

La responsabilità dinanzi alla Corte dei conti del curatore fallimentare

di Gloria Tinello*

Sommario: 1. Premessa introduttiva 2. L'istituto del curatore fallimentare 3. I compiti del curatore fallimentare 4. La responsabilità del curatore fallimentare 5. La responsabilità amministrativa del curatore fallimentare 6. Conclusioni. (legislazione: r.d. 16 marzo 1942, n. 267; l. 14 maggio 2005, n. 80; d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169; l. 14 gennaio 1994, n. 19 e 20; l. 20 dicembre 1996, n. 639; l. 24 marzo 2001, n. 89).

1. Premessa introduttiva - La riforma del diritto fallimentare, entrata a pieno regime il 1° gennaio 2008, in virtù del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, recante *Disposizioni integrative e correttive al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, nonché al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa*, ai sensi dell'art. 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80, ha inteso novellare, tra gli altri istituti, le funzioni degli organi della procedura fallimentare, al fine di conseguire l'obiettivo dell'efficienza, della semplificazione e della trasparenza del procedimento concorsuale¹.

La disciplina dell'insolvenza è stata regolata, per circa sessant'anni, dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267 ed il taglio dato dal legislatore dell'epoca al testo di legge era fortemente condizionato dai principi economici e giuridici, propri di quel contesto storico, in cui dominava la figura di uno Stato autoritario e per il quale il perseguimento della tutela creditoria era considerato interesse pubblicistico supremo.

Difatti, la relazione di accompagnamento alla legge fallimentare del 1942 così si esprimeva *"Nelle sue linee generali la presente legge reagisce decisamente alla concezione troppo liberalistica del codice del 1882, e sviluppa su un piano organico i principi affermati dalla legge Rocco del 1930 nel senso di una più energica tutela degli interessi generali sugli interessi individuali dei creditori e del debitore. Si suole a questo proposito parlare di una nuova concezione pubblicistica del fallimento contrapposta a una tradizionale concezione privatistica Ciò che importa è che la nuova legge assume la tutela dei creditori come un altissimo interesse pubblico e pone in essere tutti i mezzi perché la realizzazione di questa tutela non venga intralciata da alcun interesse particolaristico, sia del debitore sia dei singoli creditori"*.

Il r.d. n. 267/42 era, dunque, finalizzato alla tutela creditoria, collettivamente intesa, la procedura aveva una finalità essenzialmente liquidatoria, diretta allo smembramento dell'azienda fallita, al fine di garantire la maggiore soddisfazione al ceto creditorio; il raggiungimento di tale obiettivo richiedeva un intervento penetrante del tribunale e del giudice delegato al quale veniva affidata la gestione della crisi dell'insolvenza, con compiti che non erano solo di carattere giurisdizionale ma anche strettamente gestorio.

Il legislatore del 1942 intendeva realizzare, infine, una stretta correlazione tra i concetti di insolvenza e colpevolezza dell'imprenditore, per cui il fallimento era una vera e propria sanzione nei confronti dell'imprenditore incapace che, a causa dei propri comportamenti scorretti, veniva spogliato dei suoi beni ed assoggettato a limitazioni di carattere personale.

Tale normativa, quale fedele riproduzione delle esigenze economiche di un'epoca, mal si conciliava con la visione, *medio tempore*, completamente mutata dello Stato e di un'economia che si accingeva a diventare capitalista e globalizzata.

Tuttavia, sebbene nell'ambiente accademico, sin dagli anni '70, si avvertisse l'esigenza di modificare l'impianto normativo della disciplina fallimentare, sul fronte politico è stato necessario attendere il nuovo millennio e il mutato contesto normativo europeo per poter dare avvio alla riforma del sistema delle procedure concorsuali.

La normativa è stata corretta in modo da consentire l'integrazione dell'ordinamento interno con quello europeo, al fine di realizzare i principi di competitività e concorrenza in una libera economia di mercato. L'angolo prospettico da cui muove il legislatore della riforma è notevolmente mutato: vi è ora la convinzione che il rilancio dell'economia nazionale divenga possibile anche attraverso l'agevolazione delle attività imprenditoriali, per mezzo di valide alternative alla procedura fallimentare, in quanto l'impresa è un valore in sé da tutelare e preservare ed il fallimento si presenta solo come una delle possibili forme in cui si può declinare il rischio di impresa.

Nella relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, tradottosi poi nel D.Lgs. n. 5/2006, vi è una chiara presa coscienza dell'inadeguatezza del quadro normativo fino a quel momento in vigore dove le procedure approntate alla cura delle fasi di crisi dell'impresa erano tese essenzialmente alla liquidazione, a tutela degli interessi creditori, penalizzando, così, le istanze di recupero delle unità produttive dell'impresa fallibile.

* Avvocato del Foro di Velletri.

¹ Cfr. G. Cassano, *Il diritto fallimentare riformato. Schemi di confronto con il correttivo e formulario*. (Analisi del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 in vigore dal 1° gennaio 2008). Con introduzione di G. Capo. Editore Giappichelli, Torino, 2008.

