

11
Avv. GUSTAVO BONELLI

11

LA RAPPRESENTANZA DEL CURATORE NEL FALLIMENTO

(Estratto dal *Diritto commerciale*, vol. XX, fascicolo 1, anno 1902).

I. — I fatti fondamentali per cui si manifesta la vita di ogni subbietto giuridico sono due: *volere e agire*. Ma queste sono due facoltà dell'uomo individuo; questi soltanto può volere e agire *per sé*. Tutti i subbietti giuridici che non hanno una volontà individuale, o l'hanno incompleta o anormale (quindi non riconosciuta dalla legge), vogliono e agiscono *per mezzo d'individui*, i quali, in quanto ciò fanno, possono qualificarsi come *organi* di quel subbietto.

In quanto gli organi agiscono o dichiarano con effetto legale la volontà del subbietto di fronte ad altri subbietti con cui si pongono in rapporti di diritto, essi chiamansi *rappresentanti* di quel subbietto.

Un subbietto dotato di volontà propria, nonchè l'organo individuale rappresentante di un subbietto organizzato, possono delegare ad altri la facoltà di agire e di dichiarare la volontà propria o dell'ente rappresentato di fronte ai terzi; il rapporto contrattuale con cui questa delega si effettua si chiama *mandato*, e chi accetta l'incarico si dice *mandatario*, e, in quanto esplica l'incarico stesso a nome del mandante, si pone anch'egli

come suo *rappresentante*. Per cui la *rappresentanza* è duplice: *organica e contrattuale*. La prima può essere *originaria, immediata, legale*, cioè conferita dalla stessa legge regolativa dell'ente, come può essere *derivata, mediata*, per lo più *giudiziale*, cioè conferita mediatamente da un organo immediato della volontà dell'ente, che per lo più è l'autorità giudiziaria. La seconda è sempre *volontaria* epperò di sua natura *revocabile*. Non esiste quindi per noi la figura del preteso *mandato legale o giudiziario*; queste espressioni involgono contraddizione, perchè affermano e negano nel tempo stesso l'origine contrattuale dell'incarico o funzione demandata, e ingenerano così confusione in una materia che ha bisogno d'un linguaggio proprio e preciso.

Con ciò resta intanto eliminato che il curatore del fallimento sia un *mandatario* di chicchessia. Non lo è del fallito, perchè per nessuna legislazione egli riceve dal fallito l'incarico di rappresentarlo. Non lo è dei creditori, nemmeno nelle legislazioni in cui la sua nomina è devoluta esclusivamente a questi, perchè in ogni modo essa proviene non dai singoli creditori, nè dal rap-

presentante o organo *esecutivo* della creditoria, ma dall'assemblea, corpo collettivo, da cui (come pure dall'autorità giudiziaria o dalla legge) possono esser nominati *organi*, ma non *mandatari*.

Egli è infatti un *organo*, e la sua rappresentanza è di natura *organica*, non contrattuale. Ma organo e rappresentante di chi?

II. — Perchè il curatore potesse essere organo e rappresentante *del fallito*,¹ bisognerebbe che questi da una parte fosse tuttora proprietario dei beni devoluti all'amministrazione del curatore, e dall'altra non avesse più una capacità volitiva riconosciuta dal diritto. Ma la massima parte delle leggi (e forse in sostanza tutte) sono d'accordo colla nostra nel riconoscere al fallito la capacità giuridica di volere e di agire come prima del fallimento, salva l'intangibilità dei beni devoluti alla massa. Egli perciò non ha bisogno di organi; e senza esser organo non si rappresenta un nolente.² D'altra parte il fallito è privato del diritto

d'amministrare e di disporre; ora la rappresentanza organica supplisce alla *capacità*, non al *diritto* mancante: si rappresenta chi *non può* — in quanto *non è capace di* — fare una cosa, non chi *non può* — in quanto non *ha diritto di* — farla, poichè ciò che il diritto ci vieta di fare non possiamo fare neppure per via di rappresentanti; il rappresentante non può avere maggiori diritti del rappresentato.

Anche ammesso che la separazione operata dal fallimento abbia lasciato al fallito un diritto di proprietà che possa ancora chiamarsi tale, sempre sta che da questo diritto sarebbero state separate le facoltà tutte che ne costituiscono il contenuto attuale ed essenziale, e separate non già per tenerle transitoriamente paralizzate (come nel sequestro), ma per farle esercitare da altri e non più nell'interesse personale del fallito; e siccome l'opera del curatore si esplica appunto nell'esercizio di *queste* facoltà, e non di *quel* diritto evanescente di alta proprietà rimasto ipote-

¹ Questa è tuttavia dottrinalmente la teoria che può ancora dirsi la più diffusa. V. in Germania FITTING, *Concursrecht*, § 23, i commenti del PETERSEN-KLEINFELLER, del WILMOWSKI, del WENGLER, e recentissimamente dello JÄGER sul § 6 dell' *Ordin. concurs.*; nonché SCHULTZE, *Deutsch. Concursr. in sein. jurist. Grundl.* 1880, MANDRY-GEIB, *Civilrechtl. Inhalt d. Reichsges.* 4^a ediz., p. 551 e seg.; STAUB, *Handelsr.*, § 171, n. 7 etc.; in Austria POLLAK, *Concursrecht*, § 29. In Francia e in Italia, comunque meno nettamente, quasi tutti gli scrittori fanno capo a questo sistema. — Tra le legislazioni, solamente il *Cod. portoghese* (art. 700) esprime che l'amministratore e i curatori fiscali rap-

presentano il fallito in giudizio e fuori (non dimeno il fallito va citato insieme con essi).

