

## IL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE

Sommario:

1-Funzione dell'istituto; 2-Termine per la presentazione del programma; 3-Il contenuto del programma; 4-La procedura per l'approvazione del programma- 4.1-Le modifiche introdotte dal decreto correttivo; 4.2-Il ruolo del comitato dei creditori e del giudice nella procedura di approvazione del programma; 4.3-Contenuto e i limiti del potere autorizzativo attribuito al giudice delegato dall'ottavo comma dell'art. 104 ter; 5-Gli effetti del programma; 6-La retrocessione dei beni non alienabili

### 1-Funzione dell'istituto

Il curatore fallimentare, nel vigore della legge del '42, ancorchè tutti i provvedimenti di liquidazione dell'attivo fossero di competenza del giudice delegato (tranne, in alcuni casi, l'esercizio provvisorio), era libero di fissare i tempi della liquidazione dei beni, di decidere l'ordine da seguire nella vendita dei vari cespiti, di valutare l'opportunità di vendite particellizzate o in blocco; in sostanza era il curatore che dettava i tempi ed i modi della liquidazione sottoponendo di volta in volta al giudice delegato la richiesta delle necessarie autorizzazioni o dei necessari provvedimenti, fermo restando che il giudice, in forza dei suoi poteri direttivi, poteva in ogni momento intervenire su tali scelte.

Questa libertà del curatore è stata in qualche modo, più che limitata, incanalata in tempi predefiniti e in schemi predeterminati dall'art. 104 ter, che disciplina il programma di liquidazione, che costituisce una novità nel panorama del fallimento.

Per la verità di programma si parlava già nell'art. 54 del D.lgs. 270/99, ma questo è un programma che deve tener conto della duplicità di indirizzi cui la procedura di amministrazione straordinaria può essere indirizzata (e le finalità di ristrutturazioni non è presente nel fallimento); ed anche quando è adottato l'indirizzo della cessione, il programma ha, principalmente la funzione di indicare le modalità della cessione dei complessi aziendali, segnalando le offerte pervenute o acquisite, nonché le previsioni in ordine alla soddisfazione dei creditori. Quello fallimentare ha, invece, una funzione più ampia e più pianificatrice in quanto ora il curatore deve predisporre, fin dall'inizio, un programma, teso a razionalizzare la fase di liquidazione dell'attivo, che definisca le modalità e i termini della liquidazione dell'attivo al quale deve attenersi; deve, cioè, predisporre un piano di azione e deve indicare tanto le scelte strategiche quanto le scelte

operative, prefigurando i risultati ottenibili dalle operazioni di gestione del patrimonio fallimentare.

Che questa sia la funzione del programma di liquidazione non sono mai sorti dubbi, ma ad essa si aggiungeva anche la funzione autorizzativa degli atti od operazioni in essa inclusi, ora venuta meno, come si vedrà, dopo l'intervento del decreto correttivo che ha demandato al giudice delegato il compito di autorizzare i singoli atti, per cui si è resa opportuna la definizione secondo cui "il programma costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo"; nulla, sotto questo profilo, muta rispetto a quanto si era ritenuto fin dalla introduzione della norma nel tessuto normativo relativo alla liquidazione, se non una accentuazione della valenza di indirizzo generale del programma onde esaltarne, come è stato ben detto (Esposito) "la funzione centrale in seno alla procedura fallimentare al fine di evidenziare come, di per sé, la pianificazione sia elemento di ottimizzazione delle risorse, dato che il processo di trasformazione, dell'attivo in denaro, è ottimizzato laddove sia realizzato non più con operazioni diversificate, non coordinate, occasionali e non rientranti in una strategia unitaria, bensì nel quadro di un razionale programma di liquidazione predisposto dal curatore".

Questa accentuazione della valenza pianificatoria e di indirizzo del programma non esclude affatto il mantenimento del criterio della analiticità nella redazione, sia perché questo è concetto immanente ad ogni pianificazione, sia perché è lo stesso legislatore che, nell'elencare il contenuto minimo del programma, fa capire, come si vedrà, che questo non può esaurirsi in una generica esposizione di ciò che il curatore intende fare, ma deve contenere un piano articolato e specifico con l'indicazione anche del possibile esito delle azioni recuperatorie risarcitorie e revocatorie, sia, infine, perché, dovendo il piano essere approvato dal comitato dei creditori ed i singoli atti autorizzati dal giudice, secondo la novità introdotta con il decreto correttivo, è chiaro che il piano deve presentare quel tasso di analiticità tale da porre il comitato dei creditori in condizioni di effettuare un controllo effettivo sulla completezza delle analisi sviluppate dal curatore e sulla adeguatezza delle soluzioni prospettate e così via e da consentire al giudice delegato di appurare se l'atto di cui viene chiesta l'autorizzazione sia stato incluso nel programma approvato.

Oltre all'analiticità è richiesta anche la completezza, nel senso che il programma deve riguardare tutte le attività di liquidazione, comprese quelle attività non espressamente indicate nell'art. 104 ter, la cui elencazione non può ritenersi esaustiva.

Completezza ed analiticità vanno, tuttavia coniugate con la flessibilità, indispensabile in qualsiasi attività previsionale per la imprevedibilità di alcuni fattori che possono condizionare il mercato, tanto più quando questa attività deve essere svolta entro un periodo di tempo molto breve che potrebbe non consentire l'acquisizione di tutti i dati necessari. Per questo motivo il quinto comma dell'art. 104 ter prevede la possibilità di programmi suppletivi, di cui si dirà, ma anche questa possibilità non deve essere intesa come una scappatoia per approntare allo'inizio programmi generici, perché anche lì dove il curatore non sia in grado di predisporre un piano completo ed analitico, deve pur sempre indicare le ragioni per cui non provvede, fare riferimento agli assets la cui liquidazione non può programmare, fare previsioni alternative o subordinate in funzione dei possibili scenari prefigurabili, ecc.

Inoltre, il programma di liquidazione che abbia le indicate caratteristiche, oltre che allo scopo di programmazione, è utile anche ai fini della rendicontazione sia in corso di procedura, essendo evidente che il rapporto semestrale di cui al quinto comma dell'art. 33 sull'andamento della gestione non può che fare riferimento a quanto programmato, sia al momento del conto gestione finale, quando diventa inevitabile il controllo di eventuali scostamenti rispetto al quadro prognostico delineato nel programma, per cui questo deve essere redatto in modo da consentire un effettivo esercizio dell'attività di controllo sulla gestione del curatore, stante la rilevante autonomia di cui egli gode nel nuovo sistema normativo.

In ogni caso la specificazione del legislatore del correttivo è utile per meglio differenziare la funzione del programma di cui si sta parlando dalla relazione ex art. 33, con la quale vi è una qualche sovrapposizione di contenuti; in particolare nella parte in cui la relazione al giudice deve indicare "gli atti del fallito già impugnati dai creditori, nonché quelli che egli intende impugnare" (secondo comma art. 33), espressioni che, seppur finalizzate a fornire una rappresentazione della condotta del fallito, si ritrovano nelle "azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie" di cui alla lettera c) dell'art. 104 ter, 2° comma). In realtà la relazione ha una funzione meramente informativa alla luce della quale il giudice delegato e il P.M. (al quale la relazione va trasmessa) possono valutare le azioni da intraprendere a tutela del patrimonio e di perseguire i responsabili del dissesto in sede civile e penale; il programma ha invece una funzione più strettamente operativa in quanto è l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini secondo i quali il curatore intende procedere alla liquidazione.

## 2-Termine per la presentazione del programma

Il documento di cui trattasi deve essere predisposto dal curatore (si tratta di atto inderogabile di tale organo non delegabile) entro sessanta giorni dalla chiusura dell'inventario.

Questo termine, per quanto flessibile in ragione del fatto che il dies a quo è parametrato alla conclusione delle operazioni di inventario, che possono richiedere poco o molto tempo, sembra essere comunque troppo breve e insufficiente ad acquisire tutti gli elementi utili sulla composizione dell'attivo fallimentare, sul valore dei beni (gli stimatori dovranno operare molto in fretta per fornire in tempo utile le stime), sulle possibilità di realizzazione del patrimonio e di esercizio di azioni recuperatorie (in senso lato) e su quant'altro necessario per redigere un programma esauriente e completo, tanto più che in quello stesso periodo anche altre incombenze impegnano il curatore, tra cui la predisposizione del progetto di stato passivo.

Proprio la previsione del termine indicato fa capire che la liquidazione è svincolata dalla dichiarazione di esecutività dello stato passivo, cui la vecchia legge subordinava l'inizio dell'attività liquidatoria, salve le urgenze, né è possibile stabilire una priorità dell'una sull'altra operazione perché diversi sono i termini entro cui compierli, dato che i sessanta giorni per il deposito del programma di liquidazione incominciano a decorrere dalla redazione dell'inventario e il termine finale (per cui potrebbe essere fissato anche un termine anteriore) per la verifica è di centoventi giorni-, portati dal decreto correttivo a centottanta in caso di particolare complessità della procedura (art. 15 comma primo, n. 4)-, che decorrono dal deposito della sentenza dichiarativa di fallimento.

Presumibilmente dovrebbe venire a scadenza prima il termine di cui all'art. 104ter, il che pone qualche problema di coordinamento.

In primo luogo ci si deve chiedere se il programma debba essere egualmente predisposto nel caso di inventario negativo, che potrebbe giustificare il decreto di cui all'art. 102 secondo cui il tribunale può disporre di non farsi luogo all'accertamento del passivo "se risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura".

