

LA RELAZIONE EX ART. 33 L.F.¹

alcuni spunti riflessivi

SOMMARIO - **1.**Premesse ed inquadramento **2.**Le modifiche della riforma e del correttivo **3.**I destinatari e la segretazione **4.**I termini **5.**La funzione **6.**Il contenuto **7.**Valenza ed efficacia **8.**I poteri istruttori del curatore **9.**La relazione in ipotesi di fallimento delle società **10.**I rapporti riepilogativi semestrali **11.**Fattispecie di reato **12.**Conclusioni e aspetti fiscali.

1. Premesse ed inquadramento.

Il fallimento è lo strumento della regolazione dell'insolvenza dell'impresa, quale procedura imposta al debitore dai creditori o ad iniziativa pubblica; la qualifica di pubblico ufficiale, espressamente attribuita al curatore, costituisce una logica conseguenza (o un'ulteriore conferma) della natura pubblicistica che connota l'intera procedura fallimentare.

Nel diritto concorsuale, la tutela dell'ordine economico implica un corretto rapporto tra giudice delegato, curatore e comitato dei creditori, così che, con la riforma, si è attuato uno spostamento di poteri e responsabilità dagli organi giudiziali della procedura (tribunale e giudice delegato) all'organo rappresentativo dell'interesse della collettività dei creditori (comitato dei creditori) ed all'organo esterno (curatore).

Il ruolo residuo riconosciuto agli organi giudiziali nella gestione economica della procedura resta però tutt'altro che trascurabile, ed il rapporto gerarchico fra i vari organi del fallimento non può considerarsi superato.²

Al curatore, che non è più soggetto, come prima, alla *direzione* del giudice delegato, ma soltanto alla *vigilanza* (affidata anche al comitato dei creditori), sono specificatamente imposti dalla legge **obblighi** a suo carico, quali: la redazione tempestiva della prima relazione e dei rapporti periodici riepilogativi (art. 33), il tempestivo deposito delle somme riscosse (art. 34), la tenuta del registro delle operazioni relative alla sua amministrazione

¹ Relazione nell'ambito del corso di diritto fallimentare, organizzato dall' UGDCEC di Treviso e tenutosi presso la corte d'assise del Tribunale di Treviso in data 15 aprile 2011.

² LINO GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, 3^a ed., Torino 2008, pag. 75

(art. 38, comma 1), l'osservanza del piano di liquidazione approvato (art. 104-ter), nonché la **diligente gestione** della procedura richiesta dalla natura dell'incarico (art. 38, comma 1).

Per l'inosservanza o la violazione dei suoi doveri il curatore ne risponde, oltre che con la revoca dell'incarico, anche con una eventuale **azione di responsabilità promossa nei suoi confronti**; ai sensi dell'art. 38, comma 2 e a differenza della normativa ante riforma, l'azione di responsabilità nei confronti del curatore può essere oggi promossa (dal nuovo curatore) anche su semplice autorizzazione del comitato dei creditori.

Per quanto riguarda la relazione ex art. 33, la sua stesura esige indagini vaste e laboriose in molti campi, dal diritto commerciale al diritto penale, dal diritto civile a quello fallimentare, nonché a quello ragionieristico.

Il contenuto, le funzioni e lo scopo della relazione, la natura giuridica della stessa, l'efficacia probatoria, la riservatezza, la sua rilevanza penale e la responsabilità del curatore nella stesura della medesima, sono temi a volte trascurati sia in dottrina che in giurisprudenza, rendendo impervia e delicata la funzione del curatore fallimentare.

Il tutto da effettuarsi in tempi stretti, propri della procedura, i quali, se irragionevolmente dilatati, oltre a ledere gli interessi dell'economia generale (in quanto congela risorse), violano anche i principi del giusto procedimento (art. 111 cost.) e gli obblighi assunti dal nostro Paese con la Convenzione dei diritti dell'Uomo del 4 novembre 1950³, obbligando lo Stato a risarcire i danni, anche non patrimoniali, sofferti dalle parti (cd. legge Pinto del 24 marzo 2001 n. 89).

Ciò premesso, la relazione particolareggiata, di cui si discute in questa sede, non può prescindere da queste considerazioni, nel senso che la stessa, con i riflessi che innesca (anche in relazione al conseguente ruolo svolto dalla Procura della Repubblica), da un lato assume connotati di giudizio di comportamento di un certo agire nel ruolo socio economico dell'impresa fallita, dall'altro implica un necessario collegamento con il programma di liquidazione che il curatore dovrà redigere ex art. 104-ter l. fall..

Nell'attuale contesto economico di pesante crisi generalizzata e nell'evidente mancanza di risorse dell'Amministrazione pubblica, appare quindi inevitabile da un lato eliminare il corto circuito creato da lunghi giudizi in corso, a volte improduttivi di interessi per i

³ Ratificata con la legge del 4 agosto 1955 n. 5848

creditori, dall'altra comunque percorrere la strada di eliminare prassi, comportamenti, modi di fare e fattori (purtroppo amaramente presenti anche oggi) che, in genere, possano ulteriormente minare il sistema economico.

Lo Stato interviene infatti nell'insolvenza dell'impresa con l'istituto del fallimento per **tutelare l'ordine economico**⁴, non più con la pianificazione corporativa concepita dalla legge del 1942, ma, oggi, con un programma negoziale (ex art. 104-ter l. fall.), soggetto all'approvazione del comitato dei creditori, che va comunicato al giudice delegato, il quale autorizza l'esecuzione degli atti ad esso conformi⁵.

In un'economia di mercato, come la nostra, il danno sociale prodotto dall'insolvenza può essere contenuto solo con gli strumenti dell'autonomia privata, coinvolgendo i creditori che sono i maggiori interessati al salvataggio dei valori ed ai quali sono destinati; l'opera del curatore deve quindi favorire una conversione dei loro crediti in denaro, per assolvere la duplice finalità dell'istituto di realizzare i loro interessi e la conservazione dell'apparato produttivo del sistema.

La relazione ex art. 33 va pertanto inquadrata, a mio avviso, nella duplice funzione informativa:

- a) da un lato, quella di rendere, agli organi competenti, tutti gli elementi necessari alla fase giurisdizionale per l'accertamento delle violazioni all'ordine pubblico ed economico, compiute dai soggetti coinvolti, in modo da eliminare i fattori di disturbo all'economia del territorio;
- b) dall'altro, quella di elencare e dettagliare le migliori modalità di conservazione del patrimonio a favore dei creditori, che potrebbe comportare la promozione di azioni di massa, coinvolgendo i poteri e le garanzie degli stessi creditori, in un necessario legame al (successivo) programma di liquidazione.

Ciò implica che il curatore può trovarsi nell'imbarazzante situazione di dover non solo

⁴ VINCENZO GRECO, *Il fallimento da esecuzione collettiva ad espropriazione dell'impresa*, Milano 1984, ove si rileva che non assolveva più alla funzione di realizzare in modo rapido ed efficace gli interessi dei creditori i quali, anzi, avrebbero preferito conservare l'azione individuale, come era provato dal fatto che era stata conservata a quelli che si intendevano favorire, come il credito fondiario e l'esattoria.

⁵ E non può esprimere alcun giudizio di convenienza (nel piano del concordato preventivo, da ultimo vedasi Cass. 25 ottobre 2010 n. 21860).

segnalare alla competente Procura elementi di interesse ai fini delle indagini preliminari in sede penale, ma anche promuovere eventuali azioni di responsabilità in conseguenza del comportamento non ortodosso degli organi societari e/o di terzi; azioni, cioè, potenzialmente dirette anche nei confronti di colleghi.

Nel sistema della legge fallimentare, infatti, il curatore è legittimato ad agire in rappresentanza dei creditori limitatamente alle c.d. *azioni di massa*, finalizzate, cioè, alla ricostruzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo.

