



Diritto Civile

GLI ORGANI DEL “VECCHIO” FALLIMENTO E DELLA “NUOVA” LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

di Alessandro Nastri

1 luglio 2019

Gli organi del “vecchio” fallimento e della “nuova” liquidazione giudiziale di Alessandro Nastri

Sommario: 1.Introduzione. 2. Il Tribunale Concorsuale. 3.Il Giudice delegato. – 4.Il Curatore. -5 Il Comitato dei Creditori

1. Introduzione

Sono ormai trascorsi più di quattro mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, introdotto dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (in attuazione della l.d. 19 ottobre 2017, n. 155), che entrerà in vigore – tranne che per poche norme, già vigenti dal 16 marzo 2019 – il 15 agosto 2020. L'attenzione di molti commentatori si è finora concentrata, oltre che sul nuovo istituto delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, sulle discipline del concordato preventivo e delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, maggiormente incise dalla riforma. Anche la trasformazione del fallimento in liquidazione giudiziale, tuttavia, al di là dell'innovazione linguistica e della portata ideologica (di indubbio rilievo) ad essa sottesa, non è consistita una mera “trasposizione” delle disposizioni

sul fallimento nel nuovo Codice. Se è vero, infatti, che numerosi articoli della legge fallimentare sono stati fedelmente riprodotti nel titolo dedicato alla liquidazione giudiziale, l'occasione è stata colta dal legislatore non solo per tentare di risolvere alcune incertezze applicative mediante il recepimento di diffuse elaborazioni giurisprudenziali, ma anche per introdurre significativi cambiamenti che, “annidandosi” per lo più in brevi incisi o nell'aggiunta o modificazione di poche parole, rischiano di sfuggire ad un'analisi sommaria e superficiale del nuovo testo normativo. Il contributo che segue si pone l'obiettivo di segnalare ed esaminare sinteticamente alcuni cambiamenti che riguardano specificamente i poteri e i doveri degli organi della liquidazione giudiziale e i nuovi equilibri che verranno a determinarsi tra gli stessi, nel tentativo di fare chiarezza sul punto. La convinzione di chi scrive è che l'ampia *vacatio legis* voluta dal legislatore della riforma debba essere sfruttata nel miglior modo possibile da tutti gli operatori del settore per attenuare l'inevitabile sensazione di confusione e “smarrimento” ingenerata da un così ampio riassetto della disciplina ed evitare ricadute negative sulla funzionalità del servizio giustizia nel settore delle procedure concorsuali.

2. Il Tribunale Concorsuale.

L'art. 122 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora innanzi, per brevità: “C.c.i.” o “Codice”), nel delineare i poteri del Tribunale Concorsuale, ricalca integralmente l'art. 23 l.fall. e non introduce alcuna novità (tale non essendo la specificazione, al comma 2, che i decreti del Tribunale debbano essere “motivati”) se non quella relativa alla denominazione dell'organo: in luogo del Tribunale Fallimentare, individuato dall'art. 23 l.fall. come il Tribunale che “*ha dichiarato il fallimento*” ed è “*investito dell'intera procedura fallimentare*”, vi è appunto il Tribunale Concorsuale, ossia il Tribunale che “*ha dichiarato aperta la procedura di liquidazione giudiziale*” ed è “*investito dell'intera procedura*”.

Sotto il profilo dei rapporti con gli altri organi della procedura, merita invece di essere sottolineata la previsione di cui all'art. 49, co. 3, lett. b, del Codice, in base alla quale, nel dichiarare con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale, il Tribunale “*nomina il curatore e, se utile, uno o più esperti per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore*”.

La nuova figura dell'esperto nominato dal Tribunale non è assimilabile a quella del coadiutore del curatore (dal quale quest'ultimo, anche nel nuovo assetto normativo, può farsi “affiancare” con l'autorizzazione del comitato dei creditori, e del cui compenso si deve tener conto ai fini della liquidazione del compenso del curatore: v. l'art. 129, co. 2, C.c.i., che ricalca sostanzialmente l'art. 32, co. 2, l.fall.). Si tratta, piuttosto, di una sorta di “co-curatore”, chiamato a svolgere alcuni specifici compiti tra quelli che normalmente sarebbero riservati al curatore. Ciò si evince non