² Questa proposizione ha per noi un valore assoluto, è una *legge logica* inderogabile. L'ente individuale fornito di volontà (riconosciuta) non ha altra rappresentanza possibile fuorchè la contrattuale. Il creditore che agisce in luogo del suo debitore o agisce per un diritto acquistato sui beni di lui e in cui perciò è *succeduto* a lui, o agisce, come nell'azione *surrogatoria*, per uno speciale permesso della legge, nei limiti dell'utile gestione, supplendo il debitore inerte, ma non *rappresentandolo*, non essendo questi mai vincolato dai risultati di tale azione.

ticamente al fallito, così non sarebbe mai in rappresentanza di questo che la sua azione si svolgerebbe.

Quanto v'è di vero e di legittimo nei postulati del sistema che dà al curatore la rappresentanza del debitore è il fatto che quegli è subentrato *al posto* di questo nella gestione del patrimonio; e per conseguenza egli, o meglio, il subbietto da lui rappresentato, deve considerarsi come *succeduto* al fallito, epperò come *avente causa* da lui, in tutto ciò che riguarda quella gestione; sia pure che si tratti di una successione *sui generis*, analoga a quella che si ha tra la giacenza d'una eredità e il defunto. Anche *succedere*, come *rappresentare*, è prendere il posto di un altro, ma colla differenza che è il subbietto stesso del diritto che allora è cambiato.

E che il subbietto qui sia cambiato è messo fuori d'ogni dubbio dal fatto che i debiti che contrae il curatore nella gestione *non sono debiti del fallito*: tanto vero che essi non entrano cogli altri nel passivo fallimentare, nè subiscono la falcidia del *procento*; e così i contratti *continuativi* fatti dal fallito e continuati dal curatore fanno capo neidue stadi a un termine diverso.

III. — A esautorare il principio della rappresentanza del fallito nel curatore basterebbe il fatto che parecchie delle attribuzioni di questo sono precisamente in diretto o indiretto antagonismo col-

la persona di quello. Infatti il curatore è parte processuale contro il fallito nel giudizio dichiarativo, egli inizia e conduce i giudizi per revoca e annullamento di atti fatti dal fallito, egli può, nella sua qualità, contrattare col fallito; inoltre egli non è punto vincolato dalle antecedenti obbligazioni personali di lui, e può disconoscere la data delle sue scritture private.³

È chiaro che in tutti questi casi il curatore *non può rappresentare il fallito*. Ed è perciò che la maggior parte degli scrittori partigiani di questo sistema non danno al principio una portata assoluta, e si acconciano, specialmente in tema di revocatoria, a riconoscere che *talora* il curatore agisce in rappresentanza non più del debitore, ma *dei creditori*,⁴ e per conseguenza formulano il principio così modificato: *il curatore rappresenta ora il fallito, ora i creditori*;⁵ oppure addirittura: *il curatore rappresenta insieme il*

³ Questi punti sono largamente discussi ai nn. 251 e seg. del mio *Commento sul fallimento*.

⁴ In Francia e in Italia, dove le preoccupazioni sistematiche non sono molto gravi, la dottrina non trova in genere difficoltà a modificare il termine passivo della rappresentanza (nessuno dice p. e. che nelle azioni di nullità il curatore rappresenti il fallito). Ma in Germania l'attaccamento alla logica del sistema ha spinto autorevoli scrittori a sostenere che anche spiegando l'*Anfechtung* il curatore rappresenta il *debitore* (v. tra gli scrittori citati alla nota 1, PETERSEN, WILMOWSKI, FITTING, MANDRY).

⁵ Così LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, VII, 424. E così gli altri scrittori tedeschi citati alla nota 1.

*fallito e i creditori.*⁶ In fondo l'una formula si riduce all'altra, la prima non differendo dalla seconda, se non in quanto considera il curatore nei singoli atti, anzichè nella sua qualità permanente. Ma la seconda accentua meglio il vizio logico del principio; poichè è logicamente ripugnante ed inammissibile che una persona si trovi investita nel tempo stesso della rappresentanza di due subbietti in permanente potenziale antagonismo tra loro. Infatti sia che si riguardi il fallimento come una varietà del processo di *esecuzione*, sia che lo si riguardi come un *accomodamento giudiziale* tra debitore e creditori, sempre sta che esso implica due parti in presenza l'una dell'altra. Si capisce, ciò stante, un procedimento che abbia per condizione di sopprimere queste due parti e provvedere diversamente alla sistemazione dei reciproci interessi, ma non un procedimento che lasci sussistere le due parti conferendone la *rappresentanza* a una sola persona. Quando il curatore rappresentasse il fallito, sarebbe naturale che per l'interesse dei creditori, là dove questo si manifestasse in conflitto con quello, il diritto provvedesse, come in

altri casi, colla creazione d'un distinto apposito organo provvisorio che li rappresentasse, non già trasferendo per il momento al curatore quest'ultima rappresentanza e lasciando così sprovvisto di rappresentanza il fallito.

Non è invece contraddittorio che uno stesso subbietto raccolga in sè la posizione giuridica di due enti anche in conflitto tra loro, come procedente da entrambi e ad entrambi succeduto, per il conseguimento di uno scopo che entrambi li comprenda. Allora infatti tutte le funzioni ed azioni che conferiscono al vantaggio di *quel patrimonio* rientrano nel compito di questo ente, sia che provengano dall'una o dall'altra delle due parti interessate, e il curatore agirà, secondo i casi, come avente causa dall'una o dall'altra di esse, ma sempre in rappresentanza del nuovo ente, in cui s'incentra il patrimonio.