È quindi a tutti evidente ed intuibile la difficoltà di trovare quell'equilibrio di fondo che, nell'ambito degli obblighi del curatore, non rappresenti né un atteggiamento arbitrariamente aggressivo (per così dire legato a situazioni di principio o personali), né un atteggiamento omissivo, blando o addirittura compiacente.

In tal senso, nelle scarse indicazioni previste dal comma 1 dell'art. 33 l. fall., pur supportate da apprezzabili note ed osservazioni di autorevoli Procure,⁶ credo che la relazione ex art. 33 debba pertanto essere inquadrata con finalità tali da determinare una ricostruzione del passato e un'azione futura in modo pratico, ma approfondito, senza sfiorare in sterili sensibilità e/o giudizi; tuttavia senza pretendere di restare legati in modo superficiale solo all'esperienza comune o alla prassi o, magari, all'arbitrarietà.

Né la relazione particolareggiata deve essere interpretata come un documento slegato dal contesto del fallimento; non deve essere vista né come un mero adempimento del curatore, né come una sterile elencazione di fatti, perché dalla stessa dipendono una serie di conseguenze, non solo in capo ai falliti, agli amministratori, agli organi di controllo, ovvero a terzi, ma, soprattutto, perché la stessa rappresenta il documento più importante (congiuntamente ai rapporti periodici riepilogativi) della funzione pubblica di tutela dell'ordine economico, nel quale, specie dopo la riforma, il curatore riveste un ruolo importante.

Credo che in questo difficile **equilibrio**, la relazione del curatore, così inquadrata, non possa prescindere da una approfondita **collocazione dei fatti**; elemento, questo, che implica

⁶ Vedasi, per esempio, le indicazioni della Repubblica di Milano presso il tribunale ordinario, pubblicate in *Manuale del curatore fallimentare* – Ipsosa, 2006

una certa morale delle funzioni, siano esse imprenditoriali (compiute cioè da soggetti prima del fallimento), siano esse pubblicistico/istituzionali (da parte del curatore, dopo il fallimento).

Tale morale kantiana delle funzioni si deve quindi basare su qualcosa di assolutamente certo e saldo: il **dovere**; dovere di un agire corretto a tutela dell'ordine economico, che rappresenti un faro di riferimento e di indirizzo, non solo per il curatore (nella stesura della relazione) ma anche dei soggetti coinvolti prima del fallimento.

Sebbene gli esempi quotidiani e la nostra esperienza collettiva di questi ultimi anni, specie nel campo economico, ci presentino e ci abbiano presentato innumerevoli casi di decadenza morale, credo che ogni uomo, dotato di ragione, senta in modo sicuro e consapevole la morale come un dovere; in altre parole, di fronte a certe situazioni, un uomo razionale sente il dovere di fare una scelta, alla quale seguirà un comportamento conseguente.

Anche gli imprenditori o i professionisti più spregiudicati, ma che ancora conservano la razionalità, sentiranno il dovere di porsi il problema della scelta, di come comportarsi; questo è il momento che precede ogni successiva azione reale.

La relazione deve recepire, quindi, non solo l'elencazione dei fatti meccanicistici compiuti in se stessi, ma per poter essere di ausilio al giudice e al pubblico ministero, credo debba anche indagare sul "*perché*" di quei fatti, cioè sul contesto economico e contingente, nonché sulle ragioni che hanno comportato tali fatti ed eventi.

La morale del dovere, dell'agire in modo corretto, è quindi un fatto di ragione, come necessità del dovere di scegliere; tale momento credo vada quindi preliminarmente e necessariamente ricercato dal curatore, al fine di dare una corretta lettura dei fatti e degli eventi che saranno poi trasfusi nella sua relazione.

Non si tratta di esprimere un giudizio, né deve esserlo; si tratta invece di approfondire le circostanze e la situazione del momento in cui le decisioni, dalle quali sono poi derivati i fatti, è maturata in capo ai soggetti.

La difficoltà espositiva del curatore, nella relazione, credo stia quindi nel cercare di ricostruire, con equilibrio, non solo gli schemi della causalità dei fatti rilevati (senza pretendere di imporre a posteriori principi di comportamento in quella sede dovuti), ma

anche (e soprattutto) il senso di quell'operare economico nel contesto in cui si è svolto.

Dovrà essere evitato, pertanto, il collegamento in modo diretto e asettico del singolo evento con il richiamo normativo dal quale possa discendere un'ipotesi di reato o di responsabilità, ricercando, invece, il filo conduttore dell'evolversi delle vicende dell'impresa fallita nel periodo anteriore alla dichiarazione di fallimento, soprattutto sotto il profilo patologico, in modo da verificare l'esistenza o meno di un violato ordine economico e di una prima visione prospettica della liquidazione coattiva.

L'accertamento sull'esistenza di colpe e di doli, anche eventuali, saranno e dovranno rimanere di competenza di altri organi, dalla Procura al Tribunale penale.

Compito del curatore è innanzitutto quello di "ricercare" e di "vedere" i fatti e, quindi, quello di esporli nella relazione al giudice, non con criteri di "Ragion Pura", bensì con criteri di "Ragion Pratica"⁷, collocandoli nel contesto ambientale e dinamico della situazione in cui si sono svolti, che va anch'essa ricostruita, in modo da dare una chiave di lettura il più possibile corretta in un rapporto *morale=dovere*.

Un compito, insomma, decisamente non facile.

Nella ricerca di tale inquadramento della relazione, va tenuto presente che le trasformazioni profonde non sono quelle che sollevano clamore, ma quelle che procedono silenziosamente ed agiscono nel lungo periodo, per piccoli passi e con moto costante.

Così, sul terreno dell'economia, procedono inesorabili la globalizzazione sia dei mercati che dei processi produttivi, mentre, sulla scena del diritto, si assiste alla transizione verso concetti della c.d. *lex mercatoria*; in questo scenario economico, gli odierni protagonisti sono le imprese multinazionali e i grossi gruppi, i quali hanno imposto, ed impongono, un modello comportamentale anche alle piccole aziende che caratterizzano il nostro territorio, comunemente detti "terzisti".

Le multinazionali oggi dominano il mondo; gli Stati sovrani, per potenti che essi siano, non sono più altrettanto sovrani quanto in passato, in quanto governano solo un frammento del mercato globale, mentre le multinazionali operano su base planetarie e sono in grado di

⁷ "La Ragion Pura deve attenersi al sensibile, la Ragion Pratica deve astenersene!" I. KANT, in "Critica della Ragion Pratica".

controllarlo nella sua interezza.

In questo quadro, si affievolisce il principio di *statualità* del diritto, ed il contratto fra privati prende talvolta il posto della legge in molti settori della vita sociale, spingendosi fino a sostituire o ad influenzare funzioni pubblicistiche di protezione degli interessi generali, propri di una intera collettività, così che si assiste al sopravvento di autorità *tecnocratiche*, con un conseguente slittamento da una democrazia giuridico-rappresentativa verso una tecnodemocrazia.

Tutto questo può non piacere; ma è con questa realtà che, anche in sede fallimentare o concorsuale, ci dobbiamo misurare.

Rappresentare i fatti dell'insolvenza di un terzista, il comportamento dell'imprenditore, degli amministratori, degli organi di controllo e, in genere, dei terzi coinvolti, senza inquadrare il contesto in cui tali fatti si sono svolti, può essere non solo riduttivo ma, spesse volte, anche fuorviante.

In questi casi, concentrare l'attenzione su fatti che potrebbero, di per se stessi, generare responsabilità anche penali, come ad esempio una bancarotta semplice documentale a seguito di una contabilità semplificata, o reati di natura tributaria, come ad esempio, l'omesso versamento di Iva o contributi previdenziali, potrebbe, in un'ottica di tutela dell'ordine economico, essere riduttiva e non utile (atteso che comunque la condanna penale non risolve il danno sociale creato).