Sebbene parte della dottrina abbia posto in luce come la nuova normativa non si sia tradotta, poi, in una riforma veramente organica, trascurando, peraltro, il versante della disciplina penale, non può non cogliersi il pregio teso alla ricerca di una più marcata sintonia tra il diritto concorsuale e le istanze emergenti nelle dinamiche socio-economiche, nel tentativo sia di dare avvio alla deflazione del carico di lavoro delle sezioni fallimentari, sia di affidare all'istituto del fallimento la gestione di situazioni di insolvenza veramente idonee a determinare un sensibile impatto sulle relazioni di mercato^{2 3}.

2. L'istituto del curatore fallimentare - Il curatore fallimentare è uno degli organi già espressamente disciplinati dalla legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, artt. 27-39) incaricati del procedimento fallimentare.

Come attentamente ha riferito la dottrina più autorevole⁴ *“il concetto di organo è legato all'esistenza di un complesso di poteri e funzioni determinati dalla legge, formanti nel loro complesso un ufficio, di cui il soggetto (organo) è investito”*.

Con riferimento alla procedura fallimentare, le tesi classiche erano divise circa la posizione del curatore rispetto agli interessi oggetto del fallimento: alcuni autori intendevano la figura del curatore medesimo come una sorta di incaricato o sostituto del fallito, altri lo consideravano un rappresentante dei creditori.

Critiche sono state mosse, in passato, all'una e all'altra teoria e la ricostruzione preferibile, accolta dalla giurisprudenza non solo di merito, ma anche di legittimità, è stata quella di intendere l'istituto del curatore fallimentare quale organo che opera in modo imparziale, in posizione autonoma, a fianco del giudice, nell'interesse generale non solo dei creditori ma anche del debitore. Si è posto in luce come tale soggetto eserciti una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, infatti egli è nominato dal tribunale e solo dal tribunale può essere revocato; la sua funzione si realizza con il soddisfacimento dei creditori del fallito.

Premesso che il curatore opera sempre sotto la direzione del giudice delegato, il quale procede nell'ambito del potere di direzione che si estrinseca attraverso i provvedimenti autorizzativi, il suo compito diventa particolarmente delicato quando prospetta all'organo giurisdizionale le situazioni per le quali chiede l'autorizzazione ad intraprendere le varie azioni giudiziarie.

Infatti, una sua errata valutazione potrebbe determinare, consequenzialmente, un errato provvedimento del giudice che, difficilmente, è in grado di valutare autonomamente quanto il curatore via, via gli sottopone.

Più propriamente, il curatore è l'organo della procedura al quale spetta, principalmente, l'amministrazione dei beni del fallito sotto la direzione del giudice delegato.

Egli, infatti, è un incaricato giudiziario che opera a fianco del magistrato nell'interesse della giustizia. La conferma di tale tesi, discende dal riconoscimento legislativo della qualifica di pubblico ufficiale, nonché dai poteri che la legge gli riconosce per sostituire il debitore nella titolarità dei rapporti e, contemporaneamente, per tutelare gli interessi dei creditori.

L'art. 30 l. f. afferma che: *“il curatore, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, è pubblico ufficiale”*.

Con riferimento, poi, alla disciplina degli organi della procedura fallimentare, la riforma ha evidenziato, uno spostamento del baricentro della gestione procedurale sul rapporto curatore-comitato dei creditori, cui fa da *pendant* sullo sfondo la figura del giudice delegato.

Il curatore nella legge fallimentare del 1942 veniva individuato come *“organo unipersonale”* in quanto rappresentato da un solo soggetto: l'eventualità di nominare più curatori era esclusa nel nostro ordinamento nel vigore della legge n. 267, a differenza di quanto stabiliva il codice di commercio del 1882 che regolava tale figura agli artt. 714- 722.

La sostituzione dell'art. 28, ad opera dell'art. 25 del D.Lgs 9 gennaio 2006, n. 5, rappresenta una modifica non marginale ai fini della nomina del curatore medesimo, considerato che dal 16 luglio 2006 l'ambito di

² Cfr. Cassano, op. cit. pg. 6.

³ Si riporta la circolare INPS, 7/03/2007, n. 53 nella parte in cui riferisce: “con direttiva 987/80 del 20/10/1980 il Consiglio della CEE ha voluto garantire ai lavoratori subordinati una tutela minima in caso di insolvenza del datore di lavoro. A tale scopo la direttiva ha delineato un meccanismo di tutela basato sulla creazione di specifici organismi di garanzia, che si sostituiscono al datore di lavoro per il pagamento di taluni crediti dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza di quest'ultimo.

In attuazione di detta direttiva lo Stato italiano ha adottato due testi normativi, la legge 29 maggio 1982, n. 297, istitutiva del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto ed il decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80, con il quale la garanzia è stata estesa anche alle ultime retribuzioni (art. 1 e 2). Di recente, la disciplina del Fondo di Garanzia è stato integrata dal Decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 186, adottato in attuazione della direttiva del Consiglio dell'Unione Europea 2002/74/CE del 23 settembre 2002, che ha regolamentato le cd. situazioni transnazionali.