IV. — Ma si dice dai partigiani d'un altro sistema:

Non occorre far capo a un altro ente. Chi prese il posto del fallito furono *i creditori*; essi provocarono e per essi si svolge il fallimento; il curatore non è che il *loro rappresentante*.

Questa posizione è certamente

⁶ DERNBURG, *Preuss. Privatrecht*, II, § 115. La legge prussiana del resto qualificava gli amministratori come *rappresentanti della creditoria e della massa* (§§ 131 e 215), ma il significato dell'espressione non era pacifico (cf. KOCH, not. 33 al § 131). Anche il *Codice portoghese* pur attribuendo all'amministratore e ai curatori fiscali la rappresentanza del

fallito (art. 700), parlando delle contestazioni dei crediti in sede di verifica, dice che costoro rappresentano *tutti i creditori e il fallito* (articolo 719). Esempi di queste formule ricorrono spesso nelle nostre decisioni giudiziarie (v. p. es. Cassazione di Roma in causa *Volpini*, 13 agosto 1900 nella *Corte Supr.*, parte spec., p. 305).

più netta, più logica e più vicina al vero delle precedenti; essa rappresenta un progresso nella costruzione sistematica del fallimento.⁷ Tuttavia neppure essa è accettabile e, appena si comincia ad analizzare, si presenta sotto ogni rispetto insostenibile.

Perché il curatore rappresentasse i *creditori* nella gestione del patrimonio, converrebbe che questo fosse divenuto cosa loro. Il diritto di *surrogazione* di cui all'art. 1234, anche rafforzato da un diritto reale di pegno, non basta a sostituire il debitore nella disponibilità del patrimonio e nella rappresentanza giudiziaria.⁸ Ora è certo che il patrimonio fallimentare non diviene *dei creditori*, né può dirsi destinato *esclusivamente* a uno scopo loro, sui risultati della liquidazione essendo interessato subordinatamente anche il fallito.

Ma neppure nell'esercizio di quelle azioni che interessano i

creditori nella loro contrapposizione al fallito è esatto il dire che il curatore *li rappresenti*. Non li rappresenta *uli singuli*, perché non ebbe da loro alcun mandato, e perché al bisogno si contrappone a ciascuno di essi (p. e. nel giudizio di verifica dei crediti). Inoltre i diritti tolti per legge ai creditori singoli non potrebbero essere esercitati nemmeno da un loro rappresentante. E nemmeno li rappresenta come *collettività*.

I così detti diritti *della massa* (in senso subbiettivo), quelli appunto che il curatore fa più specialmente valere quando agisce nell'interesse diretto dei creditori, si riferiscono tutti alla massa ente astratto, composto dei creditori *concorsuali* (cioè aventi diritto a concorrere), vale a dire di elementi individuali incerti di numero e di identità, che non costituiscono quindi punto una collettività concreta.

⁷ Questa teorica è propria di tutti quegli scrittori che attribuiscono ai creditori sulla massa fallimentare un diritto proprio, costituendoli per lo più in *unità collettiva*, capace di presentarsi come *subbietto di diritto*. V. in Germania CANSTEIN nella *Z. für priv. u. öff. Recht*, IX, 466, KOHLER, *Lehrb. d. Concursrecht*, § 22 e *Leitfaden*, § 7, SEUFFERT, *Conc.*, § 25; in Austria SCHWARZ, *Oesterr. Concursr.*, I, p. 68; in Francia, THALLER, *Traité*, 2^a ediz., n. 1674, 1675, 1805; in Italia BOLAFFIO, *Comm. al tit. del fallimento*, p. 108 (v. anche PESCATORE, *Filosofia e dottr. giuridiche*, I, p. 314). — Il principio della rappresentanza dei creditori nel curatore, specialmente nello stadio della liquidazione, si trova il più frequentemente enunciato nelle leggi. Così il Codice 1808 all'art. 528, parlando dei sindaci dell'unione, diceva: « essi rappresenteranno la massa dei creditori ». E questa dichiarazione è mantenuta nell'art. 532 del *Cod. francese* attuale

(come nel 645 del cessato *Cod. italiano* e in altri calcati sul francese). Anche il *Cod. belga* all'art. 528: « se non interviene concordato, i curatori continueranno a rappresentare la massa dei creditori ». Mandatari dei creditori sono detti i sindaci nel *Cod. cileno* (art. 1414) e gli amministratori nel *Cod. russo* (art. 552). La legge austriaca poi così si esprime al § 76: « L'amministratore (*Masseverwalter*) è rappresentante della creditoria e amministratore del patrimonio appartenente al concorso ».

⁸ Eppure generalmente gli scrittori di questo sistema non riconoscono ai creditori nulla di più d'un *diritto di pegno*, e talora neppure questo, senza poter spiegare naturalmente come mai il rappresentante dei creditori possa colle sue obbligazioni vincolare i beni del debitore, per ciò solo che quelli vi hanno un diritto di pegno (v. il cit. *Commento*, n. 248, note 4 e 5 e n. 237).