Ben più utile, a mio avviso, sia nell'interesse dei creditori che del sistema economico, potrebbe essere invece un approccio ricostruttivo sull'abuso della dipendenza economica, sancito oggi dalle norme sulla direzione e coordinamento (artt. 2497 e ss. gg. c.c.), sulla legge delle subforniture nelle attività produttive (ex art. 9 L. 192/1998), sulla tutela della concorrenza e del mercato (ex L. 287/90) o sui principi internazionali *Unidroit* del 2004.⁸

⁸ L'art. 1.7 dei Principi **Unidroit 2004** prevede che "*ciascuna parte deve agire in conformità della buona fede nel commercio internazionale*".

La buona fede è considerata una delle fondamentali idee ispiratrici dei Principi, affermando in termini generali che ciascuna parte deve agire in conformità alla buona fede durante l'intero ciclo del rapporto.

Altrettanto importante è il successivo Principio **1.8** secondo il quale "*Una parte non può agire in modo contraddittorio rispetto ad un intendimento che ha ingenerato nell'altra parte, e sul quale questa ha ragionevolmente fatto affidamento a proprio svantaggio*".

Altra linea di inquadramento dei fatti esposti nella relazione, mi pare oggi quella in ordine alla consecuzione delle procedure, specificatamente concordato preventivo, accordi di ristrutturazione (ex art. 182-bis) o piani di risanamento (ex art. 67 l. fall.), non andati a buon fine, in forza dei quali, dall'ormai sbandierato "diritto" della soluzione privatistica della crisi, ci si trovi invece a gestire l'insolvenza conseguente nell'ambito di una procedura pubblicistica come quella del fallimento.

L'aspetto è particolarmente sentito, soprattutto alla luce della recentissima sentenza della Cass. 25 ottobre 2010 n. 21860⁹, che ha sancito che il giudizio sulla fattibilità (in qualunque fase della procedura) non spetta al Tribunale, ma è demandato ai creditori, che devono esprimere tale giudizio in occasione della votazione; con la conseguenza che potrebbe aprirsi ed omologarsi un concordato, nella perfetta consapevolezza da parte del Tribunale, che lo stesso poggi su un piano non fattibile.

Gli obblighi del successivo curatore, in questo caso, credo non possano trascurare l'interesse della massa a veder correttamente ricostruito un attivo, eventualmente eroso da scelte operate dall'imprenditore e dai suoi professionisti, qualora venisse accertato un evidente danno al ceto creditorio in forza di piani che, in un'ottica ex ante, palesemente non potevano essere realizzati.

Il luogo comune dei concetti comparativi "*tanto il fallimento non produce vantaggi migliori della proposta formulata ai creditori*", ovvero "*spetta solo ai creditori decidere*", credo assuma una veste diversa in sede fallimentare, rappresentando (forse) un postulato nelle altre soluzioni deflative della crisi, ma non certo in sede fallimentare, in cui l'eventuale azione di responsabilità è demandata al curatore.

In altri termini, nell'interesse del ceto creditorio, credo che la relazione ex art. 33 non possa prescindere da una quantificazione del danno generato da una procedura che non avrebbe mai potuto raggiungere le finalità proposte e, quindi, amaramente naufragata nel dichiarato fallimento, con irreversibile distruzione del patrimonio, di mancati vantaggi anche in ordine temporale, di revocatorie non più esperibili, di risorse bruciate, di privilegi o

⁹ In Fall. 2/2011, p. 167, con ampi commenti di M. Fabiani e G. Bozza.

preferenzialità o addirittura di prededucibilità¹⁰ costituite con il piano stesso, di danno all'economia territoriale e, in via generale, di tutte quelle conseguenze di lesione alla *par condicio* che un suddetto piano, mal predisposto ovvero mal attestato, possa aver causato.

Credo che se, come si è detto, il faro orientativo del curatore nella stesura della propria relazione, debba essere quello dell'identificazione di una morale economica dell'agire, intesa come dovere e come esigenza razionale di una scelta in quel momento da parte dei soggetti coinvolti, la ricostruzione dovrà necessariamente approfondire il contesto, evidenziando comportamenti illegittimi o quantomeno colposi, anche tra loro in concorso, evidenziando le correlate responsabilità.

Visione privatistica, libera scelta delle soluzioni della crisi e giudizio di fattibilità dei piani rimesso ai creditori sono, oggi, aspetti certamente non discutibili alla luce delle recenti sentenze del giudice di legittimità; libertà di iniziativa e responsabilità devono però andare di pari passo, per cui tali scelte, libere e privatistiche, a suo tempo compiute, riverbereranno conseguenze delle quali ciascuno, per il proprio ruolo, dovrà farsi carico.

Non mi pare infatti tollerabile, in una visione di buona fede, di professionalità coinvolte e di interessi in gioco, che si pretenda, nella fase iniziale della crisi, la più ampia autonomia ed insindacabilità, salvo poi pretendere, nel momento in cui questa crisi iniziale (magari mal gestita) sfoci nella gestione pubblicistica di un fallimento, che il curatore, per asseriti motivi tautologici, non debba comunque indagare su tali scelte perché, all'epoca, sarebbero state legittimamente "libere".

Infine, altro aspetto di inquadramento riguarda il problema del rapporto con le banche, della loro connotazione e del loro ruolo, non solo perché la banca è la sede fisiologica ove si riverberano le attività economiche dell'impresa, ed attraverso la banca transitano tutti quegli elementi che possono rilevare ai fini delle azioni della curatela e dell'azione penale nell'ambito di un fallimento,¹¹ ma anche in relazione all'ipotesi di danno derivante dall'attività di sovvenzione abusiva del credito, effettuata dalla banca in concorso con

¹⁰ Queste ultime ex art. 182-quater l. fall. introdotte con l'intervento legislativo del 2010 (D.L. 78/2010 convertito in L. 30 luglio 2010 n. 122).

¹¹ Per un più approfondito esame v. ALESSIO LANZI, *Profili penalistici dei rapporti tra banche ed organi fallimentari*, atti del Convegno nazionale, in Fall. 9/1997, p. 935.

l'amministratore, nei confronti di quei creditori che potrebbero aver subito pregiudizio dalla continuazione dell'impresa in stato di insolvenza, poi fallita, allo scopo di mantenerla artificialmente in vita.

È risaputo che la concessione di fidi irregolari, erogati cioè direttamente (con esplicita delibera) o in via indiretta (con l'ingiustificata tolleranza dello sconfinamento da parte del sovvenuto) a favore di soggetti incapaci di assicurare una normale restituzione delle somme a causa dell'insufficienza delle loro condizioni patrimoniali, sia perché insolventi, sia perché *potenzialmente* insolventi, configura concessione abusiva del credito da parte della banca erogatrice¹².

In un'ottica di interesse economico tutelato va perciò fatto presente che l'attività bancaria, pur essendo di natura privata, non rappresenta solo espressione della libera attività d'impresa, ma è anche un'attività di interesse pubblico, in quanto tale sottoposta alla vigilanza della Banca d'Italia, per cui, avvedendosi dell'insolvenza irreversibile del proprio cliente, deve chiederne il fallimento o quanto meno sospendere i finanziamenti.

Per la sua complessità, l'argomento è particolarmente delicato, in connessione ai nuovi istituti deflattivi della crisi e dei più ristretti termini di revocatoria, anche alla luce delle recentissime sentenze della Cassazione nn. 17284 del 23.07.2010 e 13413 del 01.06.2010.¹³

Inoltre, per stimare la correttezza delle operazioni bancarie, oggi non è più possibile trascurare la disciplina dei finanziamenti previsti dal nuovo art. 182^{quater} l. fall., introdotto dal D.L. 78/2010¹⁴ in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica.

Ciò detto, una corretta descrizione nella relazione ex art. 33 l. fall. delle cause e circostanze del fallimento e della diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, credo possa oggi essere ricercata (anche) in queste situazioni e non possa trascurare tutto un universo di rapporti commerciali, di contratti e di relazioni, di conseguenze sociali, di equilibri finanziari e patrimoniali, di dinamiche temporali e di un divenire di fatti tra loro concatenati; in altre parole, di un "*sistema*" che vede oramai consolidato un coordinamento,

¹² Cass. 13.01.1993 n. 343

¹³ In *Fall.* 3/2011 p. 305 ss.gg.