Sulla materia, nel tempo, sono intervenute decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, della suprema Corte di cassazione e della Corte costituzionale; inoltre dal 16/7/2006 è entrata in vigore la riforma del diritto fallimentare introdotta dal decreto legislativo 9/01/2006, n. 5 comportante notevoli riflessi sulle condizioni di accesso alla prestazioni del Fondo di garanzia stesso”.

⁴ Cfr. F. Ferrara, In Enciclopedia del diritto, Vol. XI, voce: Curatore del fallimento, Giuffrè editore, Milano, 1962, pg. 511 e ss.

riferimento si allarga notevolmente, difatti possono essere chiamati a svolgere funzioni di curatore fallimentare, oltre ad avvocati, dottori commercialisti e ragionieri, anche studi professionali associati o società tra professionisti.

Da un lato, dunque, la novella non ripropone più il divieto di nomina per il professionista che sia stato consulente del fallito o, comunque, si sia ingerito nell'impresa del medesimo durante i due anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento.

Dall'altro lato, in seguito alla abrogazione, per effetto dell'art. 24 della legge n. 266 del 1997, dell'art. 2 della legge n. 1851 del 1939 che, come è noto, recava il divieto di svolgere la professione intellettuale in forma societaria e alla conseguente introduzione nell'ordinamento delle società tra avvocati di cui al D.Lgs. n. 96 del 2001, è stato rimosso il principio di rigida intrasmissibilità presente nella legge fallimentare del 1942.

Allo stato attuale, lo svolgimento dell'incarico si configura, giuridicamente, come esecuzione personale di una prestazione d'opera professionale, ai sensi dell'art. 2232 c.c. che può essere svolta anche in forma collettiva, (studio professionale o società tra professionisti) a condizione che i soci stessi siano iscritti negli appositi albi professionali, rammentando l'obbligo della preventiva autorizzazione, in caso di delega a terzi, estranei alla società stessa.

All'atto della nomina, deve essere indicata la persona fisica responsabile dell'intera procedura, anche se poi il soggetto potrà variare, nel corso della medesima, in conseguenza del mutamento della compagine che caratterizza lo studio associato.

Il nuovo articolo 28, rubricato *Requisiti per la nomina a curatore* alla lettera a) prevede che possono essere chiamati a svolgere la funzione di curatore avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; alla lettera b) studi professionali associati o società tra professionisti a cui viene riconosciuta una soggettività giuridica piena; alla lettera c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché nei loro confronti non sia intervenuta dichiarazione di fallimento.

Con riferimento alla lettera c) dell'articolo 28 novellato, parte della dottrina si chiede se la sentenza dichiarativa di fallimento dovrà poi motivare la scelta effettuata, dando contezza delle adeguate capacità possedute a livello personale.

3. I compiti del curatore fallimentare - Dalla lettura delle norme si evince il rafforzamento dell'autonomia gestionale del curatore fallimentare al fine di realizzare una maggiore efficienza e celerità dell'intero procedimento. Egli compie scelte e propone soluzioni rimesse alla valutazione e all'autorizzazione del comitato dei creditori, mentre al giudice delegato spettano essenzialmente funzioni di controllo e non più anche di direzione sull'andamento della procedura, come era sotto la vigenza della legge del 1942.

La dottrina più attenta per un verso, ha evidenziato come la nuova normativa sembra connotare in modo marcatamente privatistico il momento gestorio della procedura concorsuale, per altro verso ha riconosciuto i vantaggi della regolarità e dell'efficienza della disciplina medesima che derivano dalla supervisione dell'organo giudiziale e dal suo intervento nella risoluzione dei conflitti interni, come traspare dalla lettura dell'art. 36⁵.

In particolare, per quanto concerne la figura del curatore fallimentare, il novellato articolo 38 accresce le sue responsabilità e, accanto alle preesistenti incompatibilità, connesse ai rapporti con l'imprenditore fallito, il legislatore della riforma ha dettato degli specifici requisiti che mostrino la professionalità e le capacità del soggetto in questione. Il tribunale, al contrario, ha il compito di indicare, nel provvedimento di nomina, le specifiche caratteristiche ed attitudini del soggetto prescelto⁶.

⁵ Cfr. L. Mandrioli, Poteri, funzioni e responsabilità del nuovo Curatore fallimentare, in IL CASO. It. Sezione II – Dottrina, opinioni e interventi documento n. 66, 18 giugno 2007; Cassano, op. cit.

⁶ Cfr. G.L. Bertolotti, Il curatore fallimentare nella riforma della procedura concorsuale (D. lgs. N. 5/2006), in dircomm.it, il diritto commerciale d'oggi, V. 2 – febbraio 2006 6.