Ma riferire dei diritti a un ente siffatto non significa *attribuirli ad un subbietto*, ma bensì *riservarli ad un fine*. E questo fine è per l'appunto tutt'una cosa col fine essenziale del fallimento, che è la soddisfazione dei creditori. Sicchè può dirsi che la *massa subbiettiva* è compresa nella *massa obbiettiva*, come il suo principale elemento unificatore,⁹ la sua principale ragione d'esistere. Ed è la miglior realizzazione di questo fine che ha reso necessario spogliare i singoli creditori dei loro diritti, come il fallito dei suoi beni, e riunire presso un solo ente questi e quelli fino alla realizzazione del fine. Se dunque il curatore del fallimento esercita in esso, comunque rafforzati, quei diritti che sarebbero spettati ai creditori (non ai tali e tali creditori, ma ai creditori *in astratto*), non è già perchè *rappresenti* quei creditori (concretamente ignoti e inesistenti), ma perchè così facendo soddisfa uno dei fini essenziali dell'ente. — Ora la *rappresentanza* non è data a un

fine o a un *interesse*, ma ad un *subbietto* per integrarne la *volontà*.

Quanto alla *collettività dei creditori concorrenti*, cioè effettivamente partecipanti alla liquidazione, essa è un subbietto concreto, che ha diritto di prender parte, con appositi organi di volontà, alle operazioni di gestione e di liquidazione, ma in ciò non è punto rappresentata dal curatore. Il suo compito è allora di arricchire di nuovi organi il fallimento, organi la cui funzione è intesa pur sempre alla tutela di questa dominante finalità che è l'interesse dei creditori. Ma essa non entra in rapporti giuridici. Quando il curatore eseguisce una deliberazione dell'assemblea debitamente presa, egli è pur sempre il rappresentante dell'ente, non della creditoria; anzi, quand'anche egli stesso curatore debba la sua nomina agli organi direttamente emanati dalla creditoria, ciò non basta a trasformarlo in un organo di questa, poichè ogni deliberazione della collettività dei creditori

⁹ *Principale non unico*, ed esterno non interno all'ente; e qui è la differenza dalla società (la cui assimilazione colla creditoria vagheggia il THALLER). L'amministratore di una società commerciale può dirsi, senza molta improprietà, rappresentante la collettività dei soci per la ragione che questa collettività costituisce tutto l'elemento *subiettivo* (investito) dell'unità patrimoniale. Ma il fallimento rientra fra gli enti giuridici aventi lo scopo patrimoniale *fuori* di sé; nella divisione di questi enti in *corporativi* e *istituzionali*, il fallimento appartiene alla seconda categoria, mentre la società appartiene alla prima. E difatti il fallimento può esistere *senza* che una collettività di creditori sia presente. Esso può

sorgere *senza* e fino a un certo punto *contro* la volontà dei creditori; per un buon tratto del procedimento, questo cammina senza che la massa dei creditori abbia potuto purificarsi e concretarsi; e anche successivamente l'*assemblea dei creditori* è ben lungi dall'avere l'importanza che ha l'*assemblea dei soci*; e tutte le questioni capitali, compresa l'approvazione del concordato, fanno capo al *tribunale*. Egli è che mentre l'interesse dei soci è il solo che costituisce lo scopo della società, la legge che regola il fallimento, non può prescindere dall'interesse del *fallito*, da cui il patrimonio proviene, e, trattandosi in sostanza d'un fenomeno sociale patologico, non può prescindere dalla considerazione altresì dell'interesse *pubblico*.

organizzata, presa secondo le leggi del fallimento, emana dall'ente fallimento, in cui quella organicamente rientra, ed impegna perciò la massa (obiettiva).¹⁰

Quando poi la *collettività concreta dei creditori* si presenta con individualità distinta dall'ente fallimento a trattare direttamente col fallito, come avviene nel *concordato*, essa non è in nessun modo rappresentata dal curatore.¹¹ Eppure sarebbe quello il momento più propizio per spiegare la sua funzione di rappresentanza, dato che egli fosse veramente un organo della creditoria.

V. — Della insufficienza dei due sistemi che fanno capo alla rappresentanza del *debitore* e dei *creditori*, unite o separate, è testimonio il movimento più recente della dottrina tedesca in senso ostile all'una e all'altra; ostilità, che, per eccesso di reazione, ha preso di mira lo stesso concetto

di *rappresentanza* in genere. È specialmente la giurisprudenza del Tribunale dell'Impero e del Supremo tribunale di commercio che ha reso prevalente questo indirizzo,¹² sul cui punto di partenza, che è la critica del sistema della rappresentanza del *fallito*, nulla abbiamo da opporre. Se non che il nuovo sistema,¹³ esclusa questa rappresentanza, e constatato che il curatore agisce *al posto* del fallito, ma non *a nome* di lui, che amministra e dispone in virtù d'un *proprio diritto* che è anche un *proprio dovere*, in altri termini un *officium* devolutogli *dalla legge* nell'*interesse pubblico*, crede aver escluso con ciò qualsiasi rappresentanza, almeno nel senso privatistico (patrimoniale). Osserva giustamente JÄGER (§ 6, n. 16) che anche il tutore riveste un *officium* in questo senso, eppure *rappresenta* il pupillo. Dall'esser *proprio* l'*ufficio* del curatore e il diritto di esercitarlo non si

¹⁰ Eccezionalmente, nel caso dell'art. 795 *Cod. comm.*, la responsabilità dei creditori è impegnata, ma non come *collettività*, sibbene *individualmente*, da parte dei soli creditori autorizzanti.

