò non solo per ragioni di legittimità ma anche, entro certi limiti, per motivi di merito avendo egli il dovere di assicurare lo svolgimento regolare della procedura.

Sotto il primo profilo vengono in considerazione la necessità di garantire lo svolgimento dell'attività liquidatoria in conformità ai canoni indicati dal legislatore (ad es. rispetto dei criteri di cui all'art. 107 l.f.) mentre, quanto ai motivi di legittimità, deve ritenersi che la valutazione critica da parte del Giudice delegato non possa trasmodare in un autonomo vaglio delle modalità di dismissione (ad es. vendita secondo le forme previste dal codice di procedura civile ovvero a trattativa privata) ma debba limitarsi ad un sindacato esterno delle scelte operate dal Curatore sotto il profilo dell'abuso o eccesso di potere che costituisce pur sempre un vizio di legittimità e come tale viene considerato nell'impugnazione delle delibere di società.

¹⁵ Art. 25, II comma legge fallimentare.

¹⁶ Art. 25 n. 3 legge fallimentare.

Sarà peranto viziato da eccesso di potere il piano di liquidazione che non contempli una adeguata informazione circa le modalità con le quali essa deve svolgersi o che non contenga una esaustiva indicazione dei criteri adottati per la stima dei cespiti.

Differenti opinioni, da ultimo, si registrano anche in merito alla predisposizione del piano di riparto. In base al combinato disposto degli artt. 110 e 117 l.f., a fronte della presentazione da parte del Curatore del progetto di riparto, “il giudice, sentito il Comitato dei creditori, ordina il deposito del progetto di ripartizione in cancelleria” e decorso il termine per la eventuale proposizione del reclamo da parte dei creditori, dichiara esecutivo il progetto stesso.

Scompare la possibilità (prevista nel testo originario) di apportare variazioni.

Se nessun rilievo può muoversi in ordine alla preclusione da parte del Giudice delegato di incidere, relativamente ai riparti parziali, sull'entità della somma da distribuire¹⁷, trattandosi di decisione attinente al merito gestorio, viene da chiedersi quale ruolo rivesta il Giudice nell'ipotesi in cui il piano di riparto sia redatto in modo che non venga rispettato l'ordine fra i privilegi.

Secondo una autorevole corrente di pensiero, al Giudice sarebbe inibito qualunque tipo di intervento alla luce di quanto si desume dalla lettera della norma e in considerazione dell'avvenuta abrogazione del potere di apportare variazioni.

Anche in tal caso sembra tuttavia prospettabile una diversa soluzione interpretativa volta a consentirgli un intervento correttivo concretantesi nel rifiuto di ordinare il deposito del progetto.

In proposito, va infatti rilevato che: a) il Giudice delegato è tenuto a sentire il Comitato dei creditori le cui osservazioni saranno da parte sua oggetto di necessaria valutazione (altrimenti l'interpello non avrebbe ragione d'essere); b) la graduazione dei crediti attiene ad un controllo di mera legittimità essendo tassativamente fissata dalla legge in stretta correlazione con la causa del credito e si tratta di operazione che non attinge al merito di scelte gestionali; c) un progetto di riparto che non sia conforme alle regole normative sulla graduazione dei privilegi si porrebbe in contrasto con le statuizioni contenute nello stato passivo (di cui il primo provvedimento costituisce atto di esecuzione) in cui il Giudice delegato deve esaminare e

¹⁷ A condizione che la somma da distribuire sia inferiore al limite dell'80% (art. 113 legge fall.) poichè il suo superamento, integrando un vizio di legittimità dell'atto, consentirà l'intervento del Giudice delegato.

decidere d'ufficio le questioni attinenti ai privilegi e indicarne il grado¹⁸; d) il Giudice delegato deve comunque assicurare la vigilanza sulla regolarità della procedura¹⁹ ed il benessere ad un progetto di riparto che contenga violazioni di legge non assolve a tale condizione, tanto più che la sussistenza dei vizi potrà ragionevolmente comportare l'attivazione del reclamo con l'inevitabile allungamento della procedura.

Venendo infine al tema della revoca del Curatore ed osservato che il Giudice mantiene il potere di proposta di tale misura, va contrastata l'opinione secondo cui, in caso di insanabile dissidio con il Comitato dei creditori, la scelta dovrebbe essere inesorabilmente orientata nel senso della revoca del Curatore (in quanto esecutore della sua volontà), attesa la sua posizione di imparzialità a fronte della struttura del Comitato che, per sua natura, non è in grado di rappresentare gli interessi dell'intero ceto creditorio, potendo verificarsi che intere categorie di creditori aventi interessi economici omogenei non vi siano rappresentate.

Occorrerà pertanto vagliare attentamente le ragioni poste a fondamento del contrasto accordando prevalenza alla soluzione che meglio soddisfi gli interessi dell'intero ceto creditorio, in tal modo inevitabilmente operando una scelta afferente al merito della gestione.

Mauro Bernardi

Giudice Delegato presso il Tribunale di Mantova

*La presente relazione costituisce la rielaborazione dell'intervento al convegno su Riforma delle procedure concorsuali e reattività della prassi, organizzato dall'Ordine dei Commercialisti di Brescia, svoltosi a Gardone il 29 e 30 settembre 2006.

¹⁸ Art. 96, II co. legge fallimentare.

¹⁹ Art. 25 I co. legge fallimentare.