solo dal fatto che all'esperto, per espressa previsione dell'art. 125, co. 2, C.c.i., si applicano *“le disposizioni del comma 1 e degli articoli 123 e da 126 a 136 in quanto compatibili”*, ossia le disposizioni sui poteri e doveri del curatore, ma anche dalla regolamentazione del suo compenso, rispetto al quale l'art. 137 C.c.i. (nel quale è stato “riversato”, con modificazioni, l'art. 39 l.fall.), al comma 5, stabilisce che *“quando sono nominati esperti ai sensi dell'articolo 49, comma 3, lettera b), alla liquidazione del compenso si applica il comma 3”*, “parificando”, sotto il profilo dei compensi, la situazione di coesistenza del curatore e dell'esperto a quella della successione di più curatori nell'incarico, con liquidazione unitaria del compenso in base ai parametri dettati dal d.m. 30/2012 e suddivisione proporzionale in base al contributo apportato da ciascuno ai risultati della procedura (v. sul tema: Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26730; Cass., sez. VI, 26 giugno 2018, n. 16739; Cass., sez. VI, 31 luglio 2017, n. 19053; Cass., sez. VI, 13 dicembre 2016, n. 25532; Cass., sez. I, 4 marzo 2015, n. 4378; Cass., sez. I, 14 maggio 2014, n. 10455; Cass., sez. I, 15 marzo 2010, n. 6202; Cass., sez. I, 4 settembre 2009, n. 19230).

Poiché il Tribunale dovrà nominare l'esperto *“se utile”*, vi è da chiedersi quando debba ravvisarsi tale utilità. Nella Relazione illustrativa al Codice si legge che *“si tratta di un accorgimento che dovrebbe garantire maggiore efficienza e celerità alla procedura, ad esempio consentendo di affiancare al curatore un professionista che si occupi della liquidazione di determinati beni fin dalla fase iniziale della procedura o dell'esercizio provvisorio dell'impresa, consentendo al curatore di concentrarsi sull'attività di analisi dei crediti in vista della redazione del progetto di stato passivo, ove particolarmente complesso”*. Un altro esempio può essere quello di un'impresa che al momento della dichiarazione di fallimento abbia ancora molti contratti di lavoro pendenti, rispetto ai quali, in assenza dei presupposti per disporre l'esercizio provvisorio, si rendano necessari specifici adempimenti per il cui espletamento può essere opportuna la nomina di un esperto consulente del lavoro (sempre che lo stesso curatore non sia scelto tra gli iscritti all'albo dei consulenti del lavoro, in base alla nuova previsione contenuta nell'art. 358, co. 1, lett. a, C.c.i.).

La valutazione da parte del Tribunale circa l'effettiva sussistenza della suddetta utilità appare, tuttavia, tutt'altro che agevole, tenuto conto del fatto che l'esperto può essere nominato solo con la sentenza di dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, e, dunque, in un momento nel quale, solitamente (e salva l'ipotesi in cui l'apertura della liquidazione giudiziale consegua senza soluzione di continuità all'esito negativo di un concordato preventivo), non si dispone ancora di dettagliate informazioni in merito all'entità e alla composizione dell'attivo e del passivo e alla complessità dell'organizzazione dell'impresa.

3. Il Giudice delegato.

I poteri del Giudice delegato sono disciplinati dall'art. 123 C.c.i., nel quale è stato “trasfuso” l'art. 25 l.fall. con alcune modificazioni.

Tra queste va senz'altro evidenziata quella contenuta nella lettera f del comma 1 (corrispondente al n. 6 del medesimo comma dell'art. 25 l.fall.), in base alla quale il giudice delegato, *“fatto salvo quanto previsto dall'articolo 128, comma 2”* (e, dunque, fatte salve le ipotesi in cui il curatore può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato), autorizza il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto *“quando è utile per il miglior soddisfacimento dei creditori”*.

Appare necessario stabilire se il legislatore, con l'introduzione del suddetto vaglio di “utilità”, abbia inteso attribuire al giudice delegato anche un controllo di opportunità e di merito sulle iniziative giudiziali del curatore, superando l'attuale sistema in cui *“l'autorizzazione del giudice testimonia l'avvenuto controllo della legittimità (e non anche del merito) dell'iniziativa”* (v. Cass., sez. I, 9 giugno 2014, n. 12947).