¹¹ Chi tratta e contratta è anche qui la collettività dei creditori *concorrenti*, sebbene gli effetti del concordato vincolino poi i creditori *concorrenti* tutti, anche non concorrenti. L'ente fallimento è estraneo a questo contratto, e il curatore vi compie in fondo una figura accessoria e quasi ingombrante.

¹² A cominciare dalla sentenza 30 marzo 1892 del *Reichsgericht*, riassunta in JÄGER, § 6, n. 12 e seg. Tra gli scrittori citiamo FISCHER nella *Z. für Civilpr.*, X, p. 436; STEGEMANN, *ivi*, XVII, p. 330; OETKER, *Konkursrechtl. Grundbegriffe*, I, p. 51, 112, 314, 423; WÄCHTER, *die mater. rechtl. Seite des Conc.*, p. 37; MENZEL,

Anfechtung, pagine 286, 288; WILLENBÜCHER, *Reichskonkursordn.* (1896), p. 27; HENRICI, nell'*Arch. f. bürgerl. Recht*, II, p. 337; REINHARD, *ivi*, VII, p. 478; LIPPmann, nei *Jahrb. f. d. Dogmat.* 1900, p. 112 e seg.; SARWEY nella 4^a ediz. del suo *Commento* (in collaborazione con BOSSERT, e recedendo dall'opinione dominante, abbracciata nelle precedenti edizioni), § 6, n. 5; HARBURGER, nei *Blättern f. Rechtsanwendung*, anno 61^o, n. 16; BUNSEN nella *Z. f. Civilpr.*, XXVI, p. 253.

¹³ In verità non è nuovo, sebbene per tale s'atteggi, anzi è un ritorno alla primitiva teorica, quale è esposta in SALGADO DE SAMOZA (*Labyrinthus creditorum*, I, c. 13, n. 11: *administratorem nominatum per curiam suam esse ministrum, et ejus nomine — Senatus scilicet — non nomine creditorum nec etiam debitoris....*).

può argomentare che sia proprio il diritto esercitato, cioè ch'egli agisca *a nome proprio*; come dall'esser pubblico l'interesse che l'istituto esista non discende che siano *di diritto pubblico* i rapporti messi in essere dal curatore: quindi in nessun modo potrebbe elevarsi il curatore ad *organo dello Stato*. Questi rapporti hanno sempre come termine di riferimento attivo o passivo il *patrimonio* affidato alla sua amministrazione; sono dunque rapporti di diritto patrimoniale privato.¹⁴

Certamente, finché il *patrimonio* non vuole assumersi come staccato dal suo antico investito, e si continua a ritenere *proprietario* di esso il fallito, è impossibile scinder la rappresentanza di quello dalla rappresentanza di questo. Ma appunto su questo collegamento il nuovo indirizzo della giurisprudenza e della dottrina germanica ha portato dei colpi decisivi col martello di una

critica serrata e poderosa. E ciò deve logicamente condurre al trionfo della teorica, tuttora così ostica alla maggioranza di quegli scrittori, della *personificazione della massa concorsuale obbiettiva*.¹⁵ Poiché negare che i rapporti di diritto cui dà luogo lo svolgersi del fallimento abbiano un soggetto non si può; attribuirli al curatore in proprio è assurdo; dar loro il significato di rapporti pubblicistici è un'evidente contraffazione.

Qualcuno degli scrittori aderenti al sistema di cui parliamo tenta una qualche via di conciliazione col sistema dominante. Così HARBURGER enuncia nettamente che la proprietà rimasta al fallito è nulla più che *un'ombra, una finzione, nessun diritto effettivo* (*nur ein Schatten, ein gedachtes kein wirksames Recht*), ma, invocando dopo ciò l'analogia del *fidecommesso*, pretende trattare il fallimento come un caso di *proprietà divisa* (nel senso te-

¹⁴ Altro è che al curatore resti affidata anche qualche mansione che esce dalla cerchia dell'interesse privato (p. es. art. 756 Cod. comm., cf. Cassaz. Torino, 7 settembre 1899, *Giur.* 1409); ciò dipende dal concorso dell'interesse pubblico nella formazione dell'ente.

¹⁵ Questa costruzione si trova per la prima volta con lineamenti incerti, ma abbastanza scientifici, arditamente tracciata nell'opera geniale di DELAMARRE e LA PORTVIN (*Dr. Comm.*, VI, n. 69 e seg.). Per essi, « la faillite signifie la collection, le *totum juridique des biens et des dettes du failli*, comme l'hérédité est la collection, le *totum juridique des biens et des dettes du defunt*; envisagée sous cet aspect la faillite est un être moral ». E come il curatore rappresenta l'eredità e la personifica, così i suoi adiaci rappresentano e personificano il fallimento (ivi n. 74). Una concezione simile si ha

nel nostro BORSARI (*Cod. comm.*, n. 1750). In Germania la personalità giuridica del fallimento ha i suoi campioni in UÖLDERNDORFF (*Conc. Ordn.* al tit. I, n. 3 e al tit. VII princ.), STIEGLITZ (*Conc. O.*, p. 41), ECCIUS (*in Förster, Preuss. Privatr.*, 7^a ediz., p. 804), GALLINGER (*Rechtsstellung d. Konkursverwalters*, 1896, pagina 20 e seg.), LEONHARD (*Allgm. Theil des bürgerl. Gesetzb.* 1900, p. 103, 110), sebbene questi ultimi scrittori pretendano di personificare l'amministrazione, anziché il *patrimonio* (v. infra). — Anche HELLWIG (*Anspruch und Klagerrecht*, 1900, p. 248) considera la massa obbiettiva come un *Sondervermögen* suscettibile di rappresentanza, ma intanto le nega la qualità di *persona giuridica*. Al che bene osserva JÄGER (*Conc. O.*, p. 837) che si rappresenta soltanto un soggetto giuridico, non un obbietto.