L'autore evidenzia, sul fronte delle novità, con riferimento agli strumenti d'intervento del curatore, nella vita privata del fallito, il comma 1 dell'art. 33 da cui si evince l'eliminazione della relazione del curatore di ogni riferimento al tenore di vita del fallito medesimo e della sua famiglia. "L'intervento è coerente con una delle linee portanti della riforma delle procedure concorsuali, e cioè con l'idea che l'imprenditore non deve ricevere il biasimo sociale a cagione del dissesto dell'impresa e che allora le restrizioni alla libertà personale del fallito, così come i controlli sulla sua sfera privata, non debbano avere carattere "affittivo" ma, semmai, essere strumentali al soddisfacimento degli interessi del ceto creditorio".

Cfr. G. CABRAS, La governance del fallimento nella riforma della legge fallimentare, in dircomm.it, il diritto commerciale d'oggi, n. 11/2005, in cui l'autore afferma che: "In definitiva, il fallito, pur privato del potere di disporre dei propri beni e di amministrare l'impresa, non è più totalmente estraniato da essa; egli è perciò responsabilizzato per collaborare e ricercare modi e forme per riallocare le risorse produttive, a vantaggio dei creditori e, in generale, del mercato. Ciò consente, non solo di considerare il fallito pienamente partecipe circa la sorte della sua impresa, ma anche di riconoscere poteri che non intacchino il soddisfacimento dei creditori".

4. La responsabilità del curatore fallimentare - Al termine di questa breve analisi sulla figura del curatore fallimentare, non può non farsi cenno al delicato tema delle responsabilità di quest'organo.

L'art. 38 riformato, al primo comma, dispone che il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio quando gli stessi derivino dalla legge o dal piano di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Confrontando il comma 1 dell'art. 38 novellato con il testo precedente, si osserva come al presente, il legislatore non richiami più la diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176, comma 1 c.c., bensì quella del professionista, regolata dal comma 2 del medesimo art. 1176 la cui valutazione si effettua tenendo conto della natura dell'attività esercitata.

La dottrina più attenta ha evidenziato come nell'ipotesi su esposta trattasi di una responsabilità contrattuale, proporzionata all'esercizio dell'attività posta in essere, a sua volta connotata da elementi pubblicistici e rientrante, certamente, nella fattispecie prevista dall'art. 2236 c.c., in virtù del quale quando la prestazione implica problemi di particolare difficoltà, il professionista risponde solo per dolo o colpa grave.

Anche la giurisprudenza di merito ha rilevato che *il procedimento di rendiconto ex art. 116 l. f., stante il rilievo di munus publicum ascrivibile all'incarico del curatore, risponde alla necessità di esaminare complessivamente il contegno tenuto dal professionista investito dell'amministrazione del patrimonio fallimentare, di verificare la rispondenza dell'operato in questione alle regole di legge che lo delimitano ovvero a quelle di convenienza per gli interessi della massa dei creditori concorrenti. Quanto al primo dei profili dettagliati, la diligenza invocata dal curatore non può che rispondere ai criteri dettati dall'art. 1176 secondo comma c.c., stante la qualificazione professionale richiesta per l'assunzione della carica ...*⁷.

La giurisprudenza di legittimità, per l'appunto la prima sezione civile della Corte di cassazione, chiamata a decidere in punto di diritto sul provvedimento giurisdizionale della Corte d'appello di Brescia che aveva avvalorato il diniego di approvazione del conto, relativo alla gestione del fallimento della s.n.c. XXX e dei soci illimitatamente responsabili XX, presentato dal curatore, rag. X, venuto meno ai suoi doveri di corretta amministrazione, con la sentenza 25 giugno – 10 settembre 2007, n. 18940 ha così statuito:

*Vero è infatti che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, "il giudizio che s'instaura, ai sensi dell'art. 116 legge fall., in caso di mancata approvazione del rendiconto della gestione del curatore può avere ad oggetto non solo gli errori materiali, le omissioni ed i criteri di conteggio, ma anche il controllo della gestione del curatore stesso e l'accertamento delle sue personali responsabilità per il compimento di atti che abbiano arrecato pregiudizio alla massa o ai diritti dei singoli creditori"*⁸.

Ma è altrettanto vero, secondo questa stessa giurisprudenza, che la violazione dei doveri d'ufficio del curatore *"può implicare responsabilità risarcitoria, e quindi costituire ragione ostativa alla suddetta approvazione, solo quando abbia in concreto determinato un pregiudizio alla massa od ai singoli creditori"*⁹.

La giurisprudenza tende dunque a riconoscere, in contrasto con una parte della dottrina, la possibilità di inserire nella verifica contenziosa del conto di gestione anche l'azione di responsabilità proponibile nei confronti del curatore a norma dell'art. 38 legge fall. Sicché il procedimento contenzioso previsto dall'art. 116 legge fall. non è limitato alla rappresentazione contabile della gestione, ma si estende anche ai comportamenti materiali del curatore.

Tuttavia, quali che debbano essere i discussi rapporti tra contestazione del conto e azione di responsabilità del curatore, non pare si possa dubitare che, ove sia una responsabilità del curatore a giustificare il diniego di approvazione del suo conto di gestione, è necessario accertare in tutti i suoi presupposti la fattispecie di responsabilità, incluso il pregiudizio eventualmente cagionato a tutti o ad alcuno dei creditori.