¹⁴ convertito in L. 122/2010

a volte universalmente accolto dagli operatori, con conseguenti profili di diversificate responsabilità in termini sia di abuso di soggetti terzi dominanti, sia di spregiudicate azioni di risanamento (solo apparentemente tutelate da istituti giuridici) sia, infine, di un complesso sistema finanziario collegato e/o connesso.

2. Le modifiche della riforma e del correttivo.

La riforma del 2006 ha inciso in modo modesto sull'art. 33 l. fall., modificando il 1° e il 3° comma, lasciando invariato il 2° comma ed introducendo ex novo il comma 4.

Il 1° comma prevede ora che il termine assegnato al curatore per presentare la propria relazione al giudice delegato sia di 60 giorni (contro il mese precedente), ritenuto in taluni casi ancora insufficiente¹⁵; in un'ottica di ridurre il più possibile le conseguenze personali del fallimento, nell'ottica di una spersonalizzazione della procedura fallimentare che attribuisce rilevanza solo all'impresa ed al suo esercizio sotto il profilo patrimoniale, è stato altresì eliminato l'obbligo del curatore di dare conto anche del tenore di vita privata del fallito e della sua famiglia.

Rimane tuttavia la previsione dell'art. 217 l. fall. che, nell'ambito della bancarotta semplice, prevede tra l'altro, quale ipotesi di reato, quella dell'imprenditore fallito che ha operato spese eccessive rispetto la sua condizione economica per se stesso e per la propria famiglia, ovvero nel dissesto in operazioni di pura sorte od imprudenti; attesa la rilevanza penale che tali fatti possono assumere, secondo autorevole dottrina il curatore li *deve* comunque evidenziare nella relazione, nonostante la sua connotazione personalistica.¹⁶

Nel 3° comma fa ora corretto riferimento non ai sindaci, ma agli organi di controllo introdotti dalla riforma societaria.

Il 4° comma sembra invece ora vincolare (e non più semplicemente facoltizzare) il giudice delegato a disporre la segretazione (e cioè la non allegazione al fascicolo della procedura) delle parti della relazione tassativamente elencate.

Marginali sono anche le modifiche apportate dal decreto correttivo del 2007, che si è

¹⁵ Così PALUCHOWSKY

¹⁶ RUGGIERO, Trattato delle procedure concorsuali, vol. 3, Milano 2010, pag. 119.

limitato a sostituire, nel comma 1, il riferimento all' "istruttoria penale" con quello alle "indagini preliminari in sede penale" ed a regolamentare, con il 5° comma, i rapporti riepilogativi semestrali.

3. I destinatari e la segretezza.

Destinatario della relazione ex art. 33 l. fall. è pertanto, in via principale, il *giudice delegato*, al quale dovrà essere inviato l'originale nella sua versione integrale.

Una volta segretata in alcune sue parti da parte del giudice delegato, l'originale verrà tenuto separato dal fascicolo fallimentare (verosimilmente nella cassaforte della cancelleria), mentre una copia della stessa relazione segretata andrà inserita nel fascicolo fallimentare; ai sensi dell'art. 90 l. fall., la copia segretata avrà come destinatari il *comitato dei creditori* e/o ciascuno dei suoi membri.

Copia della relazione - nel suo testo integrale - va rimessa a norma dell'art. 33, comma 4, al *pubblico ministero*.

La "presentazione" al giudice della relazione deve quindi essere "formalizzata" con il preventivo deposito presso la cancelleria, che la trasmette al giudice delegato ed in copia al pubblico ministero, essendo escluso che il giudice delegato possa ricevere un qualunque atto direttamente dal curatore.

Sotto un profilo pratico, il curatore dovrà quindi, contestualmente al deposito della relazione integrale, chiederne la sua segretezza, che il giudice disporrà in alcune parti; per favorire l'opera di segretezza è opportuno che le parti potenzialmente oggetto di segretezza siano inserite in appositi capitoli.

Una volta che il giudice abbia indicato le parti da segretare, il curatore predisporrà quindi una copia senza le parti segretate, in modo che il comitato dei creditori (o ciascun suo componente) possa prenderne visione (art. 90, c. 2)¹⁷; a tal fine è opportuno ricordarsi di eliminare anche gli eventuali allegati richiamati nella parte segretata.

La segretezza è **obbligatoria** per le parti della stessa relazione relative a:

- "*responsabilità penale del fallito e di terzi*", quale necessaria conseguenza delle

¹⁷ Nel regime previgente era incerta la sussistenza della possibilità di consultazione da parte del comitato dei creditori.

esigenze di coordinamento con il comma 1 dell'art. 329 c.p.p.¹⁸, nonché:

- "*azioni che il curatore intende proporre qualora possano comportare l'adozione di provvedimenti cautelari*", nell'ipotesi se ed in quanto si prospettino possibili pronunciamenti di provvedimenti di natura cautelare a salvaguardia delle ragioni della procedura, rispondendo all'esigenza di preservare l'utilità concreta di tali provvedimenti;
- "*circostanze estranee agli interessi della procedura e che investano la sfera personale del fallito*", che deve avvenire soltanto qualora i presupposti appena citati sussistano contemporaneamente.

Dalla circostanza che il 4° comma dell'art. 33 disponga che copia della relazione, nel suo testo integrale, debba essere trasmessa al pubblico ministero, sembra doversi riconoscere che la stessa possa senz'altro valere quale atto d'indagine di rilevanza penale, anche se non si può in essa identificare un vero e proprio atto di istruzione probatoria.

Il potere di segretezza potrebbe dare luogo non solo a problemi in ordine alla sua effettiva latitudine, ma anche comportare problemi di coordinamento con altri adempimenti procedurali che condividono ed esigono le stesse notizie; a tal fine potrebbe venire in supporto il successivo programma di liquidazione, che deve essere sottoposto al parere del comitato dei creditori, peraltro vincolante, e che deve contenere le azioni esperibili dalla procedura.

Per quanto concerne i rapporti riepilogativi, i destinatari, oltre al giudice delegato, al comitato dei creditori e al pubblico ministero (in questo caso la norma non prevede alcun obbligo specifico codificato), vi è anche l'obbligo di deposito al Registro delle Imprese nei 15 giorni successivi alla scadenza del termine per le osservazioni.

In altri termini, il rapporti riepilogativi sono integralmente pubblici.

4. I termini.

Come si è detto, la relazione particolareggiata deve essere presentata al giudice delegato entro 60 giorni dall'accettazione della nomina; in assenza di una espressa connotazione nel

¹⁸ Ai sensi del quale gli atti di indagine compiuti dal Pubblico Ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari.

testo del comma 1, sembrerebbe che tale termine non abbia carattere perentorio.

Il comma 2, parte seconda, prevede invece che il giudice possa invitare il curatore a rimmettergli una relazione sommaria anche prima del termine dei 60 giorni, sull'esigenza di esperire prontamente, prima che giungano a compimento termini di prescrizione e decadenza, le iniziative giudiziarie che le circostanze del caso suggeriscono.¹⁹

Anche se il curatore ha rimesso al giudice la relazione sommaria, lo stesso curatore non è esentato dall'obbligo di predisporre anche la relazione particolareggiata.

Va sottolineato che il termine dei 60 giorni potrebbe risultare stretto, quantomeno perché interviene prima della verifica dello stato passivo, fase del procedimento in cui, di prassi, emergono fatti nuovi, imprenditoriali e contabili, che forniscono elementi per inquadrare le fattispecie e per completare la ricostruzione degli accadimenti della impresa fallita.