desco, tra *Obereigenthum* e *Nutzungseigenthum*), ove l'*alta proprietà* spetta al fallito, e la *proprietà utile* al curatore. Lo che, per ciò che riguarda il curatore, è doppiamente falso: 1° in quanto il suo potere dispositivo (per la liquidazione) va ben più in là di quello del proprietario utile; 2° in quanto questo non è mai esercitato nel *proprio* interesse, ma di *altri*, cioè in *rappresentanza*. A parte poi l'oscurità propria di questo concetto germanico della *proprietà divisa*.¹⁶

Un sistema intermedio fra quello che nega ogni rappresentanza e quindi l'esistenza d'un subbietto di diritto privato nei rapporti successivi al fallimento e il sistema che ravvisa questo subbietto nella stessa massa concorsuale, è quello che, pur riconoscendo la personalità giuridica del fallimento, ripone questa personalità non già nel pa-

trimonio, ma nell'*amministrazione*. Così il GALLINGER (nel lavoro citato alla nota 15), prendendo occasione da un'espressione di ECCIUS (*loc. cit.*), che *parte* nei giudizi del curatore dice essere non il fallito, ma l'*amministrazione*, ne deduce, a correzione del sistema di OETKER, che il curatore non è già *parte* o agente *in nome proprio*, ma soltanto *rappresentante l'amministrazione*. Se non che ECCIUS non pare che scinda l'amministrazione dal patrimonio o massa cui si riferisce, sicchè nominando quella s'intende che alluda a questa. Invece GALLINGER soggiunge esplicitamente che si va troppo in là quando si dà come subbietto dei rapporti la stessa massa amministrata.¹⁷ Ora l'amministratore che rappresenta l'*amministrazione* per sè stessa è forse un concetto serio? L'*amministrazione* è forse qualcosa

¹⁶ Sulla utilizzazione di questo concetto per la costruzione delle *persone giuridiche* in Germania, v. diffusamente BERNATZIK, *d. jurist. Persönlichkeit d. Behörden*, §§ 15 e segg. (nell'*Arch. f. öffentl. R.*, V, p. 111 e seg.). Anche SARWEY (*loc. cit.*) richiama la figura della comunione *zur gesamten Hand* (da altri, come dal GIERKE e da molti partigiani della rappresentanza dei creditori, invocata invece per la concezione della *creditoria*), e rassomiglia il rapporto patrimoniale che corre tra fallito e curatore a quello che corre tra moglie e marito sul patrimonio della moglie in quel regime.

¹⁷ L'A. si aiuta col richiamo del *trustee* inglese, che si presenta esternamente come *proprietario*, e colla analogia dei casi in cui, pel miglior conseguimento dei fini in un rapporto di mandato, si trasferisce al mandatario l'apparente proprietà della cosa. Ma con ciò si torna indietro al concetto che esclude ogni rappresentanza nel curatore, costituendolo anzi addirittura *proprietario della massa*; io che, nello stesso concetto inglese dell'istituto, è inaccet-

tabile. Il *trustee* infatti è in realtà tutt'altro che un proprietario, nel senso almeno del nostro diritto. Non solo in caso di suo fallimento i beni ch'egli detiene in tale qualità non entrano affatto nella massa (art. 44 del *bankr. act*), ma la sua gestione fallimentare è limitata e sorvegliata rigorosamente dai creditori con appositi organi, muniti di facoltà estesissime. — Del resto il sistema di GALLINGER riesce a risultati ben strani, poichè egli non si ferma a dar come subbietto succeduto al fallito l'*amministratore* (in rappresentanza dell'*amministrazione*), ma unisce in questa successione anche i *creditori*, scorrendo tra questi e quello una comunione *zur gesamten Hand* (ancora un'applicazione diversa di questa equivoca figura, cf. nota preced.). Ma questa complicazione, che è introdotta per spiegare il diritto d'opposizione spettante ai singoli creditori nel giudizio di verifica (il che è lo scopo del lavoro dell'A.) riduce la costruzione tale una mostruosità, da sottrarla a qualunque seria ed efficace discussione.

di più che l'espressione astratta della funzione dell'*amministratore*?

Eppure questo concetto si trova generalizzato recentemente in un lavoro, per molti rispetti pregevolissimo, del LEONHARD (vedi nota 15), il quale definisce la *persona giuridica*, non già come un ente sotto amministrazione ma addirittura come un'*amministrazione* (*Verwaltung*); e questa amministrazione è, secondo lui, il vero termine (sobbietto) dei rapporti giuridici, il vero padrone (*Herr*) del patrimonio; cosicchè non si deve dire che la persona giuridica è un patrimonio devoluto a uno scopo, ma che è un'amministrazione che ha un patrimonio per uno scopo. Ora è chiaro che l'amministrazione è un *fatto*, non un *ente*, mentre la logica esige che il rapporto giuridico faccia capo a un ente, non a un fatto. Sarebbe come se ricercandosi il sobbietto della respirazione e delle altre funzioni fisiologiche, si pretendesse stabilire che questo sobbietto è la *vita*, cioè il fatto generale in forza di cui esse si compiono dall'*essere vivente*.