La decisione impugnata è stata assunta invece nell'erroneo presupposto che, pur quando si addebitino al curatore violazioni dei suoi doveri di gestione, non sia necessario accertare che essi abbiano determinato un effettivo pregiudizio. E va pertanto cassata."

5. La responsabilità amministrativa del curatore fallimentare - Un altro aspetto da valutare attentamente, riferibile sempre al tema della responsabilità è quello relativo all'assoggettabilità dei comportamenti del curatore fallimentare alla giurisdizione del giudice contabile che *"rappresenta con il suo*

⁷ Cfr. Tribunale di Nola, prima sezione civile, nel giudizio di conto e di responsabilità promosso dalla Curatela del Fallimento XXX S.a.s. di XXX & c., nei confronti del dr. Tizio, già Curatore del Fallimento, in IUS SIT, Sito di informazione giuridica - Italia www.iussit.eu.

⁸ Cfr. Cassazione sezione prima 19 gennaio 2000, n. 547; 14 ottobre 1997, n. 10028.

⁹ Cfr. Cassazione, sezione prima, 23 gennaio 1985, n. 277.

*giudizio di responsabilità, una equilibrata ed indefettibile risposta, officiosa ed obbligatoria, a fenomeni patologici, purtroppo sempre presenti all'interno dell'apparato pubblico, ancorché privatizzato*¹⁰.

Ciò che rende differente la responsabilità amministrativa dall'ordinaria responsabilità civile è, da un lato, la particolare qualificazione del soggetto, autore del danno, che riveste la qualifica di pubblico dipendente o, se estraneo all'amministrazione danneggiata sia comunque legato alla stessa da un rapporto di servizio; dall'altro lato, la causazione del danno deve avvenire nell'esercizio di pubbliche funzioni o in circostanze connesse da occasionalità necessaria con lo svolgimento di pubbliche funzioni.

Già l'art. 52 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 stabiliva *“i funzionari, impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali ad ordinamento autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni, per azione od omissione imputabili anche a sola colpa e negligenza, cagionino danno allo Stato od altra amministrazione dalla quale dipendono, sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi specialistiche”*.

Il giudice contabile, da tempo, ha rivendicato la propria giurisdizione nei confronti di quei soggetti, persone fisiche o anche giuridiche (es. banca tesoriere di un Ente pubblico, società concessionaria dei servizi per la riscossione) che, a qualsiasi titolo (volontario, coattivo, onorario od impiegatizio), vengano inserite nell'apparato organizzativo pubblico ed investite, sia autoritativamente che convenzionalmente, dello svolgimento in modo continuativo di una attività retta da regole proprie dell'azione amministrativa, così da esserne partecipi¹¹.

Anche la Corte di cassazione ha affermato il principio per cui è sufficiente, a completare tale rapporto, la presenza di una relazione funzionale che indichi la partecipazione del soggetto alla gestione di risorse pubbliche e il suo conseguente assoggettamento ai vincoli ed agli obblighi, volti ad assicurare la corretta gestione di tali beni.

La giurisprudenza, peraltro, presenta una vasta casistica di figure inserite nella specie del “rapporto di servizio”, avallata in tempi recenti anche da sentenze della Corte Costituzionale come quella del 24 ottobre 2001, n. 340. Il riferimento va ai medici privati c.d. di base, legati da apposita convenzione al Servizio sanitario nazionale, o ai direttori ed ai collaudatori di lavori pubblici, oppure ai componenti del SECIT per danni arrecati all'Amministrazione finanziaria, e così via.

Tuttavia, lo stesso concetto di danno erariale si è arricchito, nel tempo, di nuovi contenuti che sono estranei ad una concezione formalistica del diritto ma che racchiudono nozioni proprie della scienza amministrativa quali quelle di efficacia, economicità ed efficienza, con un significato tipicamente organizzativo ed economico, aventi come referente normativo l'art. 1 della legge n. 241/1990 e s.m.i. che trae diretta ispirazione dal precetto di buon andamento dell'amministrazione, sancito dall'art. 97 della Costituzione.

La dottrina più attenta¹² ha sostenuto che “Il significato del buon andamento si è quindi spostato da quello di andamento formalmente corretto a quello di andamento sostanzialmente buono. L'affermazione esplicita di ciò è contenuta, appunto, nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, secondo cui l'attività amministrativa è retta dai principi generali di economicità e di efficacia, oggi correntemente ritenuti principi di costituzione materiale economica”, con la conseguenza che la giurisprudenza è oramai proiettata verso nuove e più sostanziose posizioni che abbandonano la concezione di buon andamento inteso come “comportamento dell'amministrazione non macchiato da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere”.