A mio parere nel termine di legge il curatore deve comunque presentare il programma di liquidazione (a meno che non sia stato già chiuso il fallimento a norma dell'art. 108 n. 4) posto che, pur in mancanza di beni inventariati, potrebbe comunque sussistere la possibilità di esperire azioni recuperatorie, risarcitorie o revocatorie, che vanno indicate nel

programma; qualora non sia prospettabile alcuna possibilità di attivo neanche futuro, il programma potrà avere soltanto la funzione di relazionare su questa situazione, salvo poi a chiedere al tribunale di non dal luogo all'accertamento del passivo a norma dell'art. 102. Tale norma richiede, peraltro, "una relazione sulle prospettive della liquidazione", che coincide esattamente con il programma di liquidazione negativo nel quale il curatore espone la mancanza di beni da liquidare nonché l'impossibilità di instaurare quelle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che consentirebbero di realizzare l'attivo.

Questa sovrapposibilità tra i due atti fa sì che, ove sia stata fatta la richiesta di cui all'art. 102 prima della scadenza del termine di cui all'art. 104ter, il curatore non sia tenuto a presentare il programma di liquidazione o, comunque, possa limitarsi a presentare la relazione sulle prospettive della liquidazione.

Le interferenze maggiori tra programma di liquidazione e passivo nascono, tuttavia, quando vi sono beni inventariati, giacché potrebbe essere indispensabile conoscere l'entità e la composizione del passivo per valutare se alienare tutto l'attivo inventariato, se svolgere azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie; anche in questi casi il programma va comunque predisposto nel termine di legge, prevedendo soluzioni alternative per l'ipotesi che l'entità del passivo non giustifichi più determinate operazioni.

Nulla è detto circa la perentorietà o meno del termine nè circa eventuali proroghe. La mancanza di indicazioni in proposito fa pensare che si tratti di termine ordinatorio; del resto recentissimamente la S.C. -Cass. 4 febbraio 2009, n. 2706- ha ritenuto che il termine indicato nell'art. 181 di sei mesi per pervenire all'omologa del concordato preventivo ha natura ordinatoria proprio per la mancata espressa qualificazione di perentorio, sebbene in quel caso a favore della perentorietà giocasse l'argomento della proroga per una sola volta. Ovviamente la Corte, nell'occasione, ha ricordato che il termine di cui all'art. 181, sebbene ordinatorio, rimane indicativo del principio "di speditezza cui il procedimento deve comunque informarsi"; il che, rapportato alla fattispecie in esame, vuol dire che il termine in questione, per l'importanza che assume la formazione del programma nel sistema liquidatorio, al quale è funzionale- tanto che lo stesso art. 104ter considera come eccezionali atti liquidatori antecedenti-, e per la funzione acceleratrice dello svolgimento della procedura che è stata attribuita all'istituto, sia, benché il suo mancato rispetto non determini alcuna decadenza, vincolante per il curatore, nel senso che, in mancanza di una disposizione analoga a quella di cui al quarto comma del citato art. 54 Dlgs n. 270/1999, (per il quale la mancata osservanza comporta la revoca del commissario straordinario), l'eventuale ritardo o inerzia del curatore può essere valutata allo stesso fine, con la

possibilità per il tribunale di giudicare il comportamento del curatore alla luce della situazione concreta in cui si è trovato ad operare.

Trattandosi di termine ordinatorio e mancando qualsiasi previsione circa eventuali proroghe (a differenza di quanto disposto dall'art. 54 del Dlgs n. 270/1999), deve ritenersi che esso sia soggetto a proroga nei limiti consentiti dall'art. 154 (la proroga deve essere chiesta prima della scadenza, può avere la durata di 60 giorni, ecc.). E' preferibile, tuttavia, che il curatore, in presenza di obiettive difficoltà (ad es. mancanza di dati sufficienti) a predisporre un programma analitico e completo nel termine di legge, invece di chiedere proroghe o, peggio, rimanere inerte, presenti comunque un programma nel quale fa presente le difficoltà che incontra nel redigerlo con la dovuta attendibilità e completezza, riservandosi di integrarlo appena possibile. In concreto i curatori tendono a far slittare la chiusura dell'inventario in modo da essere pronti a rispettare il termine di sessanta giorni di cui parla l'art. 104 ter, ma è anche vero che questo comportamento, anche se più difficilmente accertabile, è pur esso sanzionabile dal momento che l'art. 87 richiede che l'inventario venga redatto nel più breve termine possibile.

Se, come emerge dall'intera riforma, l'attività del curatore deve essere sempre orientata alle esigenze di celerità che caratterizzano l'intera procedura, tale organo deve predisporre il programma nel più breve tempo possibile, anche prima del termine massimo dei sessanta giorni ove le caratteristiche del patrimonio rinvenuto lo consentano; tuttavia la fissazione di un termine esonera, a mio parere, il curatore da censure qualora lo abbia rispettato, anche se la consistenza patrimoniale del fallito consentiva di predisporlo in minor tempo.

### 3-Il contenuto del programma

Il secondo comma dell'art. 104 ter elenca il contenuto minimo del programma di liquidazione richiedendo, in una espressione di carattere generale, la necessità che questo contenga (sebbene nel nuovo testo siano mutate le parole è rimasto identico il concetto) le "modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo", anche se il piano ha un contenuto più ampio rispetto alle sole operazioni di liquidazione.

Invero, la norma richiede che sia prevista:

a-"l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell'art. 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'articolo 104 bis". Sia l'esercizio provvisorio che l'affitto d'azienda possono

essere disposti anche al di fuori del programma di liquidazione, come espressamente prevede la legge, ma, anche se realizzati prima della predisposizione del programma dovranno essere in questo inclusi, non fossa'altro per precisare quale sorte avranno un esercizio provvisorio o un affitto già avviati.

b)-la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto. Ovviamente il concordato non si avvia con il programma e il curatore deve soltanto evidenziare se sono state presentate proposte di concordato (e, nonostante la lettera della legge può dare conto anche di eventuali ipotesi concordatarie in via di perfezionamento) e qual è il loro contenuto, il che è compatibile con i tempi di formazione del programma dal momento che l'art. 124 non richiede più come condizione per la presentazione di proposte concordatarie la chiusura dello stato passivo.

Le modifiche apportate dal decreto correttivo in materia di concordato- che hanno escluso la legittimazione del curatore (che si desumeva dall'art. 129) a proporre la proposta di concordato e ampliato ad un anno dalla dichiarazione di fallimento il termine prima del quale la proposta non può essere presentata dal fallito, fanno capire che le uniche proposte che possono essere indicate nel programma sono quelle che pervengono dai creditori o da un terzo; il che fa perdere alla norma in esame parte della sua valenza limitandola a mera informazione, nel mentre, vigendo la legittimazione del curatore di proporre la proposta di concordato l'indicazione nel programma era, oltre che informativa, anche propositiva e orientativa.

C'è da chiedersi se in presenza di una proposta concordataria il curatore debba egualmente fornire le ulteriori indicazioni in ordine alla liquidazione fallimentare; credo di sì, anche se ovviamente tale liquidazione sarà prospettata in forma alternativa e subordinata, sia perché la proposta di concordato va inclusa nello stesso programma nel quale debbono essere fornite le altre indicazioni, e la norma non esclude che queste non debbano essere date ove sia stata presentata una domanda di concordato, sia perché comunque un lavoro del genere il curatore deve compierlo per esprimere il parere di cui all'art. 125 circa i presumibili risultati della liquidazione, sia, infine, perché la proposta non significa sicurezza che poi il concordato venga ammesso, approvato e omologato.

c)-le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito (quest'ultima precisazione è stata introdotta dal decreto correttivo), in modo tale da consentire una previsione in ordine ai tempi di definizione della procedura concorsuale e

alle possibilità di realizzo che ne derivano. L'esigenza di analiticità che già era desumibile dalla precedente disciplina è accentuata dal correttivo proprio con la richiesta di descrizione del possibile esito di tali azioni, essendo evidente che una valutazione del genere implichi un esame attento e preciso di ciò che si propone in modo da consentire, prima, al comitato dei creditori una decisione ponderata nel momento in cui approva il piano e, poi, al giudice delegato, nel momento in cui deve valutarne la conformità al programma.

Ciò comporta che il curatore fornisca una esposizione dei fatti su cui poggia l'azione e delle valutazioni giuridiche che ne possono determinare l'esito, specifichi il valore della controversia, le probabili spese, la possibilità di richiedere misure cautelari, la capienza del convenuto in funzione dell'effettivo recupero in caso di vittoria, ecc.

Oltre all'esercizio di tali azioni, riassumibili in ogni azione giudiziaria che abbia valenza recuperatoria, l'art. 106 consente di cedere "i crediti futuri ... nonché le azioni revocatorie se i relativi giudizi sono già pendenti", sicchè, come ben dice Esposito, "alla programmazione dell'azione deve associarsi anche la programmazione della gestione del credito che essa sottende" nonché, è da aggiungere, degli eventuali crediti recuperabili attraverso le revocatorie. Per queste ultime la programmazione diventa alquanto complessa perché il curatore deve prevedere non solo la possibilità di cederle, con tutte le relative indicazioni circa le modalità e i termini di realizzo spiegando le ragioni di tale scelta rispetto all'attesa dell'esito del giudizio, ma anche di esercitarle, essendo cedibili solo le azioni per le quali già penda il giudizio, con il relativo esame circa la esperibilità e l'esito della stessa.

Tutte queste informazioni nascondono anche il pericolo di mettere in allerta gli interessati destinatari di dette azioni, che potrebbero far parte dello stesso comitato dei creditori.