Si tratterebbe, in tal caso, di un ritorno al sistema precedente la riforma del 2006, nel quale la valutazione dell'opportunità di promuovere un giudizio o di resistere ad una domanda giudiziale non era rimessa alla discrezionalità del curatore, e il giudice delegato, attraverso l'autorizzazione prevista dall'art. 25 l. fall., non aveva *“solo il compito notarile di rimuovere l'ostacolo all'azione”* ma altresì il potere-dovere di *“decidere sul punto”* in base ad un vaglio anche di merito, *“indipendentemente dal parere del curatore”* e anche *“contro l'opinione del curatore”* (v. Cass., sez. I, 1 ottobre 1994, n. 7993). La “restaurazione” di un così incisivo potere in capo al giudice delegato si porrebbe, tuttavia, in evidente contrasto con il ruolo che allo stesso è riservato anche nel nuovo Codice: in tal senso appare significativa la precisazione contenuta nella Relazione ministeriale proprio nel commento dell'art. 123 C.c.i., in cui si afferma che *“al giudice delegato sono attribuite, in continuità con l'attuale impostazione, non più funzioni di direzione della procedura, ma di vigilanza e di controllo sulla regolarità della stessa, essendo l'amministrazione dei beni del debitore rimessa al curatore”*, e che *“i suoi compiti sono in parte connessi al suo ruolo di vigilanza e controllo, in parte volti ad assicurare funzionalità alla procedura”*. Del resto, anche nel Codice il controllo di merito sull'opportunità e convenienza delle iniziative giudiziali del curatore è riservato al comitato dei creditori al momento dell'approvazione del programma di liquidazione, nel quale il curatore, ai sensi dell'art. 213, co. 3, C.c.i., deve illustrare – tra l'altro – le *“azioni giudiziali di qualsiasi natura”* che intende intraprendere, indicando *“i costi per il primo grado di giudizio”*.

Appare arduo, al contempo, “confinare” la valutazione di “utilità per il miglior soddisfacimento dei creditori” nell’ambito del mero controllo di legittimità. Il concetto di utilità, infatti, rimanda inevitabilmente ad un vaglio di funzionalità basato anche su considerazioni di opportunità. La stessa Relazione illustrativa afferma che l’autorizzazione in questione *“presuppone un controllo sull’opportunità dell’iniziativa sia sotto il profilo della fondatezza della pretesa sia sotto quello della presumibile utilità e ciò al fine di evitare che iniziative, pur fondate sotto il profilo giuridico, non apportino reale beneficio ai creditori”*, e che il giudice, ad esempio, *“dovrà negare l’autorizzazione quando la situazione patrimoniale del convenuto è tale da rendere verosimilmente infruttuosa la futura esecuzione della sentenza o quando il beneficio economico conseguente all’esperimento, pur vittorioso, dell’azione, appaia insignificante in rapporto all’entità del passivo, sì da non giustificare l’attesa della sentenza ed i costi della difesa tecnica”*.

A mio avviso, in realtà, anche nel nuovo sistema l’autorizzazione alla costituzione in giudizio del curatore potrà essere negata, oltre che nel caso in cui l’approvazione da parte del comitato dei creditori dell’iniziativa inclusa nel programma di liquidazione sia avvenuta sulla base di informazioni non esaustive in ordine al rapporto tra costi, rischi e benefici della stessa (avuto riguardo, in particolare, all’adeguatezza dell’illustrazione delle ragioni di fondatezza del diritto da far valere in giudizio e dell’analisi circa la presumibile solvibilità della controparte: v. App. La Spezia, 31 maggio 2010, in *Il fallimento*, 2010, 1215), solo nelle ipotesi in cui l’azione sia manifestamente infondata, irragionevole o “avventata” (v. Cass., sez. I, 22 novembre 2000, n. 15074), o quando il potenziale beneficio per la massa sia inferiore alle spese per la costituzione in giudizio o comunque irrisorio a fronte della necessità di addivenire in tempi rapidi alla chiusura della procedura di liquidazione giudiziale.

4. Il Curatore

Al curatore sono dedicati gli articoli da 125 a 137 del Codice.

“Sorvolando”, in questa sede, sui profili inerenti al nuovo Albo ministeriale e agli adempimenti correlati alla nomina del curatore e all’accettazione dell’incarico, è opportuno richiamare l’attenzione sul comma 3 dell’art. 128 C.c.i., nel quale il legislatore, dopo aver stabilito (in piena continuità con l’art. 31, co. 2, l.fall.) che *“il curatore non può assumere la veste di avvocato nei giudizi che riguardano la liquidazione giudiziale”*, ha inserito la previsione in base alla quale *“il curatore può tuttavia assumere la veste di difensore, se in possesso della necessaria qualifica nei giudizi avanti al giudice tributario quando ciò è funzionale ad un risparmio per la massa”*.