Nella configurazione del danno, quale limite massimo della sanzione irrogata dal giudice, vi è infine, l'istituto del potere riduttivo che si presenta come lo strumento tecnico per determinarlo in concreto. La Corte costituzionale in particolare con la sentenza n. 340/2001, sopra citata, ha individuato, nel danno effettivamente cagionato, solo uno degli elementi, accanto alla capacità economica del soggetto responsabile, al comportamento e al livello di responsabilità, da tenere presente nel fissare la misura della sanzione attraverso l'esercizio del potere riduttivo.

L'ordinaria responsabilità amministrativo-contabile per danno di tipo risarcitorio, a cui soggiacciono tutti i pubblici dipendenti che cagionino un danno all'erario e che trova la sua unitaria e fondamentale disciplina sostanziale e processuale nelle leggi 14 gennaio 1994, n. 19 e 20, come novellate dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, va poi tenuta distinta dalla particolare fattispecie della responsabilità sanzionatoria, configurata dall'art. 30, comma 15 della legge n. 289/2002 con cui si sanziona la potenziale lesione degli equilibri di

¹⁰ Cfr. V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè editore, Milano, 2004, introduzione.

¹¹ Cfr. Tenore, op. cit., 46 e ss.

¹² S. Giacchetti, *Appalti di pubblici servizi e/o appalti pubblici di servizi? La legge n. 205 del 2000 gioca a dadi*, alla pag. web http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/art_giacchetti.htm.

bilancio e che prescinde dal verificarsi di un danno risarcibile in senso proprio.

*“Peraltro, i due profili (quello sanzionatorio e quello risarcitorio), pur restando divisi, possono tuttavia coesistere, qualora, in conseguenza della violazione del vincolo costituzionale, venga a verificarsi per l’amministrazione pubblica anche un danno patrimonialmente valutabile”*¹³.

Non può, oltretutto, ignorarsi la trasformazione che negli ultimi anni ha subito la fisionomia dell’amministrazione pubblica, non più identificabile in quella del passato, che aveva come riferimento il modello classico di atto amministrativo, inteso come atto autoritativo. Il provvedimento amministrativo diventa oggi solo uno dei possibili strumenti che le amministrazioni hanno a disposizione per il perseguimento dei propri fini, poiché ad esso si affiancano moduli procedimentali più vicini al diritto privato: accordi con cui si negozia il contenuto di un provvedimento o che ad esso si sostituiscono.

Peraltro, la stessa giurisprudenza sviluppatasi intorno al concetto di rapporto di servizio sembra proiettata verso un’idea che esalti la sostanza dei fenomeni più che la loro forma, spingendosi fino alla teoria del compartecipe fattivo, anche se privato, dell’attività amministrativa¹⁴.

L’orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione¹⁵, sorto per risolvere specificamente il problema della sottoponibilità delle Società a prevalente capitale pubblico, al controllo della Corte dei conti, ha confermato l’abbandono di un concetto di amministrazione intesa in senso soggettivo, per accogliere una nozione oggettiva, basata sulla funzionalizzazione al pubblico interesse dell’attività svolta.

Ne consegue che per radicare la giurisdizione della Corte dei conti si deve valutare il fine che si intende perseguire: per cui diviene pubblico qualsiasi soggetto anche privato che svolga una attività tesa al soddisfacimento di interessi collettivi; in secondo luogo, va considerata la natura pubblica delle risorse economiche impiegate, dove la pubblicità è data dalla riconducibilità delle medesime al pubblico erario.

La pubblicità delle fonti di finanziamento risponde al disposto degli artt. 100 e 103 Costituzione che affidano alla Corte dei conti il ruolo di garante dell’integrità dei bilanci e del patrimonio economicamente valutabile della collettività, in una società che sempre maggior rilievo rende all’economicizzazione degli interessi.

Per pubblica funzione, al momento, deve intendersi quell’attività anche di diritto privato attribuita nell’interesse della collettività. Tale precisazione diventa allora coerente non solo con la nozione comunitaria di attività tesa al soddisfacimento di un bisogno generale, ma è perfettamente in linea con l’evoluzione che la definizione di amministrazione ha subito nel corso degli ultimi tempi.

In tale ottica, va analizzata la funzione svolta dal curatore fallimentare che, ad un tempo è, sia un libero professionista, sia un compartecipe attivo della pubblica attività, in quanto legato alla pubblica amministrazione, *recte* amministrazione della giustizia, da un rapporto di servizio che lo rende, certamente, assoggettabile alla giurisdizione contabile di responsabilità.

Il curatore fallimentare se da un lato, nello svolgimento della propria attività professionale, vede garantita la propria posizione di indipendenza ed autonomia, dall’altro lato non è sottratto alla osservanza di doveri generali quali quello di diligenza, fedeltà, lealtà, scaturenti dal rapporto di servizio che lo lega all’amministrazione che è la fonte della doverosa esecuzione dell’attività professionale.

Peraltro, la giurisprudenza sia contabile, sia amministrativa, in ipotesi analoghe quale quella degli avvocati che operano alle dipendenze di un ente pubblico, ha unanimemente affermato che: *“una volta garantita l’indipendenza professionale, gli appartenenti ai ruoli professionali degli enti pubblici non sono sottratti per il restante profilo del loro rapporto alle limitazioni e ai doveri derivanti dalla loro qualità di dipendenti, in quanto essi, come tali, sono anzitutto inseriti nella struttura organizzativa dell’ente”*¹⁶.