Questi dati sono oggetto anche della relazione ex art. 33 e lì ne è prevista la secretazione perché tale relazione va depositata in cancelleria e per la parte appunto non secretata è consultabile da chi ne abbia interesse; anche il programma di liquidazione va depositato in cancelleria e, a norma dell'art. 90, ne può prendere visione (oltre ai membri del comitato dei creditori che già lo conoscono e, comunque, potrebbero conoscerlo a norma del quinto comma dell'art. 41), anche il fallito, a meno che non si tratti di atti riservati, nel mentre gli altri creditori e i terzi che vi abbiano interesse possono prenderne visione ed estrarre copia previa autorizzazione del giudice delegato. Il fatto che il legislatore abbia espressamente parlato di secretazione solo della relazione ex art. 33 e di riservatezza di singoli atti, tralasciando di indicare il programma di liquidazione, che costituisce lo snodo principale

della procedura e il fatto che l'esigenza di riservatezza può essere egualmente tutelata con il divieto a concedere l'autorizzazione ai terzi, lasciano presumere che non sia ammissibile la segretezza del programma, e che il curatore che lo predispone, il comitato dei creditori che l'approva e il fallito che ne prende visione, sono tenuti a mantenere il segreto sulle informazioni in esso contenute.

d)-le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco e le condizioni della vendita dei singoli cespiti.

La norma pone le condizioni della vendita dei singoli cespiti in una apposita lettera, separata da quella precedente, ma le fattispecie vanno unitariamente considerate in quanto la possibilità di cessione unitaria dell'azienda o di suoi rami o di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco sono preferibili alla vendita dei singoli beni, che costituisce l'ipotesi residuale, giusto il disposto dell'art. 105.

Ciò significa che il curatore in primo luogo descrivere la composizione del patrimonio del fallito, con la valutazione delle singole entità che lo compongono, giacchè, come è stato ben detto (Esposito) "se è necessario programmare la liquidazione di un patrimonio, è necessario, del pari, avere conto del patrimonio stesso. E non a caso, la liquidazione è programmata solo dopo avere terminato le operazioni di inventario". Indi deve anche individuare le componenti che possano presentarsi con un carattere di strumentalità ai fini della produzione, tali da costituire un'azienda o un ramo di azienda, oppure con un carattere di coesione tale da poter costituire oggetto di una vendita in blocco; indi, deve verificare se vi sia la possibilità di selezionare tali entità in seno al patrimonio del fallito ed esporre prioritariamente una valutazione circa la possibilità della vendita dell'azienda o dei beni in blocco, prima di proporre la vendita particellizzata.

Si è già accennato che questo è il contenuto minimo del programma della procedura, come chiarisce la stessa relazione quando afferma che "l'articolo in rassegna reca il contenuto minimo del programma di liquidazione", in quanto la funzione della programmazione è quella di far sì che l'attività di liquidazione avvenga "non più con operazioni diversificate e non coordinate, occasionali e non rientranti in una strategia unitaria, bensì nel quadro di un razionale programma di liquidazione" (sempre la Relazione), per cui essa deve riguardare la "realizzazione" di tutto ciò che sia suscettibile di tramutarsi in danaro o che possa incidere sulla liquidazione stessa, ossia di tutti i diritti e i beni, materiali o immateriali che possono formare oggetto di diritti, appartenenti al fallito i

beni strumentali, azioni, facoltà, pretese, rapporti giuridici considerati in se stessi o come strumento per l'acquisto di altri beni, ecc..

Se tutto ciò è vero, non pare dubbio che, seppur non espressamente indicati, anche i rapporti giuridici pendenti vanno inclusi nella programmazione, in quanto essi fanno parte del patrimonio del debitore e le relative scelte incidono sullo stesso, indipendentemente dal dibattito se i trasferimenti conseguenti all'applicazione della disciplina di cui agli artt. 72 e segg. diano luogo a vendite forzate o non (Guglielmucci, optando per questa seconda soluzione e utilizzando il dato letterale ritiene che non vadano inclusi nel programma).

Invero, la regolamentazione dei contratti in corso, comunque venga realizzata, si pone come indispensabile nella disciplina del fallimento, la cui funzione liquidatoria si realizza non solo attraverso la conversione in danaro dei beni materiali e immateriali, ma anche attraverso la definizione dei rapporti giuridici patrimoniali derivanti dai contratti ancora pendenti, che si ricollega, come gli altri effetti patrimoniali, allo spossessamento del fallito. Il patrimonio del fallito comprende, infatti, oltre ai beni materiali e immateriali, quelle "entità patrimoniali non ancora acquisite", come le definisce Pajardi, quali sono i rapporti giuridici contrattuali pendenti. E la dichiarazione di fallimento, come si riflette sui residui giuridici dei rapporti già cristallizzati e, cioè, sulla posizione sostanziale e processuale del fallito, sulla posizione dei creditori, sugli atti pregiudizievoli, così refluisce sulle situazioni dinamiche, incidendo, con la normativa contenuta negli artt. 72 e segg., non sul contratto in sé, quale atto espressione della autonomia negoziale, ma sui rapporti giuridici dallo stesso derivanti, ossia sul complesso degli effetti giuridici conseguenti da quella espressione di autonomia negoziale, che, alla luce delle mutate condizioni di una delle parti dichiarata fallita, non possono più essere mantenuti ed eseguiti come se nulla fosse successo.

Avendo il legislatore voluto attuare, con l'istituto in esame, una pianificazione della liquidazione, appare congruo che anche le vicende contrattuali devono essere programmate, in quanto è indubbio che optare per la continuazione o lo scioglimento di un contratto si riversi sulla consistenza del patrimonio fallimentare in quanto la scelta può determinare il mantenimento o la perdita di beni, l'introito di una liquidità o di altra inferiore, l'esborso di somme per il pagamento di attività pregresse, o il pagamento di un indennizzo, ecc.; si tratta, cioè, di scelte implicanti conseguenze in termini di liquidazione.

Il programma non attiene, quindi, soltanto alla elencazione dei tempi e delle modalità di liquidazione dei cespiti e dei crediti, in quanto coinvolge l'intera modalità operativa del curatore, ma, poiché ha la funzione di pianificare la liquidazione, si spiega la espressa

previsione che il programma deve contenere anche l'indicazione delle "modalità" e dei "termini" della realizzazione, che costituiscono le due coordinate minime indispensabili che caratterizzano un programma ossia, con quali "modalità" si intende dare corso alla liquidazione dell'attivo ed in quali "termini" compierlo; qui l'uso del plurale trova giustificazione nella necessità di indicare un termine iniziale entro il quale prenderanno avvio le operazioni di liquidazione, uno entro il quale dare corso alle singole attività liquidatorie, e un termine entro il quale la realizzazione programmata deve essere compiuta.

Quanto alle modalità è chiaro il riferimento all'art. 107, a norma del quale "le vendite e gli altri atti di liquidazione sono effettuati dal curatore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate salvo il caso di beni di modesto valore, da parte di operatori esperti, assicurando con adeguate forme di pubblicità la massima informazione e partecipazione degli interessati". Di conseguenza, la competitività e la predeterminazione del valore sulla base di una stima sono due elementi che devono caratterizzare qualsivoglia atto di liquidazione e devono essere riprodotti nel piano, così come deve essere specificato il tipo di procedura di vendita, avuto riguardo della natura del bene e delle possibilità offerte dalla legge, tenendo conto che il nuovo secondo comma dell'art. 107, introdotto dal decreto correttivo, consente al curatore di prevedere, nel programma di liquidazione, che determinate vendite vengano effettuate direttamente dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di rito (vendita con o senza incanto), facoltà che precedentemente era dubbia.

Non solo sono possibili, ma consigliabili soluzioni alternative per le ipotesi in cui la modalità, presentata come principale, non venga a realizzarsi; in particolare, oltre alla indicazione del prezzo, è opportuna anche la predeterminazione del prezzo minimo, al di sotto del quale non si potrà scendere, in modo da poter adeguare il programma alle mutate circostanze o far fronte ad eventuali errori di valutazione sulla commerciabilità.

Il curatore, deve, quindi, nella formazione del programma nella parte strettamente liquidatoria, provvedere a:

- descrivere in modo articolato e preciso il patrimonio fallimentare, comprendente tutte le componenti dell'attivo ed i rapporti pendenti.
- Indicare i valori dei vari beni sulla base delle stime effettuate.
- Appurare se siano individuabili aggregazioni di beni tali da costituire una azienda o un ramo di azienda o un blocco da cedere unitariamente, esponendo le ragioni che non consentano liquidazioni unitarie.

- Prospettare le opzioni liquidatorie per i vari beni, specificandone i tempi e le modalità nel senso sopra detto.
- Elencare le possibili azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie proponibili, le ragioni pro e contro che potrebbero incidere sul loro esito e le prospettive di cessione dei crediti relativi e delle stesse azioni.

#### 4-La procedura per l'approvazione del programma

##### 4.1-Le modifiche introdotte dal decreto correttivo

Nell'originaria formulazione dell'art. 104 ter l'approvazione del programma era demandata al giudice delegato, previa acquisizione del parere favorevole del comitato dei creditori; in questo schema, il parere favorevole del comitato dei creditori si poneva come condizione necessaria per l'approvazione da parte del giudice, nel mentre rimanevano seri dubbi sui limiti del sindacato da parte dell'organo giudiziario.

Aggiungeva il quarto comma dell'art. 104 ter che l'approvazione del programma di liquidazione "tiene luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie ai sensi della legge per l'adozione di atti o l'effettuazione di operazioni incluse nel programma", per cui la esecuzione dello stesso era sottratto a qualsiasi controllo; di conseguenza il curatore poteva compiere atti di straordinaria amministrazione o iniziare azioni giudiziarie senza l'autorizzazione del comitato dei creditori, nel primo caso, o del giudice nel secondo, ove dette operazioni fossero state contenute nel programma, fermo restando che la fase strettamente liquidatoria era lasciata alla libertà del curatore, il quale era tenuto soltanto ad informare degli esiti della liquidazione il giudice delegato e il comitato dei creditori depositando in cancelleria la relativa documentazione.