Occorre anzitutto chiedersi per quale ragione la “deroga” in questione sia espressamente limitata ai “*giudizi avanti al giudice tributario*” (per tale intendendosi, a mio avviso, solo le Commissioni Tributarie provinciali e regionali e non anche la Sezione tributaria della Corte di Cassazione). Una convincente risposta è data dalla Relazione Illustrativa, in cui si legge che “*si è inteso [...] tener conto del fatto che si tratta di giudizi per i quali è importante una compiuta conoscenza della situazione contabile e delle vicende economiche dell’impresa*”. In altri termini, si è inteso valorizzare il patrimonio di conoscenza che il curatore, nell’esercizio della sua funzione, acquisisce in ordine alla situazione contabile, economica e fiscale dell’imprenditore, sul presupposto che, solitamente, nessuno meglio del curatore è in grado di fornire in giudizio gli elementi necessari ad una corretta gestione del contenzioso tributario.

Ciò che appare meno chiaro è come e in quale sede vada compiuta la valutazione circa il fatto che, nel caso concreto, l’assunzione della veste di difensore da parte del curatore sia “*funzionale ad un risparmio della massa*”. È ragionevole ritenere che il curatore che intenda assumere tale veste debba presentare una preventiva richiesta di autorizzazione al giudice delegato, documentando (o, quantomeno, dichiarando) il possesso della necessaria qualifica e illustrando i motivi della scelta. Resta tuttavia difficile stabilire quando la scelta possa essere considerata funzionale ad un risparmio della massa, anche perché per valutare tale aspetto bisogna anzitutto stabilire se e con quali parametri la prestazione professionale svolta dal curatore in qualità di difensore debba essere remunerata, non avendo il legislatore espressamente disciplinato tale aspetto. Se al curatore spetta un compenso da liquidarsi “autonomamente” in base ai parametri dettati dalle vigenti tariffe professionali, un risparmio per la massa appare inconfigurabile, quantomeno in astratto e salva una preventiva “autolimitazione” del compenso da parte del curatore nel caso concreto al di sotto dell’importo minimo liquidabile con i suddetti parametri (ma un’analoga “autolimitazione” potrebbe in teoria essere pattuita dal curatore con un qualsiasi difensore: v. sul punto Cass., Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 9242). Dovrebbe allora ipotizzarsi, in alternativa, che il curatore debba “accontentarsi” di un aumento del suo compenso finale liquidato dal Tribunale ai sensi dell’art. 137 C.c.i. (corrispondente all’odierno art. 39 l.fall.), ma una tale soluzione, oltre ad apparire eccessivamente penalizzante nei confronti del curatore (disincentivandolo all’assunzione della difesa nei giudizi tributari), si scontra con la difficoltà di individuare parametri obiettivi per un siffatto aumento, tenuto conto, tra l’altro, del fatto che il compenso del curatore è ancorato dal d.m. 30/2012 a percentuali da applicarsi sull’attivo e il passivo fallimentare, e che, in ogni caso, non potrebbe superarsi l’importo massimo previsto da tali percentuali.

Tralasciando (solo per esigenze di brevità) le importanti novità contenute nell'art. 130 C.c.i. sulle relazioni e i rapporti riepilogativi del curatore e le innovazioni relative alla digitalizzazione dei mandati di pagamento per il prelievo delle somme dal conto corrente intestato alla procedura (art. 131, co. 4, C.c.i.) e all'informatizzazione del “libro giornale” tenuto dal curatore (art. 136, co. 1, C.c.i.), vale la pena di segnalare le novità apportate dall'art. 135, co. 1, del C.c.i., in base al quale *“i creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi possono chiedere la sostituzione del curatore indicandone al tribunale le ragioni”*, e *“il tribunale, valutate le ragioni della richiesta, provvede alla nomina del nuovo curatore”* (il comma 2, che disciplina le modalità di esclusione dal computo dei creditori in conflitto di interessi, non contiene alcuna novità).

È noto che, nella disciplina attuale, la sostituzione del curatore su richiesta dei creditori rappresenta un'evenienza molto rara. Ciò è dovuto al fatto che tale richiesta, in base al vigente art. 37bis l.fall., può essere formulata solo al termine dell'adunanza per l'esame dello stato passivo (e prima della dichiarazione di esecutività dello stesso) e deve provenire dai *“creditori presenti, personalmente o per delega, che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi”*, i quali devono indicare *“le ragioni della richiesta e un nuovo nominativo”*. L'innovazione introdotta dall'art. 135, co. 1, C.c.i. consiste nel fatto che la richiesta in questione potrà essere invece formulata in ogni tempo, il che aumenta notevolmente le possibilità di un effettivo esercizio di tale facoltà da parte dei creditori, i quali, d'altro canto, non potranno però più “indicare” al Tribunale il nominativo del nuovo curatore proposto in sostituzione. Resta fermo che la richiesta avanzata dai creditori non vincola il Tribunale, il quale non è chiamato soltanto a verificare la regolarità formale della richiesta, ma può e deve anche valutare se sussistano effettivamente giustificati motivi per la sostituzione del curatore (v. Cass., sez. I, 13 marzo 2015, n. 5094).