Certamente, nella congerie di espressioni con cui la pratica giuridica ha provato a battezzare gli enti giuridici *impersonali*, ricorre molto spesso quella di Amministrazione, Direzione ecc.; ma nessuno dubita che nominando l'Amministrazione come termine figurativo d'un rapporto s'intende alludere a un ente amministrato,

e che il *rappresentante dell'Amministrazione* è appunto niente altro che il rappresentante dell'ente amministrato.

VI. — *Sobbietto* di rapporti giuridici è sempre una *unità patrimoniale* (verso un'altra), cioè un patrimonio unificato o dal dominio d'una volontà o dalla destinazione ad uno scopo, quando l'una e l'altro siano riconosciuti dalla legge come aventi un tale effetto. Alla vita giuridica d'un patrimonio è necessaria la presenza d'un *amministratore*, ma non quella d'un *investito*; poichè il diritto, uniformandosi alle esigenze economico-sociali, conosce e regola anche aggregati patrimoniali privi di un padrone, eppure degni di tutela al pari, se non più, dei patrimoni *appropriati*, così nella loro esistenza ed integrità, come negli eventuali rapporti economici che il conseguimento del loro scopo occasiona.

Il patrimonio del fallito, quando, consenziente la legge, è *separato* dal dominio della di lui volontà e dedicato allo scopo della liquidazione giudiziale per la miglior soddisfazione dei creditori, non sparisce punto dalla vita giuridica; cambia soltanto il centro unificatore, e diventa un patrimonio *sub administratione*. Questo patrimonio, in quanto è suscettibile di acquistare ed esercitare diritti e di contrarre obbligazioni *per sè*, è un *ente giuridico*, che, come ogni altro ente giuridico privo d'investito indi-

viduale, ha bisogno di supplire alla deficienza naturale degli organi volitivi e attivi con apposita organizzazione. L'organo principale, che concentra in sé la *rappresentanza* dell'ente, è appunto il *curatore*.¹⁸

La provenienza di questo patrimonio dal fallito gli imprime il carattere fondamentale di *continuazione della personalità patrimoniale del fallito*, analoga a quella che si ha nell'eredità giacente. Il cui curatore perciò dicesi *rappresentare il defunto* con quello stesso significato improprio del termine *rappresentante*, con cui si dice che il curatore *rappresenta il fallito*. In realtà quegli rappresenta il patrimonio ereditario, come questi rappresenta la massa fallimentare.

Ma con essenziali differenze.

Anzitutto l'eredità giacente manca di un investito *effettivo*

che debba essere spossessato di fatto, come deve esserlo il fallito, dopo essere stato spossessato di diritto. Lo spossessamento di diritto ha già creato il nuovo ente; ma esso esiste immediatamente come ente potenziale, piuttosto che attuale. Primo compito del suo rappresentante è pertanto quello di raccogliere la massa in sue mani e rivendicarla, se il fallito ricusi di consegnarla come farebbe il curatore dell'eredità giacente verso un usurpatore dei beni ereditari. Questo diritto deriva all'ente e al suo rappresentante dalla necessità stessa della sua esistenza. Il nuovo subbietto giuridico, creato immediatamente colla sentenza dichiarativa, è un *quid juris*, piuttosto che un *quid facti*. Il patrimonio che lo costituisce deve ancora esser concretato; esso è costituito *da tutto ciò che appartiene o dovrebbe appartenere al fallito in*

¹⁸ Per la rappresentanza dell'ente fallimento nel curatore, v. gli autori citati alla nota 15. — Tra le legislazioni quelle che più s'avvicinano alla formula esatta di questa rappresentanza sono la *ungherese* (1881), la *svizzera* (1889) e la *messicana* (1890). Per la *l. ungherese* (§ 100) il curatore esercita entro i limiti di legge il diritto di rappresentanza, come di amministrazione e disposizione, riguardo al patrimonio costituente la massa, e rappresenta questa in tutte le contestazioni giudiziarie che attivamente o passivamente la riguardano. Per la *l. svizzera* (art. 197) « tutti i beni afferrabili del fallito formano una sola massa a sono destinati al pagamento dei creditori »; (art. 240) « l'amministrazione è incaricata degl'interessi della massa e provvede alla sua liquidazione; essa rappresenta la massa in giudizio ». Per l'art. 1418 del *Cod. messicano* « il sindaco provvisorio o definitivo sarà il rappresentante legale giudiziario o stragiudiziario dell'azienda in stato di falli-

mento ». — Del resto lo stesso linguaggio usuale dimostra come s'intuisca perfettamente da tutti che il vero subbietto dei rapporti e il vero rappresentato dal curatore è il *fallimento*, non altri. Le decisioni di giurisprudenza, al pari dei contratti fatti dal curatore, parlano in ogni incontro di diritti e obblighi del fallimento, di giudizi e di transazioni colla fallita, e via dicendo. Gli scrittori, quando non pensano a far delle costruzioni, si esprimono ugualmente. Esattamente il nostro VIDARI al n. 7686 del suo *Trattato*: « al fallito sotentra immediatamente il curatore nell'amministrazione; il quale impertanto è il legale amministratore del fallimento, e questo rappresenta in giudizio e fuori, così nell'interesse della massa come in quello stesso del fallito ». Lo che non gli impedisce di enunciare altrove che la proprietà dei beni resta al fallito (7543) e che nell'esercizio dei diritti d'amministrazione o di disposizione s'intende sostituita al fallito la massa dei creditori (7542).

quel momento e successivamente. È ciò che gli scrittori tedeschi chiamano molto incisivamente la *Sollmasse*. Invece l'obbietto della gestione, e, più ancora, della liquidazione e del riparto, non può essere che il patrimonio concreto, la *Istmasse*. Quindi uno dei momenti essenziali della vita dell'ente è costituito appunto da questo processo di concretizzazione o formazione reale della massa durante il quale gl'interessi della creditoria e quelli del fallito si presentano necessariamente come opposti. Tutti gli atti che si riferiscono a questo processo sono svolti perciò dall'ente (o da chi lo rappresenta) in una posizione e per conseguenza con una *qualità* giuridica diversa da quella in cui sono svolti gli atti di gestione e di liquidazione.