Il decreto correttivo ha sostituito l'approvazione del giudice delegato con quella del comitato dei creditori, senza più richiedere alcuna partecipazione del giudice nel procedimento formativo dello stesso; come precisa il nuovo ult. comma, il programma approvato va soltanto comunicato al giudice, il quale autorizza l'esecuzione degli atti ad esso conformi. Il programma, cioè, una volta approvato dal comitato dei creditori, non tiene più luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie per l'attuazione, essendo stata abrogata la seconda parte del quarto comma che conteneva questa disposizione, sostituita con il nuovo ult. comma che introduce un controllo del giudice nella fase attuativa, avendo attribuito a questo organo il potere di autorizzare l'esecuzione degli atti a esso conformi.

Con questo intervento è stata eliminata la semplificazione che il legislatore della riforma del 2006 aveva introdotto con la eliminazione di controlli sulla fase di attuazione del programma, che trovava il suo contrappeso nella partecipazione alla fase di formazione e approvazione dello stesso del comitato dei creditori e del giudice delegato; ed, invero, essendo l'approvazione del programma frutto della partecipazione di tali organi, diventava superflua qualsiasi successiva ulteriore verifica che la legge prevedeva attraverso formule autorizzative articolate in vario modo, dato che l'approvazione del programma assumeva un effetto vincolante, nel senso che il curatore aveva l'obbligo, sancito espressamente dall'art. 38, di adempiere "ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato...".

Era proprio la mancanza di qualsiasi controllo sull'attuazione del piano che spiegava, a mio parere, perché il legislatore delegato, modificando sul punto la dizione della legge delega n. 80/2005 che, al comma 6° dell'art. 1 parlava di autorizzazione da parte del giudice delegato, aveva sostituito nel d.lgs. n. 5/2006 il termine "autorizzazione" con quello di "approvazione" da parte di questi, attribuendo, così, al giudice "un forte potere di condivisione, ulteriore rispetto a quello generale di controllo sulla regolarità della procedura, che importava una valutazione di opportunità e di convenienza, non solo di mera legittimità formale e sostanziale". L'approvazione del piano, esautorato il giudice dalla gestione, dalla successiva liquidazione e dal riparto, diventava in tal modo il momento principale ed unico in cui egli poteva estrinsecare in modo concreto e penetrante i suoi poteri di vigilanza sull'operato del curatore.

Quali che fossero stati i poteri del giudice, non era da escludere anche un certo tasso di contraddizione nella costruzione fatta dal legislatore del 2006, che, da una parte, chiedeva l'autorizzazione del giudice per determinati atti, che dovevano comunque essere inclusi nel programma, per poi dire che, approvato il programma, non era necessaria altra autorizzazione, con la conseguenza che le autorizzazioni autonomamente richieste erano necessarie soltanto nel caso che l'atto da autorizzare fosse compiuto prima dell'approvazione del programma<sup>1</sup>.

Il legislatore del correttivo, probabilmente preoccupato della prevalenza che l'indirizzo favorevole alla espansione dei poteri del giudice andava prendendo- in contrasto alla previsione contenuta nella Relazione accompagnatoria, in cui si parlava di vincolatività del

---

<sup>1</sup> Se, ad esempio, l'inclusione nel programma di una determinata azione giudiziaria sostituiva l'autorizzazione richiesta dall'art. 25 una volta che il programma era stato approvato, appare chiaro che la singola autorizzazione del giudice di cui parla l'art. 25 era limitata al caso che l'azione in questione fosse esperita prima dell'approvazione del programma stesso.

parere favorevole del comitato dei creditori, per cui l'approvazione del giudice delegato diventava un atto dovuto (tesi che, peraltro trovava suffragio anche nel fatto che soltanto l'organo rappresentativo dei creditori poteva "proporre al curatore modifiche al programma presentato" (prima parte comma 4° art. 104 ter) -, ha cercato di ridimensionare tali poteri al momento dell'approvazione del programma; tuttavia, operando in tal modo ha dovuto necessariamente reintrodurre un controllo sulla esecuzione dello stesso, non potendosi pensare che l'organo giudiziario, al quale è rimasto un potere di vigilanza sulla regolarità della procedura, fosse completamente esautorato da ogni verifica sull'operato del curatore.

Il ritorno al passato è, tuttavia, solo apparente perché è di tutta evidenza che in un sistema nuovo, in cui sono stati completamente modificati i poteri e le interazioni tra i vari organi della procedura, il controllo del giudice delegato non potesse essere quello che esercitava nel vigore della legge fallimentare del 1942, di modo che i punti che vanno ora riesaminati sono, a mio parere, due:

a-l'eventuale residuo ruolo del giudice delegato nell'approvazione del programma;

b-il contenuto e i limiti del potere autorizzativo attribuito al giudice delegato dal recente ottavo comma dell'art. 104 ter.

#### 4.2-Il ruolo del comitato dei creditori e del giudice nella procedura di approvazione del programma

Nel testo riformato è stata ribadita la centralità del comitato dei creditori, che, non solo, ha mantenuto, attraverso l'approvazione, il potere di veto che aveva in precedenza, quando si richiedeva un suo preventivo parere favorevole perché il programma fosse sottoposto all'approvazione del giudice, ma è diventato il vero ed unico *dominus* di questa fase della procedura, dato che ora il programma va approvato soltanto dal comitato dei creditori e il giudice delegato non interviene più su di esso, né per approvarlo né per autorizzarlo, essendo il suo compito limitato ad autorizzare l'esecuzione degli atti contenuti nel programma stesso, che gli viene comunicato dopo l'approvazione.

Nonostante la nuova formulazione della norma, si continua a dire (Fontana) che il giudice non ha perduto il potere che aveva in precedenza o, comunque, che ha mantenuto, quanto meno, un controllo di legalità sul programma, facendo appello al potere di vigilanza che gli artt. 25 e 31 gli attribuiscono; di conseguenza il giudice già nel momento in cui riceve il programma approvato dal comitato dei creditori, può (ma sarebbe meglio, a questo punto, dire deve) effettuare un controllo per stabilire se il programma sia stato

redatto secondo i criteri di legge (se sia stato presentato nel termine, se preveda le procedure di competitività, ecc.), e soddisfi quei requisiti di analiticità e completezza che la legge impone.

Il fatto che il legislatore abbia eliminato la disposizione che attribuiva il potere di approvazione del programma al giudice delegato, trasferendolo al comitato dei creditori e sostituendo il precedente potere dell'organo giudiziario con altro di autorizzazione dei singoli atti conformi al programma, ed abbia disposto che il programma va comunicato al giudice delegato soltanto dopo l'approvazione del comitato dei creditori, sono, a mio parere, sintomi inequivoci dell'intento di rimettere esclusivamente ai creditori le scelte operative di indirizzo della liquidazione (nel nuovo testo dell'art. 104 ter è precisato che "il programma costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo") demandando al loro organo rappresentativo l'approvazione del programma e di togliere al giudice ogni forma di controllo sullo stesso.

Né regge la tesi che il legislatore del correttivo abbia voluto abrogare soltanto la possibilità di una valutazione nel merito, cui si richiamava l'approvazione, ma non escludere un controllo di legalità, implicito nel potere di vigilanza consentita in via generale, perché qualsiasi forma di controllo sul programma è incompatibile con la previsione dell'ult. comma dell'art. 104 ter, per il quale il programma va "comunicato" al giudice, non prima, ma dopo l'approvazione e questa comunicazione è messa in stretta relazione con la possibilità di autorizzare gli atti ad esso conformi.

Ciò significa che, quand'anche al giudice delegato fosse attribuito tale vaglio di legalità al momento della comunicazione, le eventuali carenze da lui riscontrate non potrebbero incidere sulla operatività del programma, dal momento che questo è stato già approvato dall'organo cui questo compito è demandato e va portato ad esecuzione; ossia il giudice delegato non potrebbe in nessun modo intervenire sul programma comunicatogli dopo essere stato approvato dal comitato dei creditori per "disapprovarlo", ma potrebbe soltanto- e in questo si estrinseca il potere di vigilanza in mancanza di specifiche disposizioni che consentano al giudice una decisione che si rifletta oggettivamente sull'atto, come ad es. disapplicare o non autorizzare- dare inizio al procedimento di revoca del curatore, così come nel caso di ritardo nella presentazione del programma.

E tutto ciò a tacere della estrema difficoltà, in una materia del genere, a tracciare la linea di demarcazione tra controllo di legittimità (che sarebbe permesso) e di merito (che anche le tesi qui non condivise negano); basti pensare alla congruità della previsione sulle procedure competitive, alla adeguatezza della motivazione per preferire una vendita

particellizzata a quella unitaria dell'azienda o di un ramo di essa; alla ragionevolezza dei tempi e modi della liquidazione, e così via.

Anche il potere di convocazione del curatore di cui parla il n. 3 del primo comma dell'art. 25, che viene spesso richiamato come elemento probatorio della possibilità per il giudice di intervenire in qualsiasi momento sulla regolarità della procedura, è nella fattispecie spuntato dal momento che il programma perviene al giudice dopo l'approvazione, per cui questi neanche indirettamente- attraverso la prospettazione delle proprie critiche e della possibilità di revoca- potrebbe interferire sul programma.

Bisogna, cioè, prendere atto che il legislatore del correttivo ha precluso al giudice qualsiasi potere di interferenza nel procedimento di approvazione del programma, sicché il potere di generale vigilanza che la legge gli attribuisce si può estrinsecare soltanto sulla permanenza o revoca del curatore, ma non può incidere sull'atto programmatico, tant'è che nessuna conseguenza ha previsto, sotto il profilo oggettivo, della eventuale riscontro di mancanza di legalità dell'atto in questione; l'unica sanzione che il giudice può comminare è non autorizzare un atto in esecuzione del programma già approvato, il che in tanto può incidere sulla operatività del programma in quanto si riconosca un eguale potere di controllo di legalità in quel momento, ma di questo si parlerà in seguito.

