

Risoluzione concernente “Disposizioni integrative e correttive del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, recante la disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell’art. 1, co. 5, 5 bis e 6 della L. 14 maggio 2005, n. 80.”.

(Risoluzione del 7 novembre 2007)

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 7 novembre 2007, ha deliberato di adottare la seguente risoluzione:

«Il decreto legislativo 12 settembre 2007 n. 169 “*Disposizioni integrative e correttive del RD 16 marzo 1942 n. 267, recante la disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell’art. 1 commi 5, 5 bis e 6 della legge 14 maggio 2005 n. 80*” emesso in attuazione della delega contenuta all’art. 1, comma 3, della legge 12 luglio 2006, n. 5, ha corretto la disciplina fallimentare sia relativamente alle disposizioni introdotte con la legge 80/05, sia a quelle introdotte con il decreto legislativo n. 57/06.

L’emanazione del decreto legislativo non esonera il Consiglio dall’esigenza di esprimere le proprie valutazioni sulle correzioni introdotte, nella prospettiva di ulteriori interventi correttivi ed integrativi che riportino il sistema fallimentare nell’alveo di un corretto ed imprescindibile controllo giurisdizionale - idoneo a garantire la realizzazione di una tutela piena delle parti deboli coinvolte nel dissesto dell’imprenditore-; che armonizzino il processo fallimentare italiano con i sistemi europei e che, infine, apportino le ormai improcrastinabili modifiche alle disposizioni penali, ancora ferme al 1942, disarmoniche ed estranee al nuovo sistema fallimentare italiano.

Le necessità di correggere il testo riformato della legge fallimentare sono emerse sin dall’entrata in vigore del decreto legislativo n. 5 del 2006; infatti per effetto dell’innalzamento della soglia di fallibilità si è registrata una rilevante riduzione delle dichiarazioni di fallimento e dell’apertura alle procedure concorsuali, con conseguente sottrazione dell’insolvenza al controllo giurisdizionale.

Riguardo ai requisiti soggettivi di fallibilità, il Consiglio superiore della magistratura, nella risoluzione approvata con delibera del 9 novembre 2005, aveva evidenziato i rischi connessi all’innalzamento della soglia di fallibilità ed aveva formulato osservazioni critiche in merito alle conseguenze dello spostamento del carico di lavoro dagli uffici fallimentari a quelli delle esecuzioni. Si era osservato che l’innalzamento della soglia di fallibilità avrebbe inevitabilmente determinato l’aumento delle procedure esecutive ordinarie con conseguente aggravio degli uffici addetti alle esecuzioni individuali e concomitante diminuzione della tutela dei creditori in termini di *par condicio*, in ragione di un’esecuzione coattiva effettuata attraverso procedure non predisposte a garantire la concorsualità.

Si era altresì evidenziata la sottrazione di *chances* di salvataggio delle unità produttive sotto la soglia della fallibilità in ragione dell’effetto liquidatorio disgregativo conseguente all’aggressione individuale dei beni aziendali, si erano evidenziati i rischi connessi alla preclusione, in riferimento ad un’ampia categoria di soggetti, dell’accesso a strumenti di salvataggio previsti dalla nuova legge fallimentare, e nell’ambito delle procedure dell’insolvenza, ad istituti, come “*l’esercizio provvisorio*”, aventi finalità conservative; si era rilevata infine l’esclusione di un’ampia categoria di soggetti dall’accesso al meccanismo premiale dell’*esdebitazione*.

Le previsioni critiche incentrate sulla soglia di fallibilità, come definita dall’art. 1 della legge fallimentare riformata, si sono mostrate fondate e, come è emerso dai dati esposti da tutti i Tribunali italiani e rilevati nella stessa relazione ministeriale, l’entrata in vigore della riforma della legge fallimentare ha determinato il dimezzamento del numero delle dichiarazioni di fallimento.

L’art. 1 legge fallimentare, come modificato dal decreto legislativo correttivo, sgancia la **fallibilità** dalla nozione di piccolo imprenditore con effetti ermeneutici semplificativi.