I principi sopra riportati certamente sono applicabili anche alla figura del curatore al quale, non solo viene riconosciuta dall’ordinamento la qualifica di pubblico ufficiale, ma, soprattutto, viene assegnato un ruolo essenziale, rimettendo al soggetto predetto l’amministrazione del patrimonio fallimentare.

Quanto sopra esposto, traspare con evidenza dalla lettura della sentenza della sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la regione Lombardia 12 dicembre 2005, n. 733 che ha condannato, in sede di rivalsa, un curatore fallimentare, a risarcire l’amministrazione, in seguito alla condanna subita dallo Stato italiano per violazione del termine ragionevole del processo, a causa di un ritardo eccessivo ed ingiustificabile di un fallimento, protrattosi per oltre vent’anni, ritenuto imputabile alla assoluta inerzia del curatore medesimo¹⁷.

¹³ Cfr. Corte dei conti, Sezioni Riunite in S.G. – sentenza 27 dicembre 2007, n. 12/QM.

¹⁴ Cfr. Cassazione civile, Sezioni Unite, 4/04/1993, n. 4060.

¹⁵ Cfr. Cassazione civile, Sezioni Unite, 22/12/2003, n. 19667; Cassazione civile Sezioni Unite 26/2/2004, n. 3899.

¹⁶ Cfr. Consiglio di Stato sezione V, 1° dicembre 1999, n. 2027; Sezione VI, 6 ottobre 1986, n. 70.

¹⁷ Cfr. A. Mingarelli, nota a sentenza Corte dei conti sez. giur. Emilia Romagna, n. 439 del 29 maggio 2007, in *Diritto & Diritti – Rivista giuridica on line*.

Infatti, l'articolo 5 della legge 24 marzo 2001 n. 89¹⁸, in tema di equa riparazione, nel caso di violazione del termine ragionevole del processo, dispone che il decreto dell'A.G.O. di accoglimento della domanda di una riparazione del danno (patrimoniale o non) subito per effetto di una violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali *ex lege* 4 agosto 1955, n. 848, sia comunicato al Procuratore Generale della Corte dei conti ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità.

Si è in tale sede affermato che la giurisdizione contabile sussiste, non solo per i danni da ritardo originati da magistrati, ma anche per quelli provocati dagli ausiliari del giudice, quale, appunto, anche il curatore fallimentare che abbia illegittimamente protratto, per anni, una procedura concorsuale, essendo costui legato alla p.a. da rapporto di servizio.

La giurisprudenza di legittimità ha affermato che qualora vi sia un vero e proprio inserimento funzionale, ancorché temporaneo, nell'apparato gestionale dell'Istituzione, di un organo tecnico e straordinario della stessa si ha il conseguente assoggettamento alla responsabilità patrimoniale ed alla correlata competenza giurisdizionale della Corte dei conti¹⁹.

In particolare, il soggetto legato all'amministrazione da rapporto di servizio, alla stregua di qualunque pubblico dipendente, deve osservare quegli obblighi che assicurino il più efficace rendimento nella attività svolta, nell'interesse dell'amministrazione e del pubblico bene.

“Dunque, nell'ottica del rapporto di servizio si colloca anche la figura del curatore fallimentare cui l'Ordinamento, oltre ad attribuire la qualifica di pubblico ufficiale ed a pretendere il possesso di peculiari qualità individuali, conferisce un ruolo essenziale nel dipanarsi della procedura affidandogli l'amministrazione del patrimonio fallimentare.

L'ampiezza dei poteri attribuitigli lo rende il cardine della gestione sì da consentire la definizione di cooperatore della Giustizia quale organo ausiliare del Giudice. Se a tale soggetto fa difetto l'appartenenza organica alla struttura della Pubblica Istituzione ricorre certamente per l'investito la qualità di compartecipe fattivo dell'attività pubblica (v. Cassazione Civile SS.UU. 5 aprile 1993, n. 4060) e quindi un vero e proprio inserimento funzionale, ancorché temporaneo, nell'apparato gestionale dell'Istituzione, quale organo tecnico e straordinario della stessa con il conseguente assoggettamento alla responsabilità patrimoniale ed alla correlata competenza giurisdizionale della Corte dei conti²⁰.

6. Conclusioni - Da quanto sopra esposto, emerge come la figura del curatore del fallimento sia stata notevolmente rivalutata dalla nuova normativa di riferimento, difatti come è stato attentamente evidenziato, egli diviene *“la mente ed il braccio del procedimento. Al curatore spetta, infatti, definire la strategia di gestione della crisi, che trova espressione documentale nel programma di liquidazione, compiendo scelte e proponendo iniziative fondamentalmente rimesse alla valutazione ed all'autorizzazione del comitato dei creditori e non più – se non in alcune ipotesi – del giudice delegato (art. 31 l. fall.)”*²¹.