Il giudice può recuperare un potere di partecipazione alla formazione del programma nel caso di cui al quarto comma dell'art. 41 che, nella attuale formulazione, prevede che, in caso di inerzia del comitato dei creditori, di impossibilità di costituzione per insufficienza di numero o indisponibilità dei creditori, o di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato; non vi è motivo per escludere che la norma trovi applicazione anche nella fattispecie in esame, di talchè è il giudice che, in mancanza (in senso generale) del comitato dei creditori, provvede all'approvazione del programma.

Questo potere surrogatorio del giudice si estrinseca in un provvedimento che, anche se emesso in sostituzione di un organo amministrativo e avente natura non giurisdizionale, rimane un atto del giudice, come tale impugnabile ai sensi dell'art. 26 (che può investire anche il merito) e non dell'art. 36, come nel caso in cui il rifiuto provenga da un comitato dei creditori perfettamente operante. E questo pone in evidenza, ancor più che non in passato, la carenza del limite posto dall'art. 36 al reclamo al giudice delegato contro i dinieghi del comitato dei creditori, giacchè il curatore potrebbe appellarsi soltanto alla violazione di legge contro l'eventuale rifiuto del comitato ad approvare il programma, che nasconde chiaramente (o, almeno, il più delle volte) un contrasto di merito sulle scelte tra il curatore ed il comitato dei creditori. A questo punto, o il curatore si adegua alle indicazioni

del comitato, ovvero, permanendo il contrasto, si prospetta una ipotesi di revoca del curatore (a meno che non vi sia un conflitto di interesse per i componenti del comitato).

E' innegabile che, al di fuori di questi poteri surrogatori, il giudice delegato abbia subito una ulteriore emarginazione e che questa si ponga in netto contrasto con la legge delega che richiedeva che il curatore predisponesse "un programma di liquidazione da sottoporre, previa approvazione del comitato dei creditori, all'autorizzazione del giudice delegato". Al di là delle differenze tra approvazione e autorizzazione, è chiaro che il legislatore delegante voleva che il programma, approvato dal comitato dei creditori (ossia, ottenuto il parere favorevole di tale organo) fosse sottoposto al controllo del giudice delegato che avrebbe, da ultimo, dovuto esercitare, quanto meno, un controllo di legalità teso a rimuovere il limite all'esercizio del diritto/dovere del curatore di procedere alla liquidazione, che è il meccanismo in cui si sostanzia l'autorizzazione. Ma questa è la norma e non è possibile una lettura costituzionalmente orientata- nel senso, cioè, di consentire al giudice di esercitare un controllo di legalità sul programma- dal momento che il nuovo dettato normativo non presenta margini di dubbio tali da permettere una interpretazione che giustifichi il recupero del testo della legge delega.

4.3-Contenuto e i limiti del potere autorizzativo attribuito al giudice delegato dal recente ottavo comma dell'art. 104 ter.

Esclusa ogni partecipazione del giudice delegato all'approvazione del programma, il decreto correttivo, come anticipato, consente allo stesso di autorizzare gli atti conformi al programma; ossia il controllo giudiziario, eliminato dal procedimento di formazione del programma, viene spostato al momento della esecuzione dello stesso assoggettando il compimento delle singole attività inserite nel programma all'autorizzazione del giudice previo controllo di conformità.

Nulla aggiungendo la norma (né la Relazione accompagnatoria) sul contenuto di questo controllo, si è riaperto, sotto altri aspetti, il dibattito già sorto nella precedente formulazione normativa, circa i limiti del potere autorizzativo del giudice.

La dottrina che si è occupata dell'argomento dopo le modifiche apportate dal decreto correttivo all'art. 104 ter unanimemente ritiene, seppur con significative sfumature, che il controllo di conformità si estrinsechi in un controllo di legittimità che non si esaurisce nella verifica della rispondenza del singolo atto liquidatorio alle previsioni programmatiche, ma che investe la conformità dell'atto alla legge. Il giudice, si dice, esercita un "controllo di legalità attraverso l'esame del merito degli atti che autorizza" (Esposito), nel senso non

che egli possa sindacare nel merito le scelte del curatore, bensì che egli non ha il mero compito di certificazione che il singolo atto sottoposto alla sua autorizzazione sia conforme a quanto programmato dal curatore e approvato dal comitato dei creditori, attraverso questo controllo di conformità dell'atto al programma, il giudice può effettuare una valutazione di conformità dell'atto e dello stesso programma alla legge, rifiutando l'autorizzazione nel caso l'atto, pur previsto nel programma approvato, non sia conforme alla legge o non lo sia il programma.

Seppur è da ammettere che questo sforzo ricostruttivo recupera, quand'anche in parte, la conformità della norma alla legge delega, in quanto l'esplicazione del controllo giudiziale sui singoli atti esecutivi consentirebbe in qualche modo un controllo anche sui contenuti strategici e programmatici del programma stesso, tuttavia, a mio parere, la disciplina normativa attuale non sembra orientare verso tale lettura.

In primo luogo vi è il dato letterale. Non vi è dubbio che il concetto di autorizzazione implichi un controllo di legalità al fine di rimuovere un limite all'esercizio di un diritto o di un potere già attribuito dalla legge ad un soggetto, ma nell'ult. comma dell'art. 104 ter l'oggetto dell'autorizzazione non è il programma bensì sono i singoli atti esecutivi programmati e la verifica dei parametri cui l'autorizzante deve nella specie ispirarsi per rimuovere l'ostacolo è chiaramente indicato nella conformità del singolo atto al programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori.

Se il legislatore avesse inteso estendere il controllo del giudice alla legalità del programma, avrebbe potuto dirlo espressamente o, quanto meno, richiedere soltanto l'autorizzazione per i singoli atti esecutivi, senza altra precisazione (il che avrebbe incluso un vaglio di legittimità esteso fino alla conformità alla legge del programma approvato), nel mentre ha preferito specificare che la conformità deve essere esaminata con riferimento proprio al programma, escludendo evidentemente altri parametri di valutazione. Non a caso, infatti, nel sesto comma dell'art. 104 ter il legislatore, nel prevedere la possibilità di procedere alla liquidazione di beni prima dell'approvazione del programma quando dal ritardo possa derivare pregiudizio all'interesse dei creditori, richiede l'autorizzazione del giudice, senza altra specificazione, perché qui, mancando ogni preventiva valutazione del comitato dei creditori che non ha ancora approvato il piano, è attribuita all'organo giudiziario la maggiore libertà di verificare se l'atto sia conforme alla legge; verifica che dà per presupposta quando l'approvazione è intervenuta.

Non è, e non può essere, privo di significato il fatto che, nella stesura originaria dell'art. 104 ter era previsto che il piano fosse approvato dal giudice delegato ed ora tale potere

sia passato al comitato dei creditori, attribuendo un residuo potere di autorizzazione dei singoli atti previo controllo di conformità degli stessi al programma. Questo vuol dire che il nuovo legislatore ha scisso le due fasi, quella programmatica e quella esecutiva ed ha diviso i compiti tra i vari organi: il comitato dei creditori approva il programma facendo le sue valutazioni di legalità e di merito e il giudice delegato vaglia che il curatore non ponga in essere atti non contenuti nel programma approvato.

Attribuire al giudice il potere di non autorizzare un atto se esso, pur previsto nel programma, non sia conforme alla legge significa consentirgli quel controllo sulla regolarità della formazione del programma, se non addirittura sulle scelte in esso contenute, che il legislatore del correttivo ha, come detto, chiaramente escluso; posto, infatti, che il controllo di conformità dell'atto al programma richiede non solo la verifica che l'atto di cui si chiede l'autorizzazione sia contenuto nello piano programmatico ma che vi sia contenuto nei termini in cui viene presentato per la richiesta di autorizzazione, le alternative sono due: o manca questa corrispondenza, nel qual caso l'atto non va autorizzato in quanto non supera il controllo di conformità al programma, oppure tale corrispondenza esiste e, allora, una eventuale rilievo di illegalità non può che riguardare e investire il programma stesso, già approvato dal comitato dei creditori ed operante.

Le deficienze del programma possono sì determinare la non autorizzazione dei singoli atti ma ciò non è frutto di un controllo di legalità sull'atto o sul programma, bensì della impossibilità per il giudice di potere verificare che l'atto di cui viene chiesta l'autorizzazione sia previsto nel programma. E' chiaro, infatti, che, poiché la valutazione di conformità al programma richiede un programma che consenta di effettuare tale verifica, il giudice può rifiutare l'autorizzazione, non solo nel caso in cui l'atto da autorizzare non sia incluso nel piano, ma anche se questo non consenta, per la sua genericità o incompletezza, di esercitare il raffronto da cui dovrebbe scaturire l'autorizzazione.

Anche la finalità della nuova norma va nello stesso senso. La modifica apportata dal decreto correttivo viene, infatti, incontro all'esigenza di eliminare ogni dubbio sugli atti che il curatore può porre in essere; atti che, in precedenza, non erano sempre agevolmente identificabili in quanto, una volta approvato il piano, il curatore vi dava esecuzione, senza alcun ulteriore controllo al momento del compimento degli stessi. Di conseguenza l'approvazione di un programma non sufficientemente dettagliato- cosa possibile dati i tempi di presentazione- lasciava al curatore margini amplissimi di autonomia, e, comunque, il curatore poteva eseguire una operazione non contemplata nel piano, sicchè, si rendeva opportuno, anzi necessario, un controllo di conformità del singolo atto al

programma nel momento in cui si voleva dare a questo esecuzione, con la possibilità per il giudice, come detto, di rifiutare l'autorizzazione anche quando la carenza di elementi di dettaglio del piano non consentano di dire se il singolo atto rientri o meno nel programma.