Se il decreto correttivo, per effetto dell’inserimento del requisito dell’ammontare dei debiti, della previsione della contestualità dei requisiti, del riferimento temporale al quale devono riferirsi i dati dai quali trarre i connotati dimensionali e dell’onere probatorio in ordine al possesso dei

requisiti in capo all'imprenditore, senz'altro riespande la soglia di fallibilità si rimane sempre ben lontani dalla realizzazione di un regime unitario dell'insolvenza, in linea con gli altri ordinamenti europei. Sarebbe stato necessario un diverso approccio, come già osservato dal Consiglio nella precedente risoluzione, riguardo all'apertura delle procedure concorsuali con un accesso definito non dalle qualità soggettive del debitore bensì dalla quantità e dalla qualità dei creditori, con conseguente parificazione, nella fase esecutiva, dell'insolvenza civile all'insolvenza commerciale.

La soglia oggettiva di non fallibilità fissata a **trentamila euro induce in senso opposto ad** osservare che, se da un lato il legislatore delegato attraverso la modificazione dei requisiti soggettivi ha perseguito la finalità di innalzare la fallibilità, dall'altro, dal punto di vista oggettivo, ha operato innalzando il limite dell'insolvenza rilevante così restringendo nuovamente la fallibilità.

Sul versante dell'ampliamento dei poteri degli organi di gestione, diversi dal giudice dal curatore, si registra ad opera del decreto correttivo un ulteriore ampliamento delle competenze del **comitato dei creditori** ed una ulteriore sottrazione dei poteri al giudice fallimentare che il Consiglio superiore non può omettere di stigmatizzare.

Al comitato dei creditori, anziché al giudice delegato per effetto delle modifiche introdotte spetta il potere *di autorizzare il curatore a delegare a terzi specifiche operazioni*.

Nell'ambito del programma di liquidazione, ridefinito come *"l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità ed ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo"* il potere del giudice delegato viene invece ulteriormente circoscritto e limitato all'autorizzazione all'esecuzione degli atti conformi al progetto, mentre spetta al comitato dei creditori l'approvazione del programma. L'acquisizione del parere del comitato creditori condiziona ora la chiusura del fallimento senza accertamento dello stato passivo.

A proposito delle disposizioni che ampliano il potere del comitato dei creditori a scapito del potere del tribunale fallimentare, del giudice delegato e del curatore fallimentare non si può omettere di formulare osservazione di segno negativo in considerazione del fatto che esse radicalizzano la c.d. degiurisdizionalizzazione delle procedure fallimentari; esse operano infatti nel senso della marginalizzazione del tribunale fallimentare, del giudice delegato e del curatore fallimentare.

Nella menzionata risoluzione il Consiglio aveva formulato riflessioni negative in ordine alla direttiva che delegava il governo a conferire ai creditori *"il potere di confermare o chiedere la sostituzione del curatore indicando al giudice un nuovo nominativo"*.

In forza di tale direttiva è stata emessa la disposizione di cui all'art 37 bis legge fallimentare, disposizione che mette in serio dubbio la conformità del nuovo processo fallimentare al principio del giusto processo, come evidenziato dal Consiglio nella menzionata risoluzione: *"il giusto processo si realizza infatti non soltanto attraverso terzietà, imparzialità ed indipendenza del giudice, ma anche attraverso terzietà, imparzialità ed indipendenza degli ausiliari, consulenti ed incaricati del giudice che svolgono la loro attività super partes nel processo. Se nell'ambito della procedura fallimentare è auspicabile l'intervento attivo di un organo quale il comitato dei creditori, portatore degli interessi dei creditori più rappresentativi, in relazione all'ammontare complessivo del credito, non può però ammettersi che l'organo al quale è demandata la cura indifferenziata di tutti gli interessi coinvolti nel fallimento, pubblico ufficiale ai sensi dell'articolo 30 legge fallimentare, venga confermato dai destinatari dei propri atti e che lo stesso, nel caso di richiesta di sostituzione nominativa, diventi esponente degli interessi dei creditori rappresentanti la maggioranza dei crediti ammessi.*

Le conseguenze, in termini di sbilanciamento dei poteri, di una simile previsione sono allarmanti soprattutto ove si consideri che il curatore anziché terzo e rispettoso delle sole direttive del giudice delegato potrebbe essere indotto ad agevolare alcuni creditori a scapito di altri sotto il giogo del rischio della non conferma".