L'attuale disciplina, tende da un lato, a rappresentare in senso privatistico il momento gestorio della procedura concorsuale conservando al tempo stesso le garanzie di regolarità ed efficienza fissate dal coordinamento dell'organo giudiziale e dal suo intervento nella risoluzione dei conflitti interni.

Orbene, è proprio nell'ottica della salvaguardia delle garanzie di cui sopra che il curatore, in applicazione anche del principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione, assume un ruolo essenziale nello svolgimento della procedura concorsuale per l'amministrazione del patrimonio del soggetto fallito.

Difatti, il soggetto in questione, nello svolgimento delle sue funzioni, deve usare la diligenza che le comuni regole di esercizio della procedura fallimentare gli impongono, regole che, come è noto, scaturiscono dal rapporto di servizio che lo lega all'amministrazione che è la fonte della doverosa esecuzione dell'attività professionale, la cui violazione rientra, certamente nel concetto di denegata giustizia.²²

Tematica quest'ultima che, allo stato attuale, ha assunto un grandissimo rilievo per il rapporto che ha con il principio del giusto processo, la cui natura immediatamente precettiva è stata, di recente, elevata a rango

¹⁸ La legge 24 marzo 2001 n. 89 (nota come legge Pinto) ha dato attuazione, riguardo alla durata dei procedimenti giudiziari, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, prevedendo un'equa riparazione in favore di chi abbia subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto della violazione del termine ragionevole previsto dall'art. 6, § 1, del Trattato. Infatti, l'art. 6 della Convenzione sancisce i seguenti diritti: equa e pubblica trattazione, entro un termine ragionevole, di ogni controversia su diritti e doveri di carattere civile, o sulla fondatezza di un'accusa penale; giudice indipendente ed imparziale preconstituito per legge; pubblicità della sentenza; presunzione di innocenza; diritto dell'imputato ad essere informato dell'accusa formulata a suo carico; diritto alla difesa ed al gratuito patrocinio in caso di indigenza; diritto all'esame sia dei testimoni a carico che di quelli a discarico; diritto all'assistenza di un interprete.

¹⁹ Cfr. Cassazione Civile SS.UU. 11 aprile 1994, n. 335.

²⁰ Cfr. Cassazione civile, sezioni unite, 11 aprile 1994, n. 3358.

²¹ Cfr. Cassano op. cit. pag. 9.

²² Cfr. Corte di Cassazione Sez. Unite Civili, sentenza 23 agosto 2007, n. 17916, in riferimento al comportamento tenuto da magistrati che ritardano di depositare le motivazioni dei propri provvedimenti, senza ragionevoli giustificazioni.

costituzionale e che certamente trova applicazione anche per la figura del curatore del fallimento.

Il principio della ragionevole durata di ogni processo²³, contenuto nell'art. 111 della Costituzione, fa sì che la stessa legge n. 89 del 2001 goda di una particolare protezione con riferimento alla garanzia di un diritto di rango costituzionale, ossia il diritto riconosciuto ad ogni soggetto all'esame pubblico, imparziale ed in un tempo ragionevole della propria causa, appunto, il diritto alla piena realizzazione della giustizia.

In definitiva, l'istituto del curatore fallimentare, alla luce dell'assoggettamento della legge nazionale agli obblighi internazionali, previsti dal nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione, deve sottostare anch'esso a dei precisi obblighi che tendano ad assicurare la ragionevole durata del procedimento, evitando così l'esborso di pubbliche risorse per il susseguente ristoro richiesto in caso di lesione del diritto alla durata ragionevole del processo.

È stato infatti osservato che *“L'equa riparazione non può, cioè, rappresentare un compenso al cittadino per i disagi derivanti dalle disfunzioni del sistema, una sorta di prestazione assistenziale, riconosciuta ex lege all'utente del servizio e sganciata da qualsiasi serio e reale tentativo di modifica della situazione nella quale ancora oggi versano gli uffici giudiziari”*²⁴.

Perciò, soltanto attraverso l'effetto dissuasivo della sanzione risarcitoria a carico del curatore del fallimento che, in violazione dei propri doveri, ritarda le procedure di propria competenza sarà possibile contenere in limiti ragionevoli le patologie riguardanti i ritardi del procedimento di cui sopra.

²³ Cfr. Ennio Antonio Apicella, Il danno da irragionevole durata del processo. Primi problemi applicativi. *Relazione al «Convegno di studio in occasione del decennale dell'istituzione in Calabria della Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti: un'occasione per riflettere su responsabilità e controllo»*, organizzato dalla Sezione giurisdizionale, dalla Sezione regionale di controllo e dalla Procura regionale per la Calabria della Corte dei Conti – Catanzaro, 14 e 15 dicembre 2001. in www.Lexitalia.it.

²⁴ FINOCCHIARO, L'istante deve dimostrare l'esistenza di un danno derivante dall'inefficienza degli apparati giudiziari, in Guida al diritto - Il Sole 24 ore, 1° dicembre 2001 n. 46, 30.