L'esigenza che ricorrevva, pertanto, non era quella di sottoporre il programma ad una verifica di legalità da parte del giudice delegato (anzi si voleva eliminare proprio questo, per il pericolo che costituisse la chiave per una intromissione anche nel merito, e, non a caso nella relazione si parlava di parere vincolante del comitato dei creditori e di atto dovuto del giudice), ma di sottoporre a controllo di conformità col programma i singoli atti di esecuzione dello stesso, senza riproporre quella struttura piramidale e quel dominio gerarchico che il legislatore ha inteso superare nel rapporto tra organi eliminando il potere direttivo che in passato era attribuito al giudice delegato.

L'argomento principe a sostegno della tesi maggioritaria è che, essendo stato attribuito dagli artt. 25 e 31 al giudice delegato un potere di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura, tale potere può esplicarsi anche al momento dell'autorizzazione, negandola nel caso l'atto sia ritenuto non legittimo.

E' indiscusso che sia residuo al giudice delegato il potere di vigilanza e controllo sulla regolarità della procedura e che questo potere si estrinsechi in una verifica della legalità e regolarità degli atti compiuti dal curatore, ma con questo riconoscimento il problema non è ancora risolto perché bisogna ancora stabilire se il potere di vigilanza sulla regolarità della procedura consenta al giudice di intervenire su qualsiasi atto compiuto dal curatore oppure se questo potere vada circoscritto nei limiti che di volta in volta la legge attribuisce a tale organo.

Io opto per questa seconda soluzione perché questa mi sembra essere non solo la linea seguita dal legislatore in altre fattispecie, ma anche l'unica via per armonizzare questo nuovo intervento del giudice con la restante normativa fallimentare.

Sotto il primo profilo, mi pare significativa la nuova disciplina del procedimento per la ripartizione dell'attivo contenuta nell'art. 110. Invero, dopo la riforma del 2006 che aveva eliminato il potere del giudice di apportare al progetto di riparto presentato dal curatore le variazioni che riteneva convenienti, si era aperto immediatamente un dibattito circa i limiti del potere di intervento dell'organo giudiziario tra chi riteneva che questi non potesse apportare alcuna forma di correzione al progetto, neanche quelle di diritto al fine di correggere eventuali errori giuridici, e chi riconosceva al giudice il potere di effettuare variazioni di carattere giuridico, rientrando nei poteri di vigilanza e controllo a lui riservati.

Il legislatore del decreto correttivo ha accolto la prima tesi in quanto nella nuova formulazione del secondo comma dell'art. 110 ha eliminato l'inciso "sentito il comitato dei creditori" ed ha previsto che i creditori possono proporre reclamo contro il progetto di riparto non più "nelle forme del procedimento camerale ex articolo 26", ma "ai sensi dell'art. 36", in tal modo evidenziando (in tal senso è la Relazione), come il progetto di riparto sia atto del curatore, al quale il giudice non può apportare alcuna modifica, dovendosi limitare, quale atto dovuto, a disporre il deposito in cancelleria e ad esercitare un controllo di legalità sullo stesso soltanto in caso di impugnazione ai sensi dell'art. 36.

Questa correzione di rotta che il legislatore del 2007 ha apportato al testo del 2006, realizzando una forma di interpretazione autentica sembra essere il miglior riconoscimento che lo stesso legislatore ritiene che il potere di vigilanza e di controllo del giudice non è assoluto, ma va inquadrato nei limiti di volta in volta definiti dalle singole norme, sicché lì dove una norma, come quella di cui all'art. 104 ter richiede che il giudice autorizzi l'esecuzione degli atti conformi al programma, se ne deve dedurre che il legislatore abbia inteso limitare il potere di vigilanza del giudice al controllo della conformità dei singoli atti al programma, ossia alla verifica che l'atto da autorizzare sia contenuto nel programma, prescindendo da ogni ulteriore valutazione, di legittimità o di merito, che non è compresa nella norma.

Sotto il secondo profilo mi pare che ricorrano esigenze di ordine sistematico che non tollerano l'estensione del controllo di conformità ad una verifica di legalità del programma. In via generale l'introduzione di un controllo, anche di sola conformità alla legge del programma, mi sembra in contrasto con le linee guida seguite dal legislatore della riforma, che ha inteso affidare al curatore e al comitato dei creditori la gestione del patrimonio del fallito e la sua liquidazione; in questo sistema si inseriva in modo alquanto incoerente il potere del giudice delegato di partecipare all'approvazione del programma e questa intromissione è stata eliminata; è stata, invece, mantenuta la estraneità del giudice delegato dalla fase di esecuzione del programma, ben evidenziata dall'ult. comma dell'art. 33 per il quale il curatore ogni sei mesi redige un rapporto riepilogativo delle attività svolte, con indicazione di tutte le informazioni raccolte dopo la prima relazione. Questo rapporto, che costituisce lo strumento attraverso cui monitorare l'attività del curatore va, tuttavia, trasmesso al comitato dei creditori, che (nel suo insieme come ciascuno dei suoi componenti) può formulare osservazioni scritte, nel mentre non è previsto alcun obbligo di relazione al giudice (è solo stabilito, peraltro, in modo indiretto, che il rapporto debba arrivare anche alla cancelleria del tribunale) né, tanto meno, la possibilità di un suo

intervento, neanche al fine di rilevare eventuali violazioni di legge o eccessi di poteri del curatore (né al giudice sono stati dati quei poteri di ispezione documentali e informativi che il quinto comma dell'art. 41 assegna al comitato dei creditori), sicchè lì dove la legge attribuisce al giudice un potere di verifica, questo deve essere determinato nei suoi limiti in coerenza col sistema.

Passando ad un esame più ravvicinato della disciplina che regola le attività del giudice, si può rilevare:

a-l'art. 35 ha sottratto a qualsiasi previa autorizzazione del giudice gli atti indicati nel primo comma di detta norma, riassuntivamente classificabili, per semplicità espositiva, negli atti di straordinaria amministrazione, richiedendo soltanto che se tali atti "sono di valore superiore a cinquantamila euro e in ogni caso per le transazioni, il curatore ne informa previamente il giudice delegato, salvo che gli stessi siano già stati autorizzati dal medesimo ai sensi dell'art. 104 ter, comma ottavo".

Non interessa in questo momento approfondire la ragione della preventiva comunicazione di tali atti al giudice delegato; di sicuro essa non è finalizzata ad ottenere una autorizzazione al compimento degli stessi dal momento che la stessa norma chiarisce che dette operazioni sono effettuate dal curatore "previa autorizzazione del comitato dei creditori". E' altrettanto sicuro che gli atti di cui al primo comma dell'art. 35, benché attinenti alla gestione del patrimonio fallimentare, quando eccedono il valore di euro cinquantamila o si tratti di transazione, vanno inclusi (o, comunque, possono essere alcuni di essi inclusi) nel programma e sono soggetti all'autorizzazione di cui all'ultimo comma dell'art. 104 ter, tanto che il rilascio di tale autorizzazione rende superflua la comunicazione richiesta dall'art. 35.

Queste due norme diventano inconciliabili ove si ritenga che l'art. 104 ter consente al giudice delegato un controllo di legalità su un atto di straordinaria amministrazione, perchè si attribuirebbe al giudice un potere autorizzativo, sebbene tale tipo di atto non sia soggetto all'autorizzazione del giudice delegato a norma dell'art. 35, finendo, in tal modo, per far risuscitare quel potere che, ante riforma, competeva al tribunale, demandandolo, tra l'altro, all'organo monocratico. Il sistema si armonizza, invece, se si ammette che l'autorizzazione introdotta dal nuovo comma ottavo dell'art. 104 ter presuppone soltanto un controllo di conformità dell'atto al programma; si spiega, in tal modo, anche l'ultimo inciso dell'art. 35 sopra riportato, essendo evidente che non è necessaria la comunicazione

dell'atto quando il giudice delegato abbia già avuto conoscenza dello stesso per aver controllato che esso è compreso nel programma.

b-Eguale discorso vale, pari pari, per gli atti di liquidazione, dal momento che anche tali atti non sono assoggettati ad alcuna preventiva autorizzazione del giudice delegato.

Tutti i poteri della liquidazione sono stati, infatti, trasferiti in capo al curatore, il quale ha l'unico vincolo di seguire "procedure competitive" e di informare il comitato dei creditori e il giudice degli esiti delle procedure (art. 107, comma quinto); ovviamente le modalità della liquidazione devono essere indicate nel programma e, a norma dell'art. 104 ter, i singoli atti di liquidazione devono essere autorizzati dal giudice delegato.

Anche in questo caso, l'unico modo per conciliare le due norme è limitare il potere di cui all'art. 104 ter al controllo di conformità dell'atto al programma, escludendo altri tipi di verifiche che farebbero riemergere un potere autorizzativo giudiziale che il legislatore ha inteso eliminare (fermo restando, come già detto, che se il programma è stato predisposto e approvato dal comitato dei creditori senza quel grado di analiticità che consente un controllo di conformità il giudice può rifiutare l'autorizzazione perché non è in grado di stabilire se l'atto in questione sia compreso nel programma).