Inoltre il curatore dell'eredità giacente trova la *giacenza* assodata; mentre il curatore fallimentare deve generalmente sostenere anzitutto contro il fallito lo stato di fallimento. E anche qui l'antagonismo coll'interesse di questo non potrebbe esser più stridente.

Di più, ai fini della liquidazione, e precisamente ancora alla più completa formazione della massa, giova al patrimonio il possesso di certi diritti che non si trovano punto in esso allorché spettava al fallito, ma erano invece propri dei creditori, al cui interesse la liquidazione è diretta. Questi diritti vengono per legge attribuiti all'ente e uniti a quelli

che già si trovano al patrimonio trasmesso dal fallito; sicché l'organo esecutivo dell'ente può esercitare con pari competenza gli uni e gli altri, come ugualmente spettanti al suo rappresentato. Ma la diversa derivazione loro fa sì che il curatore appaja con diversa veste, secondo che esercita i diritti che ha rinvenuti nel patrimonio o quelli che nell'interesse dei creditori (per non tener conto qui dell'interesse pubblico) vi furono aggiunti.

Insomma, di fronte ai due elementi che esauriscono la finalità patrimoniale dell'ente, il fallimento assume un duplice atteggiamento, secondo che nello svolgersi della sua attività quei due ordini d'interessi si presentano divergenti o convergenti. Da un lato la collettività dei creditori si pone in attitudine ostile verso il fallito, cui vuol togliere di mano il timone del patrimonio e neutralizzare i prodotti della frode, e l'ente che agisce in questa direzione si trova a dover cozzare contro il fallito o contro chi ebbe causa da lui, per la *formazione concreta* della nuova unità patrimoniale. Dall'altro lato la stessa collettività ha interesse che si proceda nella direzione del patrimonio come avrebbe potuto procedere il fallito, e coerentemente l'unità patrimoniale formata si conserva, si realizza (cioè si converte in denaro) e si scioglie ripartendosi per il conseguimento dei fini dell'ente, surrogandosi al posto

del fallito e ripetendo la posizione giuridica di lui. Ciò spiega come di fronte al fallito il fallimento ora si presenta come *terzo*, ora come *avente causa*.

Ma questa duplicità d'*interessi* non toglie l'unicità della *rappresentanza* nel curatore. Ciò riguarda piuttosto la *struttura intima* dell'ente giuridico, il cui *scopo* importa, come in ogni altro ente simile, uno o più *interessati* a raggiungerlo, che sono coloro per cui l'ente effettivamente esiste e si svolge in quella data forma, che per lo più concorsero a crearlo, e né sono i destinatari ultimi. Costoro, mentre sono estranei all'ente *formalmente* (cioè nella sua figura di ente *giuridico*), sono tutt'altro che estranei *nella sostanza* ai risultati economici del suo funzionamento. Sono anzi essi che ne risentono in definitiva le conseguenze vantaggiose o dannose, come i cittadini d'un comune, i membri d'una corporazione, i soci d'una società di commercio sono i veri interessati alla gestione patrimoniale dell'ente cui appartengono, e nella cui *rappresentanza* possono dirsi perciò in certo senso *compresi*.

La parola *rappresentanza* è fra le più elastiche e anche fra le più abusate nella nostra terminologia. Ma bisogna tener distinta la *rappresentanza diretta*, che è la *rappresentanza vera e propria*, quella cioè per cui *una persona agisce surrogando o esplicando la volontà d'un'al-*

tra, ed esercitandone i diritti a nome di lei, dalle altre manifestazioni di *rappresentanza*, che può dirsi *indiretta*, e con cui non s' intende denotare altro che le conseguenze giuridiche d'un rapporto di *successione*, di *cointeressenza* o di *destinazione*, in cui più persone possono trovarsi tra loro. Quando noi diciamo che il curatore del fallimento non rappresenta il fallito, né i creditori, ma il fallimento, intendiamo alludere alla vera e propria *rappresentanza*, alla *rappresentanza diretta*, ma non escludiamo con ciò che sotto questa *rappresentanza formale* esistano altri subbietti su cui l'attività dell'ente sostanzialmente si ripercuote, e che in questo senso possono dirsi da lui indirettamente rappresentati. Così può dirsi che l'ente fallimento cumula in sé le posizioni e i diritti del fallito e dell'unione dei creditori. Appunto perchè l'uno e gli altri, per effetto della sentenza dichiarativa, sono messi fuori dalla direzione e dal controllo che prima aveano sul patrimonio, quei rapporti patrimoniali che prima faceano capo al debitore o a ciascun creditore, e che il nuovo stato non rende incompatibili, fanno capo al nuovo ente, ed è il rappresentante di questo che esercita i diritti perduti dall'uno e dagli altri. Li esercita non *in nome* loro, ma *invece* di loro, *a nome del nuovo ente*.

AVV. GUSTAVO BONELLI.