L'informativa tempestiva, anche prima della verifica dello stato passivo, troverebbe invece una sua *ratio* nel potere di controllo dell'operato del curatore (ex art. 37-bis) da parte dei creditori stessi, i quali potrebbero motivare (avanti il giudice) il mancato rispetto dei termini come una lentezza previsionale della futura gestione, ovvero sul semplice fatto che il mancato deposito comporta il venir meno dello strumento fondamentale di informazione per l'esercizio dell'attività di controllo e di vigilanza.

La prorogabilità o meno del termine, per un'assenza di una espressa disposizione normativa e per l'assenza di una disponibilità della procedura in capo al giudice, vede due orientamenti:

- l'uno (Pajardi) diretto a consentirla, previa autorizzazione del giudice delegato, ritenendo non perentorio il termine;
- l'altro (Grossi), pur non negando la prorogabilità del termine, prevede la redazione di una relazione sommaria per fornire comunque le prime indicazioni, salvo successive integrazioni.

Nell'impossibilità, quindi, di depositare l'elaborato definitivo in tempo utile, può essere opportuno depositare un elaborato parziale, con riserva di integrazione accompagnata dalla indicazione degli elementi da approfondire e di quelli che ostano al deposito dell'elaborato

¹⁹ ABETE, *Commento all'art. 33*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007

definitivo.

Sotto un profilo penale, il contrarsi dei tempi della prescrizione in forza di recenti provvedimenti legislativi, giustificherebbe oggi la celerità nel deposito dell'elaborato, quale elemento essenziale nel perseguimento dei reati fallimentari.

5. La funzione.

La funzione della relazione va identificata in un proficuo esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo demandate al giudice delegato; è quindi indispensabile fornire al medesimo organo giudiziario le adeguate e puntuali informazioni previste dall'art. 33 l. fall..

La funzione essenziale della relazione è pertanto quella di inquadrare, in un documento, l'evolversi delle vicende dell'impresa fallita nel periodo antecedente la dichiarazione di fallimento²⁰, soprattutto sotto il profilo patologico, e dare una prima visione delle prospettive di liquidazione della procedura coattiva;²¹ la relazione particolareggiata è infatti anche diretta ad esplicitare le prospettive della procedura e gli atti che il curatore ritiene di porre in essere.

Il legame tra la relazione ex art. 33 l. fall. e il programma di liquidazione è quindi intuibile: la prima, infatti, rappresenta una premessa al programma di liquidazione, avendo un contenuto parzialmente sovrapponibile, soprattutto con riguardo alle azioni di massa, a quelle civili e a quelle recuperatorie, gli atti già impugnati dai creditori e quelli che il curatore intende impugnare, ossia le azioni revocatorie, restitutorie e di simulazione, da indicarsi in modo approfondito.

I due documenti, pur sovrapponendosi almeno in parte per taluni elementi che devono essere indicati in entrambi, si differenziano tuttavia sotto vari profili.

Più in particolare:

- sotto il profilo delle *finalità*: mentre la relazione ex art. 33 ha uno scopo illustrativo e informativo, specificatamente nei confronti del giudice delegato e del pubblico ministero, in merito ad iniziative da adottare relativamente alla conservazione del

²⁰ GIOVANNI LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Milano 2008

²¹ ALDO RUGGIERO, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano 2010, vol. 3, pag. 117

patrimonio e alle responsabilità, civili e penali, del dissesto, il programma ha invece un carattere programmatico ed operativo;

- sotto il profilo del *contenuto*: la relazione deve ricostruire le cause del dissesto, i profili di responsabilità degli amministratori, degli organi di controllo, dei soci ed eventualmente di soggetti terzi, mentre il programma ha un vasto contenuto di carattere liquidatorio e conservativo.

La conoscenza puntuale delle cause e delle circostanze del dissesto agevola il giudice nell'esplicazione, tra gli altri, del potere di autorizzare l'esercizio provvisorio (ex art. 104 l. fall.), ovvero l'affitto a terzi dell'azienda (ex art. 104-bis l. fall.) e, in ordine alla diligenza spiegata dal fallito, nel collegamento con la disciplina dell'esdebitazione prevista dall'art. 142 l. fall.

La relazione (ovviamente segretata) ha anche una *funzione esterna*, nella misura in cui consente una maggiore partecipazione del comitato dei creditori, offrendogli uno strumento (anche periodico) di informazione, con possibilità di intervento tramite le osservazioni.

La relazione e i rapporti riepilogativi periodici costituiscono, quindi, il principale strumento di controllo e di vigilanza sia per il giudice delegato che per il comitato dei creditori.

6. Il contenuto.

La relazione deve indicare in modo puntuale e specifico:

6.1 - Le cause e circostanze del fallimento

Il curatore dovrà, come primo aspetto della relazione, descrivere i connotati dell'impresa fallita, informando il giudice delegato su tutti gli eventi che hanno inciso sulla struttura della stessa, strettamente collegato all'accertamento della diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa.

Una ricognizione delle cause e delle circostanze del fallimento può basarsi anche sulle notizie assunte nei verbali di interrogatorio delle persone che hanno gestito l'impresa (v. successivo § 8).

Come anticipato in premessa, l'impresa fallita va calata nel contesto dell'economia di mercato in cui ha operato, nell'ambito dello specifico comparto o settore di operatività e di

concorrenzialità.

Le risultanze contabili, i bilanci ed i libri sociali sono fonti pregnanti nell'individuazione delle cause e delle circostanze del dissesto.

Dall'analisi dei **libri sociali** potranno essere individuate le principali operazioni straordinarie, le dismissioni di beni, il ricorso al credito, i leasing, gli acquisti di beni immobili e dei principali macchinari, il rilascio di fidejussioni e comunque operazioni per le quali si rendano necessarie delibere collegiali.

Dall'analisi dei **bilanci** e dei partitari si potranno evincere i fatti di gestione che hanno caratterizzato l'andamento dell'attività (volume d'affari, valore della produzione, entità dell'esposizione debitoria nei confronti dei fornitori, dei dipendenti, delle banche e dei soggetti che in genere forniscono i fattori produttivi all'impresa), nonché le movimentazioni intervenute nelle immobilizzazioni, nel magazzino, nell'entità del patrimonio, nelle dismissioni di beni, nei pagamenti preferenziali, ecc..

Inoltre, molto utile mi pare l'analisi comparata dei bilanci dei periodi antecedenti il fallimento, la quale consente sicuramente di pervenire all'individuazione di un andamento che rappresentava il preludio allo stato d'insolvenza.

Nell'ambito delle analisi di natura previsionale, anche in un rapporto di consecuzione di procedure di crisi, può tornare invece utile utilizzare anche i modelli proposti da *Altman*.

L'analisi della "*documentazione contabile*", congiuntamente ad una valutazione temporale delle poste di bilancio, potrà sicuramente contribuire ad identificare il momento in cui la crisi si sia trasformata in insolvenza.

Nel tentativo di ricercare il periodo c.d. "*sospetto*", quello, cioè, in cui l'impresa abbia evidenziato il proprio stato di insolvenza, non si può non rilevare come lo stato di insolvenza, per assumere pregnante rilevanza pratica in tal senso, non deve rimanere negli affari privati dell'azienda, cioè in uno stato che non lede i diritti soggettivi e meritori di tutela dei terzi, ma deve essere manifesto, apparente ed invadente dello sviluppo dei diritti soggettivi altrui, comprimendo il loro esito.

La manifestazione esteriore dell'insolvenza va quindi ricercata in alcune manifestazioni esterne all'impresa, come ad esempio in protesti, bilanci a patrimonio netto azzerato, comunicazioni pubbliche di insolvenza, casse integrazioni straordinarie, ovvero con una

conclamata e pubblica incapacità dell'impresa a far fronte alle proprie obbligazioni.

La relazione sulle vicende storiche del dissesto andrà contestualmente integrata con un'indagine di carattere giuridico che dovrà accertare l'eventuale violazione dei principi di correttezza e verità nella redazione dei bilanci da parte dell'impresa fallita, nonché la manifestazione di irregolarità preordinate a fatti illeciti costituenti reati.