Per la verità è stata proposta anche un'altra soluzione (Fabiani), secondo cui l'autorizzazione prevista dall'art. 104 ter non sarebbe necessaria quando, come nei casi finora esaminati, la legge non attribuisce al giudice un espresso potere autorizzativo, ma in tal modo si svilirebbe il nuovo sistema voluto del correttivo perché si sottrarrebbero al controllo giudiziale proprio gli atti di liquidazione in senso stretto (e quelli di amministrazione straordinaria), alla pianificazione dei quali è finalizzato il programma, secondo la denominazione e la stessa definizione data dal secondo comma dell'art. 104; al di là dell'aspetto definitorio è comunque indubbio che tali atti non solo costituiscono la parte più consistente del programma, ma integrano quelle attività per le quali il legislatore del correttivo ha introdotto le modifiche in esame allo scopo di limitare la eccessiva libertà del curatore nella fase di attuazione del programma. Se si esclude questo controllo, quanto meno di conformità dei singoli atti al programma, si tornerebbe al modello precedente introdotto dalla riforma del 2006, senza più la garanzia della partecipazione del giudice al procedimento di approvazione del programma.

c- Nella stesura originaria dell'art.104 ter l'approvazione del programma teneva "luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie ai sensi della presente legge per

l'adozione di atti o l'effettuazione di operazioni incluse nel programma". La mancata partecipazione del giudice alla formazione del programma ha consigliato l'abrogazione di questa parte della norma, per cui sopravvive la necessità che il giudice rilasci le autorizzazioni necessarie per l'adozione di atti o l'effettuazione di operazioni, sebbene incluse nel programma, sicchè il potere attribuitogli dall'art. 104 ter di autorizzare gli atti conformi al programma deve avere un contenuto diverso da quello consentito delle autonome autorizzazioni previste dalle singole norme, altrimenti il legislatore avrebbe creato un inutile doppione, con conseguenze inconciliabili col sistema

E sono numerose le ipotesi in cui la legge prevede che determinati atti siano autorizzati dal giudice delegato, attraverso una valutazione di merito e/o di legalità,. E' questo il caso dell'autorizzazione al curatore per stare in giudizio, riservata al giudice delegato dall'art. 25, comma primo, n. 6; dell'autorizzazione richiesta dall'art. 146 ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli organi societari o dei soci di società a responsabilità limitata nei casi di cui all'art. 2476 c.c.; dell'autorizzazione all'esercizio provvisorio, qualora non sia stato disposto dal tribunale con la sentenza di fallimento, o all'affitto di azienda, che gli art. 104 e 104bis attribuiscono al giudice, previo parere favorevole del comitato dei creditori, tanto per fermarsi agli atti di cui parla espressamente l'art. 104 ter.

Per tutti questi atti (come per altri) le norme richiamate consentono al giudice di valutare non solo la conformità alla legge ma anche l'opportunità delle proposte del curatore, essendo indubbio che il giudice possa, ad esempio, negare l'autorizzazione a promuovere un'azione che ritenga infondata o ad un affitto di azienda che reputa non conveniente ecc.; poiché questi stessi atti vanno inclusi nel programma di liquidazione appare evidente che o si ritiene che per essi non è necessaria l'autorizzazione che l'art. 104 ter richiede, oppure che il controllo di conformità, cui è condizionata l'autorizzazione, non possa che riferirsi alla conformità dell'atto al programma, essendo il controllo di legalità e di merito previsto da altre norme.

Non pare, invece, convincente la tesi (D'Aquino) secondo cui le autorizzazioni di cui parlano gli artt. 104 e 104 bis si riferiscono alle sole ipotesi di disposizione dell'esercizio provvisorio e di affitto di azienda attuati prima della formazione del programma, per poi dedurre che, quando dette operazioni, non precedentemente autorizzate, sono incluse nella previsione programmatica, il controllo richiesto al giudice al momento della loro concreta attuazione non potrebbe essere diverso da quello che lo stesso giudice avrebbe potuto effettuare se l'autorizzazione fosse stata domandata prima della formazione del programma.

Questa interpretazione, a parte il fatto che porterebbe ad includere nell'autorizzazione di cui tratta l'art. 104 ter un controllo di merito chiaramente escluso, poteva trovare fondamento nella disciplina anteriore alle modifiche apportate dal decreto correttivo, perché, prevedendo la norma dell'epoca che l'approvazione del programma teneva luogo delle singole autorizzazioni eventualmente richieste, faceva capire- come già si è avuto modo di dire- che queste singole autorizzazioni erano necessarie soltanto se richieste prima dell'approvazione del programma. Ora, invece, che questa parte della norma è stata abrogata ed è richiesto nella fase attuativa del programma un'autorizzazione di conformità, non può più ritenersi che le specifiche autorizzazioni di cui si parla in varie norme siano necessarie soltanto se l'atto va compiuto prima dell'approvazione del programma. Invero, il secondo comma dell'art. 104, richiedendo l'autorizzazione del giudice per ogni esercizio provvisorio proposto successivamente alla dichiarazione di fallimento, non distingue tra proposte pervenute prima o dopo la formazione del programma di liquidazione; il primo comma dell'art. 104 bis specifica che per l'affitto di azienda è richiesta l'autorizzazione del giudice, "anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'art. 104ter", ove questa precisazione fa capire in modo inequivoco che detta autorizzazione è necessaria sempre, sia che la proposta di affitto sia formulata anteriormente che successivamente alla presentazione del programma di liquidazione; nessuna distinzione cronologica fa l'art. 25 nella parte in cui richiede l'autorizzazione del giudice al curatore a stare in giudizio, e così via.

Ciò significa che nel momento in cui viene sottoposto al giudice la richiesta di autorizzare l'esercizio di un'azione di responsabilità, o di esercizio provvisorio o di affitto di azienda, egli ne valuta la legalità e il merito in base alla norma di riferimento, e accerta che tali operazioni siano state previste nel programma, rifiutando l'autorizzazione di cui all'art. 104 ter ove, pur avendo le richieste superato il primo controllo, non superino il secondo perché non incluse nel piano programmatico.

d-Il contenuto del piano richiede, inoltre, delle indicazioni di carattere prevalentemente informativo, per le quali non avrebbe senso un controllo di legalità perché ne mancherebbe l'oggetto. E' il caso della esistenza di proposte di concordato fallimentare che, appunto, il curatore deve limitarsi ad indicare nel programma, fermo restando che il proponente deve poi seguire l'iter di cui agli artt. 124 e segg. per l'ammissione, votazione, omologazione e quant'altro. In questo quadro normativo compiuto e specifico per il concordato, il controllo di legalità del giudice di cui all'art. 104 ter dovrebbe avere ad

oggetto l'informazione del curatore che, ovviamente, non è quella che dà avvio al concordato, nel mentre avrebbe un senso, per quanto ridotto, un controllo di conformità al programma una volta che il legislatore ha ritenuto che anche le proposte concordatarie debbano essere in esso essere incluse.

e-Rimane, inoltre, da spiegare come si concili un controllo di legalità al momento dell'esecuzione dell'atto con il sistema impugnatorio (in senso lato).

Il primo esempio è dato dall'art. 36, che ha ridisegnato il sistema dei reclami avverso gli atti di gestione del curatore (oltre che del comitato dei creditori) individuando, tra l'altro, i soggetti legittimati a proporlo (il fallito e ogni altro interessato), l'organo competente a decidere (il giudice delegato), e il limite della reclamabilità (violazione di legge).

Il primo dubbio attiene alla logicità di un sistema che da un lato prevede che il giudice possa essere investito di un controllo di legalità solo su iniziativa di determinati soggetti a seguito di impugnazione dell'atto del curatore e, dall'altro, consenta allo stesso giudice di svolgere un identico controllo preventivo. Posto che il legislatore, ha, con sufficiente chiarezza, disposto nell'art. 35 che per gli atti di gestione del curatore non è richiesta alcuna preventiva autorizzazione del giudice delegato, il quale può verificare la conformità alla legge di detti atti soltanto a seguito di impugnazione a norma dell'art. 36, ne consegue che l'autorizzazione di cui parla l'art. 104 ter in tanto si può inserire coerentemente in questo quadro soltanto ove la si condizioni ad un controllo di conformità dell'atto al programma, e non ad un controllo di legalità, che, appunto, l'art. 35 non richiede e l'art. 36 consente soltanto a seguito di reclamo contro l'atto già preventivamente autorizzato.

f-Questo tema diventa ancor più di attualità quando si passa all'attività liquidatoria in senso stretto e si considera che l'art. 108 riserva ex post al giudice il potere di sospendere le operazioni di vendita già effettuate per gravi e giustificati motivi.

Si è detto (Esposito) che, per soddisfare esigenze di efficienza e celerità, il legislatore con la modifica dell'art. 104 ter ha inteso anticipare, al momento in cui l'atto deve essere compiuto, quel controllo *ex post* cui la informativa di cui all'art. 107 è finalizzata, ma la soluzione non è condivisibile. In primo luogo perché, in questo modo, si estenderebbe il controllo di conformità di cui all'art. 104 ter fino all'esame del merito dell'atto dato che, solo in questo caso, si potrebbe parlare di anticipazione del potere di cui all'art. 108 che consente, appunto, una valutazione di merito; inoltre tale indagine si porrebbe come un corpo estraneo al sistema in quanto è stata esclusa qualsiasi possibilità per il giudice

delegato di effettuare d'ufficio un controllo di merito sulle scelte gestorie e liquidatorie del curatore.

Ma neanche l'anticipazione di una verifica di legalità al momento dell'autorizzazione dei singoli atti sarebbe compatibile perché qui, più ancora che per gli atti di gestione, sono diversificati i campi di azione del giudice *ex ante*, al momento che autorizza l'esecutività, ed *ex post*, al momento della comunicazione della avvenuta liquidazione, quando il giudice, su istanza di parte, può svolgere qualsiasi tipo di valutazione, di rito e di merito, per appurare se ricorrono quei "gravi e giustificati motivi" che possono giustificare la sospensione delle operazioni di vendita compiute.