L'art. 37 -bis prevedeva una sostituibilità del curatore su richiesta della maggioranza dei creditori "allo stato ammessi". L'art. 3, comma 9, del decreto correttivo ha modificato l'articolo 37-bis legge fallimentare, introducendo la previsione secondo cui la *richiesta di sostituzione del*

curatore e le designazioni di 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 del decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

La modifica introdotta evita il pericolo che una maggioranza occasionale di creditori presenti in adunanza, come era possibile in base alla previsione che individuava i creditori come quelli allo stato ammessi, provocasse la sostituzione di un curatore sgradito.

Ulteriore correttivo prevede che il tribunale non sia più tenuto a disporre la sostituzione del curatore in ogni caso, ma solo verificata la sussistenza di giusti motivi, in coerenza con i poteri conferiti al tribunale dall'art. 37 legge fallimentare in materia di revoca del curatore.

La fissazione del momento in cui deve formarsi la maggioranza ed il riconoscimento di uno spazio di discrezionalità al tribunale fallimentare riducono però solo parzialmente il potere di alcuni creditori. Rimane comunque la considerazione che l'indipendenza del curatore per effetto del potere riconosciuto ai creditori dall'art. 37 bis legge fallimentare continui ad essere messa a rischio in quanto la potenziale richiesta di sostituzione potrebbe determinare l'effetto che il curatore presti maggiore attenzione agli interessi di alcune categorie dei creditori con effetti sulla sua parzialità. In questo quadro continuano ad essere a rischio di una meno attenta tutela i creditori chirografari, ma pure creditori privilegiati come l'erario e gli enti previdenziali.

In un'ottica di degiurisdizionalizzazione coerente, purtroppo, con l'assetto del nuovo sistema fallimentare, caratterizzato dalla marginalizzazione dell'intervento della giurisdizione, va ad inquadarsi l'eliminazione dell'iniziativa officiosa nella risoluzione del concordato fallimentare.

Il parere del Consiglio non può infine che essere favorevole alle correzioni in materia di effetti personali derivanti dalla dichiarazione di fallimento; in relazione alle correzioni effettuate in materia di **esdebitazione**; riguardo alle disposizioni correttive che sottraggono all'imprenditore la possibilità di avvalersi della facoltà di provare il fatto della **cessazione dell'attività** economica non corrispondente alla data di cancellazione.

Allo stesso modo sono condivisibili le modifiche apportate con riguardo alla facoltà del tribunale fallimentare di chiedere informazioni urgenti; quelle relative all'abbreviabilità dei termini in caso di urgenza ed alla introduzione dell'obbligo di comunicare per estratto la sentenza di fallimento anche al **pubblico ministero**. Osservazioni favorevoli possono essere formulate anche riguardo ai correttivi introdotti al **concordato fallimentare**, salvo che per quanto concerne la degiurisdizionalizzazione della procedura, amplificata ora dalla precisazione che la valutazione di merito della proposta spetta al comitato dei creditori, mentre al giudice delegato spetta una deliberazione di mera legittimità sulla "*ritualità della proposta*".

Osservazioni di segno positivo possono essere formulate pure riguardo alle correzioni introdotte in merito al concordato preventivo, salvo il rilievo negativo concernente l'accentuazione dei connotati c.d. privatistici della procedura determinato dall'intervento correttivo secondo il quale la risoluzione del concordato è condizionata "*alla non scarsa importanza dell'inadempimento*".».