Particolare attenzione dovrà poi essere posta in tutti quei casi in cui l'insolvenza non derivi da naturali processi di decadenza, da situazioni di crisi di tipo congiunturale, strutturale, finanziaria o di perdita della vitalità del sistema aziendale, ma da *particolari fattori scatenanti* che, in genere, si accompagnano a manovre distrattive o, comunque, da ingerenze abusive; in tal caso, il curatore dovrà altresì approfondire se determinati fatti non siano stati dolosamente preordinati allo scopo di preconstituirsì un valido giustificativo sul verificarsi del dissesto.

Specie in questo periodo si assiste anche a dissesti causati dal fallimento di altre imprese con cui l'impresa fallita intratteneva consistenti rapporti commerciali; nell'interesse della massa in tal caso andranno approfonditi anche i rapporti infragruppo o contrattuali tra le parti.

6.2 - Sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del fallito o di altri.

L'obbligo di informazione in sede di relazione non si concentra soltanto sulla condotta del fallito o dei soggetti "propri" della bancarotta, bensì anche (eventualmente) di altri soggetti.

6.3 – Su quanto possa interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale.

La relazione *deve* altresì riferire sulla responsabilità anche penale del fallito.

La dottrina sostiene che il curatore, nonostante la qualifica di *pubblico ufficiale*, non rivesta la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria, non avendo il compito di ricercare ed accertare l'esistenza di reati.

Ne conseguirebbe che:

- a) ai sensi dell'art. 347 c.p.p., solo la polizia giudiziaria, acquisita la notizia di reato, dovrebbe riferire senza ritardo al pubblico ministero, per iscritto, gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti, indicando le fonti di prova e le attività

compiute, delle quali trasmette la relativa documentazione;

- b)* non esiste un rapporto gerarchico tra PM e curatore; nella fase antecedente o contemporanea al dibattimento non è possibile la delega di indagine ex art. 370 c.p.p., il che non esclude che per richiesta del PM, del giudice (ex art. 507 c.p.p.) o della difesa, il curatore non sia sollecitato a completare alcuni accertamenti che gli spettano per il chiarimento delle vicende su cui, in forza dell'obbligo di relazione, deve riferire;
- c)* conseguentemente, non è possibile una "delega" di indagine o di assunzione di mezzi di prova (es. sequestro documentale presso banche o altri uffici).

La prassi vede l'indagine sui reati fallimentari originata dalle segnalazioni della relazione del curatore; salvo casi particolari, è assai raro che la polizia giudiziaria avvii autonomamente un procedimento per questi reati: tanto può accadere per violazioni di tipo tributario, ovvero per reati patrimoniali a cui segua o sia, comunque, nota la pendenza di procedura concorsuale.

Il curatore è dunque un po' il "rubinetto"²² dell'indagine preliminare: con la conseguenza che un cattivo curatore (per negligenza o per incompetenza negli accertamenti) potrebbe pregiudicare seriamente lo sviluppo processuale.

La relazione ex art. 33 rappresenta, per lo più, il primo atto procedimentale che lega il ruolo del curatore alla vicenda penale ed è istituzionalmente indirizzata al giudice delegato e non al PM, cui è trasmessa in copia però tramite la cancelleria del Tribunale.

All'obbligo di assumere informazioni e di riferire in relazione, corrisponde una forte ed inconsueta dotazione di potestà cognitive in capo al curatore, il quale, nel procedimento/processo relativo a reati fallimentari, è persona informata sui fatti o testimone.

In fase di giudizio il suo esame è, quindi, quello del testimone, regolato dall'art. 194 e ss. c.p.p.; infatti, per il suo ruolo, è organo "terzo" sia rispetto al fallito, sia agli estranei che con lui concorsero nel reato o che commisero reati fallimentari; ma è anche "terzo" rispetto ai creditori, nella evidente impostazione dell'art. 240 l. fall. e, soprattutto, nella sua mansione di verificatore delle pretese che saranno insinuate al passivo fallimentare e nella potestà di esperire azioni per la valutazione delle ragioni al riguardo, ovvero azioni revocatorie in loro pregiudizio.

²² G.G. SANDRELLI, *L'esame del curatore fallimentare*, in <http://appinter.csm.it>

Egli è anche persona offesa e legittimato alla costituzione di parte civile (nei limiti stabiliti dall'art. 240 l. fall.) per fare valere interessi della massa.

7. Valenza ed efficacia.

È inoltre discusso in dottrina e giurisprudenza la valenza da attribuire alle affermazioni contenute nella relazione del curatore, attese le finalità che si intendono perseguire, sia di ordine civilistico che penalistico, ed attesa la qualità di pubblico ufficiale rivestita dal curatore.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 236 del 27.04.1995 ha riconosciuto alla relazione del curatore la natura di documento che, a norma dell'art. 234 c.p.p., può essere acquisito ed utilizzato come prova; ne consegue che anche se contenesse notizie utili ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, detta relazione non costituisce di per sé una notizia di reato e come tale, dunque, non può essere disciplinata.

Anche la Cassazione Penale²³ ha affermato che la relazione del curatore fallimentare è annoverabile fra i documenti che, ai sensi dell'art. 234 c.p.p., possono essere acquisiti ed utilizzati come prova nel processo di bancarotta; più recenti orientamenti²⁴ della stessa Suprema Corte paiono mediare tra le varie soluzioni interpretative, statuendo che l'efficacia probatoria del contenuto della relazione va diversamente valutata a seconda della natura delle risultanze dalla stessa emergenti.

Si distingue, quindi, tra:

- a) accertamenti di *atti e di fatti direttamente compiuti dal curatore*, pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, la cui relazione farebbe piena prova fino a querela di falso degli atti e dei fatti che egli attesta essere stati da lui compiuti o essere avvenuti in sua presenza;
- b) *dichiarazioni rese dai terzi*, ovvero per quanto riguarda fatti venuti a conoscenza del curatore e soltanto riferiti; in tal caso la relazione rimane liberamente valutabile in ordine alla sua veridicità, avrebbe valore presuntivo, e sarebbe suscettibile di prova

²³ Cass. Pen. 21.9.1992

²⁴ Cass. 8704/1998

contraria.

Tali fatti potrebbero avere efficacia di prova esclusivamente quando da essi, per univocità, gravità e concordanza, derivino giustificate presunzioni;

c) eventuali *ragionamenti ed opinioni*, infine, si collocherebbero fuori dal campo delle prove.

Pare doversi comunque escludere, per orientamento univoco, che la relazione del curatore possa avere efficacia di titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, n. 3, c.p.c., anche riconducendosi la valenza della relazione del curatore agli atti di cui agli artt. 2699 ss. gg. c.c.²⁵.

In tal senso, ulteriori prese di posizione sono emerse nella giurisprudenza di merito: secondo App. Napoli, sez. III, 30.3.2005, sarebbe da escludere che le affermazioni contenute nella relazione del curatore fallimentare possano intendersi fare piena prova fino a querela di falso, qualora non sia stato specificato il modo di accertamento, da parte del curatore, delle circostanze che ne costituiscono oggetto, costituendo, in questo caso, dette affermazioni, solo indizi liberamente valutabili.

Secondo il Trib. Milano 16.5.1988 e 22.6.1989, qualora venga prodotta in un giudizio di cognizione promosso dal curatore, la relazione non potrebbe costituire prova dei fatti in essa contemplati e posti a fondamento della domanda giudiziale.

8. I poteri istruttori del curatore

L'argomento ha una evidente e rilevante portata pratica, posto che si tratta di individuare le possibilità e i limiti che il curatore incontra nell'acquisizione delle notizie che costituiscono il contenuto tipico della relazione ex art. 33 l. fall.²⁶

Si ritiene²⁷ che tra i poteri del curatore rientri anche quello di assumere informazioni da terzi e di redigere verbali delle dichiarazioni dagli stessi rese.