5. .Il Comitato dei Creditori

La disciplina relativa al Comitato dei creditori è contenuta negli articoli da 138 a 141 del Codice.

Sul fronte della nomina del comitato, regolata dall'art. 138 C.c.i., non si registrano novità di particolare rilievo rispetto a quanto già previsto dall'art. 40 l.fall. (al comma 1 si prevede che il giudice delegato deve provvedere alla nomina *“tenuto conto della disponibilità ad assumere l'incarico e delle altre indicazioni eventualmente date dai creditori con la domanda di ammissione al passivo o precedentemente”*, anziché sentire *“i creditori che, con la domanda di ammissione al passivo o precedentemente, hanno dato la disponibilità ad assumere l'incarico ovvero hanno segnalato altri nominativi aventi i requisiti previsti”*; il comma 5 specifica che l'accettazione della

nomina da parte dei componenti del comitato deve essere *“comunicata al curatore che ne informa immediatamente il giudice delegato”*, sottendendo che la stessa debba avvenire esclusivamente – e non più *“anche”* – per via telematica; il comma 7 consente a ciascun componente del comitato di *“delegare, a sue spese, a un avvocato o a un dottore commercialista, in tutto o in parte, l'espletamento delle proprie funzioni, dandone comunicazione al giudice delegato”*, laddove, in base al comma 6 dell'art. 40 l.fall., la delega può essere conferita *“ad uno dei soggetti aventi i requisiti indicati nell'articolo 28, previa comunicazione al giudice delegato”*).

Quanto al nuovo meccanismo di sostituzione dei componenti del comitato dei creditori su richiesta dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi, disciplinato dall'art. 139, co. 1 e 2, C.c.i., vale quanto sopra detto per la sostituzione del curatore, atteso che la designazione dei nuovi componenti potrà avvenire in qualsiasi momento e non più soltanto al termine dell'adunanza per l'esame dello stato passivo, fermo il controllo del giudice delegato sulla sussistenza in capo ai nuovi designati del requisito della rappresentatività.

L'innovazione di maggior impatto sull'efficienza della procedura concorsuale è rappresentata dal comma 3 dell'art. 139 C.c.i., in base al quale *“il giudice delegato, su istanza del comitato dei creditori, acquisito il parere del curatore, può stabilire che ai componenti del comitato dei creditori sia attribuito, oltre al rimborso delle spese, un compenso per la loro attività, in misura non superiore al dieci per cento di quello liquidato al curatore”*. Nell'attuale assetto, infatti, l'attribuzione di un tale compenso ai componenti del comitato può essere deliberata – ai sensi dell'art. 37bis co. 3 l.fall. – solo al termine dell'adunanza per l'esame dello stato passivo dai *“creditori che rappresentino la maggioranza di quelli ammessi indipendentemente dall'entità dei crediti vantati”*, e, poiché una tale *“maggioranza per teste”* non è quasi mai presente in adunanza (e, inoltre, il comitato risulta spesso non ancora costituito in tale fase), la circostanza si verifica molto raramente. La possibilità per gli stessi componenti del comitato di richiedere il compenso direttamente e in ogni tempo al giudice delegato, il quale provvederà previa acquisizione del parere del curatore e indipendentemente dalla volontà della maggioranza dei creditori, renderà certamente più *“appetibile”* l'incarico, contribuendo a superare la diffusa problematica della mancata costituzione dell'organo, soprattutto se i creditori verranno espressamente avvisati di tale possibilità al momento della comunicazione della nomina. Resta da stabilire quali siano i criteri in base ai quali il giudice delegato debba accogliere o meno la richiesta e quantificare il compenso fino al limite indicato dalla norma: dovrà aversi riguardo, probabilmente, alla complessità dell'incarico in relazione al numero e alla tipologia delle autorizzazioni, delle approvazioni e dei pareri che presumibilmente *“impegheranno”* il comitato, nonché all'importanza e alla *“delicatezza”* della procedura di liquidazione giudiziale (aspetti sui quali,

pertanto, dovrà incentrarsi il parere del curatore).