La sopravvivenza di un potere di controllo di legalità preventivo si potrebbe astrattamente conciliare con la possibilità di reclamo di merito successivo avverso gli stessi atti già controllati<sup>2</sup>, ma l'abbandono del sistema previsto dal terzo comma dell'art. 108 nella originaria versione della legge fallimentare del 1942 che attribuiva al giudice la sola possibilità di sospendere la vendita a causa della inadeguatezza del prezzo, con la sostituzione di un meccanismo più complesso che, oltre questa ipotesi, prevede, su iniziativa del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, la sospensione della vendita per gravi e giustificati motivi, nonché il mantenimento immutato di questo nuovo sistema (per la parte che qui interessa) nel decreto correttivo che ha modificato l'art. 104 ter, evidenziano come il legislatore abbia inteso lasciare la verifica sulla regolarità, come sul merito, al momento successivo riservandone l'iniziativa al fallito, al comitato dei creditori o ad altri interessati.

In questa situazione, il tutto, ancora una volta, si armonizza se si afferma che il giudice al quale è richiesta l'autorizzazione di cui all'art. 104 ter si limita a valutare la conformità dell'atto da autorizzare al programma e che lo stesso giudice, nel momento in cui l'atto liquidatorio autorizzato (o uno eventuale non autorizzato) è stato compiuto, da un lato espande i suoi poteri potendo svolgere un controllo anche di merito e sospendere l'atto, dall'altro subisce una limitazione a causa della esclusione di ogni iniziativa di ufficio e dell'obbligo di sentire il comitato dei creditori.

Tutto ciò rientra nella diversa ottica in cui si è mosso il nuovo legislatore che ha preferito lasciare agli interessati la tutela dei propri diritti, che costituisce il nucleo della

---

<sup>2</sup> Più difficile è tale conciliabilità lì dove i due piani di indagine non si diversifichino, come nel caso, sopra esaminato, degli atti di gestione e del reclamo ex art. 36, ove, quand'anche si ritenesse concettualmente proponibile la sopravvivenza di un potere di controllo di legalità preventiva per quegli atti per i quali sia previsto un reclamo, non si potrebbe negare l'anomalia di un sistema che ammetta che il medesimo organo che già si è pronunciato sulla conformità alla legge di un atto sia chiamato a svolgere un nuovo controllo dello stesso tipo su istanza di terzi.

privatizzazione della gestione della crisi; la c.d. privatizzazione non comporta, infatti, la sostanziale eliminazione di ogni controllo giudiziario, ma significa appunto la eliminazione di ogni controllo officioso, per cui è lasciata agli interessati la possibilità di richiedere l'intervento del giudice, che decide in posizione di terzietà, nei limiti dei poteri che di volta in volta la legge gli attribuisce. Questo è lo schema seguito dal legislatore nelle varie fasi fallimentari; si pensi al concordato e ai poteri del tribunale in sede di omologa in mancanza o in presenza di opposizioni, al nuovo procedimento di verifica, e, come ipotesi processuale più vicina alla fattispecie in esame, al nuovo procedimento per la ripartizione, ove è stata eliminata ogni possibilità di intervento correttivo del giudice delegato ed è stata attribuita ai creditori la possibilità del reclamo al giudice per motivi di legittimità. Egualmente con riferimento al programma di liquidazione, il giudice delegato non può più intervenire per eliminare la violazione di legge cogliendo l'occasione della sottoposizione dell'atto all'autorizzazione, ma devono essere altri a sollecitare i suoi poteri, al momento in cui il curatore ha compiuto un atto impugnabile ai sensi dell'art. 36 o un atto liquidatorio per il quale può essere chiesto l'intervento del giudice ex art. 108.

#### 5-Gli effetti del programma

Stabiliva il quarto comma dell'art. 104-ter che l'approvazione del programma di liquidazione "tiene luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie ai sensi della legge per l'adozione di atti o l'effettuazione di operazioni incluse nel programma".

La regola si giustificava, come già detto, col fatto che il giudice partecipava all'approvazione del programma per cui tale controllo giudiziale preventivo rendeva superflua qualsiasi successiva ulteriore verifica che la legge prevedeva attraverso formule autorizzative articolate in vario modo, dato che l'approvazione del programma assumeva un effetto vincolante, nel senso che il curatore aveva l'obbligo, sancito espressamente dall'art. 38, di adempiere "ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato...". Di conseguenza, non occorre l'autorizzazione del comitato dei creditori per il compimento degli atti di amministrazione straordinaria previsti dall'art. 35 ove inclusi nel programma di liquidazione e si spiegava perché per la liquidazione dei beni non era richiesta l'autorizzazione del comitato dei creditori o l'intervento del giudice delegato, trattandosi di attività propria del curatore che presupponeva l'esistenza e l'approvazione del programma di liquidazione.

Eliminata tale disposizione e sostituita la partecipazione del giudice all'approvazione del programma con il potere autorizzativo di conformità di cui si è detto, rimane da chiedersi quale sia la sorte degli atti non inclusi nel programma.

Non è nemmeno ipotizzabile una preclusione conseguente al mancato inserimento di determinate componenti nel programma; la conseguenza della mancata inclusione è solo quella che il curatore non potrà compiere quell'atto, nel senso che non potrà ottenere l'autorizzazione del giudice delegato, se non previa predisposizione di un supplemento di programma, seguendo l'iter previsto per il programma originario, ossia predisponendo un supplemento che deve essere approvato dal comitato dei creditori. Se l'atto è incluso nel programma, ma è compiuto senza aver prima chiesto l'autorizzazione del giudice, è da ritenere che lo stesso non sia nullo, ma soltanto impugnabile ai sensi dell'art. 36 per violazione di legge.

Il principio della modificabilità del programma è contenuto nel quinto comma dell'art. 104 ter, lì dove è previsto che "per sopravvenute esigenze, il curatore può presentare, con le modalità di cui ai commi primo, secondo e terzo, un supplemento del piano di liquidazione", e, del resto, la "variabilità è un concetto immanente alla stessa programmazione visto che questa, per essere tale, abbisogna di adattarsi agli scostamenti tra pianificazione e risultato.

Il programma, tuttavia, non può essere modificato a piacimento, ma soltanto "per sopravvenute esigenze", al fine, cioè di adeguarlo alle mutate condizioni nel frattempo intervenute o per far fronte all'insuccesso di una delle previsioni fatte, senza aver contemplato alternative possibili, o per inserire beni sopravvenuti. L'espressione di legge va, tuttavia intesa, a mio parere, nel senso più ampio, tale da includere non solo le nuove circostanze di fatto ma anche le dimenticanze, le valutazioni sopravvenute in modo da rendere praticabile la liquidazione nel modo migliore per i creditori.

La formazione di un supplemento è però necessaria solo quando le sopravvenute esigenze comportino una modifica delle sistematicità delle scelte e la necessità di reimpostare della strategia, di modo che se, ad esempio, sono già previste le modalità e i termini di vendita dei beni mobili, la scoperta che del patrimonio fallimentare facciano parte beni mobili non precedentemente inventariati, non dovrebbe spostare l'impostazione data.

Nelle procedure più complesse potrebbe essere utile programmare con il comitato dei creditori una sorta di periodico monitoraggio per valutare la necessità di implementare il

programma, in modo da avere sempre un piano attuale e completo cui il g.d. possa fare riferimento al momento della richiesta di autorizzazioni.

Prima della approvazione del programma, invece, il curatore può, procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori se già nominato, solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori, dizione questa che comprende non solo la classica ipotesi del deterioramento, ma, come già la giurisprudenza aveva indicato nell'interpretazione del vecchio art.104 con riferimento alle vendite anteriormente alla dichiarazione di esecutività dello stato passivo, anche la possibilità di evitare le spese della custodia e conservazione dei beni, di profittare di una particolare e irripetibile congiuntura di mercato, di cogliere quelle occasioni di liquidazioni favorevoli che potrebbero essere pregiudicate dal ritardo, ecc..

#### 6-La retrocessione dei beni non alienabili

A norma del settimo comma dell'art. 104 ter, il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori e non del giudice (la cui estraneità al procedimento trova la sua ragione nella attribuzione al curatore e al comitato dei creditori di ogni valutazione di merito circa la sorte dei beni), può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni acquisiti ed eventualmente anche inclusi nel programma, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente antieconomica. In questo caso, il curatore ne dovrà dare comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'art. 51, potranno iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore.

L'intento di questa norma è evidente: evitare l'acquisizione e la liquidazione di beni non convenienti perché fonte di costi superiori all'utilità dell'acquisizione o della vendita, e ha il sapore di una beffa la previsione (anche superflua) della possibilità per i creditori di agire in via esecutiva individuale visto che si tratta di attività che il curatore e il comitato dei creditori hanno ritenuto non conveniente liquidare.

La tutela dei creditori è qui nettamente prevalente sugli interessi del fallito, perché in tal modo si scarica su questi tutto ciò che non conviene liquidare e si trattiene la c.d. polpa, di talché il curatore può abbandonare un impianto che deve essere, ad esempio, messo a norma con un costo superiore al valore di realizzo, un immobile che deve essere disinquinato, ove ricorrono anche interessi pubblicistici di tutela della pubblica salute, e così via.

Nella norma si parla di beni e non di diritti, per cui rimane dubbio se nella sua previsione rientrino anche i crediti irrecuperabili. Riterrei di si trattandosi comunque di entità che fanno parte dell'attivo fallimentare il cui realizzo potrebbe risultare non conveniente, tuttavia la questione è di scarso rilievo perché i diritti obbligatori sono rinunciabili; di conseguenza non sarà più necessario ripulire l'attivo con la rinuncia ai crediti irrecuperabili e potrebbe essere preferibile ritrasferirli nel patrimonio del fallito, che potrebbe un giorno anche avvantaggiarsene.

Giuseppe Bozza