Tale potere, in realtà, non trova uno specifico appiglio normativo, ma si giustifica alla luce

²⁵ RUGGIERO, *op. cit.*, 125

²⁶ V. CASTAGNA – G. CANDIOTTO, *La relazione del curatore fallimentare*, Rimini, 1998, p.41

²⁷ PROVINCIALI

della qualifica di pubblico ufficiale spettante al curatore e del carattere officioso ed inquisitorio che permea di sé l'intero procedimento fallimentare²⁸; i terzi non hanno tuttavia l'obbligo di rendere al curatore dichiarazioni *lato sensu* testimoniali.

Le dichiarazioni non potranno comunque avere valore di prova testimoniale in un successivo giudizio, ma potranno essere utilizzabili dal curatore ai fini della propria attività tipica.

Con riferimento al soggetto fallito (o agli amministratori della società fallita), più che un potere per il curatore pare costituire un obbligo dello stesso fallito (ex art. 49 l. fall.), necessario alla ricostruzione dell'attivo e del passivo fallimentare; l'inosservanza di un comportamento attivo e collaborativo da parte del fallito, resterebbe infatti penalmente sanzionata ai sensi dell'art. 220 l. fall.

In forza delle modifiche apportate dal D.Lgs. 5/2006 non è ora più previsto l'accompagnamento coattivo a mezzo della forza pubblica; fra i primi commentatori vi è chi ha ipotizzato che si possa continuare a fare ricorso all'accompagnamento coattivo del fallito "nei casi più estremi"²⁹, mentre, secondo il Tribunale di Palermo 23.01.2006, risulterebbe in ogni caso inammissibile il ricorso all'accompagnamento coattivo.

In ogni caso, secondo la norma generale di cui all'art. 68 c.p.c., il giudice può sempre avvalersi della forza pubblica, quale strumento di funzionalità della procedura³⁰.

Le testimonianze del fallito e la consegna della documentazione si appalesa quindi come indispensabile, in quanto sia strumentale alla ricostruzione del passivo, sia al controllo in ordine alla regolarità delle operazioni compiute ai fini dell'accertamento delle responsabilità di carattere civile o penale, sia al recupero del patrimonio della massa dei creditori.

In ordine al potere del curatore di acquisire documentazione relativa all'attività del fallito presso terzi, può assumere particolare significato i rapporti con gli istituti di credito; a fronte di una inammissibilità sancita dalla giurisprudenza in ordine alla portata dell'art. 25 n. 2 l. fall., tale acquisizione viene fatta valere in forza del principio generale di correttezza e buona fede

²⁸ V. CASTAGNA – G. CANDIOTTO, *op. cit.*, p. 44

²⁹ GROSSI, cit. in FERRO, *La legge fallimentare*, Cedam 2007, p. 349

³⁰ IOZZO

di cui all'art. 1175 c.c., pure dopo lo scioglimento *ex lege* del rapporto contrattuale con la banca, posto che esso non comporta l'automatico venir meno di tutti i diritti ed obblighi reciproci derivanti alle parti dal contratto.

Nell'ambito del giudizio di cognizione volto ad accertare il diritto del curatore alla consegna di copia dei documenti parrebbe anche prospettabile la richiesta di emanazione di provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., ravvisandosi il *periculum in mora* nel rischio che una ritardata disponibilità della documentazione costituisca un ostacolo allo svolgimento dei molteplici compiti istituzionali affidati al curatore.

9. La relazione in ipotesi di fallimento delle società

Per i casi di fallimento di società, ai sensi dell'art. 33, c. 3, l'ambito della relazione si estende *“ai fatti accertati e le informazioni raccolte intorno alla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, dei soci ed eventualmente di estranei alla società”*.³¹

In tal senso, oltre alle classiche azioni civili di responsabilità, credo vadano valorizzate le norme di diritto societario sulla direzione e coordinamento, di cui agli artt. 2497 ss. gg. c.c., che hanno introdotto la responsabilità (anche) verso i creditori sociali *“per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società”* non solo da parte delle società ed enti dominanti, ma anche da *“chi”* abbia comunque preso parte al fatto lesivo.

Per una serie di argomentazioni, che qui non richiamo per brevità di esposizione, in dottrina si afferma che tale azione dei creditori vale anche per le società a responsabilità limitata, perché tale azione è nel sistema delle società di capitali, in quanto, all'autonomia patrimoniale perfetta di queste società deve correlarsi il diritto dei creditori di agire per responsabilità contro coloro che la governano.³²

Ammessa l'azione dei creditori per tutte le società di capitali (anche Srl), in caso di

³¹ Trattandosi di norma processuale e non penale, si ritiene possibile l'interpretazione estensiva ed analogica, includendo nel novero anche soggetti propri della società non esplicitamente elencati, quali i direttori generali, i liquidatori (art. 223, 224 l. fall.), ovvero l'instutore (art. 227 l. fall.) e, tra gli “estranei”, sicuramente i creditori (es. art. 232 e 233 l. fall.).

³² A. MARCINKIEWICZ, *Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito*, in *Fall.* 3/2011 p. 309.

fallimento tale azione non può che spettare al curatore in virtù della previsione dell'art. 146, comma 2, 1. fall., che è norma speciale, a nulla rilevando che l'art. 2394 bis c.c. richiamato faccia rinvio esclusivo alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori delle società per azioni.

Va poi ricordato che, ai sensi della lettera b) del secondo comma dell'art. 146 l. fall., l'azione di responsabilità può essere promossa anche contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'art. 2476, comma 7, c.c.

Altro aspetto rilevante, in caso di fallimento delle società, riguarda potenziali azioni di responsabilità nei confronti degli organi societari legate a false comunicazioni in sede di bilancio, legate alla valutazione delle poste, in concomitanza a piani di risanamento.

Sotto tale profilo, ricordo che è in corso di approvazione il documento OIC sulla ristrutturazione del debito e dell'informativa di bilancio, emesso in bozza il 25.05.2010; premetto subito che le regole previste da tale principio contabile non devono essere necessariamente applicate, per espressa previsione nel principio stesso.

Tuttavia, l'emanando principio OIC prevedrebbe espressamente al § 6.1 che *“qualora la ristrutturazione del debito risulti strumentale per garantire il rispetto del principio di continuità aziendale (going concern), tale circostanza deve chiaramente essere indicata nella nota integrativa (e/o nella relazione sulla gestione) al bilancio.*

Se la ristrutturazione non si è ancora perfezionata alla data del bilancio, ove il mancato realizzo dell'operazione dovesse far venir meno la sussistenza dei requisiti per il rispetto della continuità aziendale, occorre illustrare nella nota integrativa i motivi per i quali il bilancio in corso di predisposizione viene redatto in un'ottica di going concern.

Se negli esercizi successivi a quello in cui si è perfezionata la ristrutturazione, gli effetti economici-finanziari dell'operazione rimangono rilevanti, occorre fornire adeguata informativa in nota integrativa”.

A tale scopo viene raccomandata la rappresentazione nominativa dei debiti scaduti, i debiti oggetto (e quelli non oggetto) di ristrutturazione, la percentuale sul totale debiti di quelli oggetto di ristrutturazione, ecc.

Nella nota integrativa del bilancio relativo all'esercizio in cui si è perfezionata la ristrutturazione o all'esercizio in cui sono in corso le trattative tra il debitore e il creditore,

occorre fornire una descrizione degli aspetti principali dell'operazione di ristrutturazione del debito, tra cui:

- la tipologia di ristrutturazione del debito;
- la data della ristrutturazione;
- una descrizione sintetica delle fasi mediante le quali si è svolta (o è in corso di avvio o svolgimento) l'operazione di ristrutturazione del debito;
- la/e modalità mediante la/e quale/i è stata operata la ristrutturazione del debito;
- la tipologia dei debiti oggetto della di ristrutturazione;
- la presenza di eventuali condizioni risolutive o sospensive dell'accordo;
- la tempistica prevista per la definizione della ristrutturazione, qualora l'accordo di ristrutturazione del debito non si sia concluso (o non si sia ancora perfezionato da un punto di vista giuridico) alla data di riferimento del bilancio;
- la presenza di eventuali pagamenti potenziali (ad esempio in presenza di success fee) che il debitore si impegna ad effettuare nei confronti del creditore al raggiungimento di certi obiettivi economici o finanziari o al verificarsi di determinate circostanze;
- la presenza di eventuali *covenant* al cui rispetto è legato il successo dell'operazione.

La **finalità** è intuibile: nell'assistere, con crescente frequenza, a situazioni in cui le imprese non sono state in grado di soddisfare i loro debiti, a causa di gravi e spesso perduranti difficoltà economiche e/o finanziarie, si è ritenuto utile definire il trattamento contabile e l'informativa integrativa da fornire in merito agli effetti prodotti da un'operazione di ristrutturazione del debito, in modo che questo venga a conoscenza dei terzi attraverso il deposito del bilancio.

Sebbene le regole previste da tale principio contabile non debbano essere necessariamente applicate, né si ritengono vincolanti (in simmetria) per il creditore che aderisce all'accordo, mi pare che nella relazione ex art. 33 l. fall. potrebbero essere valorizzati alcuni aspetti di causalità (e quindi di danno) tra il comportamento (omissivo o silenzioso) adottato dall'imprenditore ed il pregiudizio subito dai terzi ignari della posizione di insolvenza e di mancata continuità aziendale già parecchio tempo prima del fallimento, allo scopo di mantenerla artificialmente in vita mediante un piano di ristrutturazione poi franato.

10. I rapporti riepilogativi semestrali.

Soppresso con la riforma l'obbligo di sommarie esposizioni mensili, si parla oggi di rapporti riepilogativi semestrali; la norma in commento non lo specifica, ma è comunque chiaro che anche i rapporti riepilogativi, alla pari della relazione particolareggiata, debbono essere indirizzati al giudice delegato.

Nel rapporto riepilogativo semestrale, gestito informaticamente a Treviso con la piattaforma Fallco, è necessario che il curatore illustri sinteticamente (oltre alle attività svolte, le informazioni raccolte dopo il deposito della prima relazione, il conto della gestione del periodo) le motivazioni in base alle quali non intende o non è in grado di effettuare riparti, anche parziali.

Il curatore, nel rapporto riepilogativo, può opportunamente spiegare i motivi che lo spingono a non esperire azioni di recupero dei crediti (in quanto inesigibili o con recuperi eccessivamente costosi in rapporto all'importo del capitale recuperabile) e illustrare gli adempimenti della procedura ancora da intraprendere o in corso di svolgimento.

Come noto, il rapporto riepilogativo va trasmesso al comitato dei creditori ed al giudice delegato; sul punto la norma non specifica la necessità, per il curatore, di avere acquisito le osservazioni del comitato prima che il rapporto riepilogativo sia presentato al giudice.

Poiché la trasmissione in copia al comitato dei creditori è prevista allo scopo di consentire a detto organo l'esercizio del potere di vigilanza di cui al 1° comma dell'art. 31 l. fall., può essere opportuno che il curatore depositi il rapporto periodico senza attendere le eventuali osservazioni del comitato, in modo da rispettare i tempi scanditi dalla legge e relazionare periodicamente il giudice dell'andamento della procedura.

Qualora il comitato dei creditori (o anche uno solo dei suoi componenti) depositi eventuali osservazioni, il curatore provvederà a rispondere in merito, depositando successiva integrazione della relazione periodica.

Ai rapporti riepilogativi vanno allegati il conto della gestione, e cioè, considerato quanto previsto nel 1° comma dell'art. 116 l. fall., non solo un prospetto contabile di spese e entrate, ma anche una descrizione della gestione della procedura, così da rendere possibile un controllo, sia sotto il profilo della regolarità contabile, sia nel merito della gestione.

Ricevuta copia del rapporto riepilogativo e delle eventuali osservazioni nei suoi confronti proposte dal c.d.c. o da qualcuno dei componenti di quest'ultimo, il RI provvederà a pubblicizzarli tramite l'iscrizione nella sezione ordinaria del registro.

11. Fattispecie di reato

Senza entrare nel merito dei singoli reati fallimentari, societari e tributari che potrebbero emergere nell'indagine del curatore e da travasarsi nella relazione ex art. 33 l. fall., credo che in sede di stesura della relazione ex art. 33 l. fall., ai fini di una proficua azione di tutela dell'interesse economico del territorio, il curatore debba recepire le indicazioni e gli orientamenti, anche informali, dell'esperienza giudiziaria dell'Ufficio della Procura della Repubblica, materia che lascio alla successiva autorevole esposizione del Procuratore dott. Fojadelli.

Poiché dalla denuncia potrebbe derivare anche un processo penale, il curatore è in genere preoccupato di incorrere da un lato nel reato di calunnia, dall'altro in quello di omissione di atti d'ufficio; poiché tali rischi di delitto debbono essere accompagnati dal dolo del curatore, credo che quest'ultimo debba evitare di esporre consapevolmente circostanze false o di omettere, altrettanto consapevolmente, circostanze di fatto idonee a provare la sussistenza del reato.

In via generale, la relazione dovrà pertanto riassumere e sintetizzare:

- i termini essenziali nei quali si manifestano le tipiche fattispecie di reato in cui il curatore può imbattersi più frequentemente, con l'indicazione degli articoli e delle disposizioni di legge, i quali, anche se non obbligatori, possono comunque agevolare il PM nella lettura della denuncia;
- esporre una corretta ricostruzione dei fatti e delle circostanze essenziali in cui gli stessi si sono svolti, corredando il tutto con documentazione o dichiarazioni scritte, rilasciate al curatore, il più possibile complete ed organiche;
- descrivere, in termini chiari e concisi, i dati "storici" e l' "ambiente" delle vicende che si intende evidenziare, richiamando gli atti giuridici o i comportamenti, dai quali si ritiene siano derivate conseguenze penalmente rilevanti;
- indicare le generalità complete sia dei protagonisti, sia dei c.d. "spettatori".

12. Conclusioni e aspetti fiscali

Come si è visto, la redazione di una corretta relazione ex art. 33 l. fall. è compito non semplice da parte del curatore, il quale rimane stritolato tra gli obblighi e le omissioni del suo ufficio, con potenziali responsabilità anche di natura penale.

Come tutte le relazioni, credo che le stesse debbano essere necessariamente inquadrare secondo una finalità: quest'ultima, in rapporto ai soggetti destinatari, agli obblighi imposti dalla legge e per la natura dell'incarico, credo possa essere in generale ricollegata alla tutela dell'interesse economico pubblico, imponendo al curatore di concentrarsi sulle azioni civili di responsabilità e fornendo i corretti elementi alla Procura nel caso di ravvisassero ipotesi di fattispecie di reato delle quali lo stesso curatore dovesse venire a conoscenza.

Il legame necessario al successivo programma di liquidazione, che il curatore dovrà redigere ex art. 104-ter l. fall., lo porterà a focalizzare l'interesse dei creditori con eventuali azioni di massa che, tranne casi oramai classici, assumono oggi, in un modificato e complesso sistema economico, connotati nuovi ed ancora non del tutto esplorati.

Infine, sotto un profilo fiscale, secondo una sentenza della Cassazione oramai datata (Cass. 2117/1963), i documenti allegati alla relazione non sono soggetti all'obbligo di registrazione; al pari, in quanto atto interno dell'esecuzione collettiva, non è soggetta al contributo unificato previsto dal Dpr 115/2002, né all'imposta di bollo e ai diritti di cancelleria, in quanto tributi assorbiti dal contributo pagato per l'intera procedura fallimentare.³³

Sante Casonato

³³ MANDRIOLI, *Il Fallimento*, 2002, p. 479.