

IL CURATORE FALLIMENTARE: RUOLO E COMPITI

Bologna, 10 ottobre 2006

* * *

Poteri, funzioni e responsabilità del nuovo Curatore fallimentare.

Intervento di LUCA MANDRIOLI

Centro Studi di diritto fallimentare di Modena

*(*Dottore commercialista in Modena – Professore a contratto di diritto fallimentare nell'Università di Modena e Reggio Emilia)*

* * *

SOMMARIO: *1. Il rafforzamento dell'autonomia gestionale del Curatore fallimentare - 2. Il mantenimento della veste di pubblico ufficiale - 3. I requisiti per la nomina a Curatore fallimentare - 4. La sostituzione del Curatore fallimentare - 5. Le funzioni del Curatore fallimentare - 5.1 Le funzioni di matrice processuale - 5.2 Le funzioni di matrice gestionale - 6. Il programma di liquidazione - 7. Il contenuto del programma di liquidazione - 8. Il potenziale conflitto di interessi fra gli organi della procedura - 9. La liquidazione dell'attivo fallimentare - 9.1 L'esercizio provvisorio - 9.2 L'affitto d'azienda - 9.3 La cessione d'azienda - 9.4 Le c.d. "cessioni aggregate" - 10. La responsabilità del Curatore fallimentare.*

* * *

1. Il rafforzamento dell'autonomia gestionale del Curatore fallimentare

La riformata figura del Curatore fallimentare presenta numerosi profili di novità rispetto al passato derivanti dal drastico ridimensionamento dei poteri del Giudice delegato e, per converso, dal ruolo centrale che la novella

assegna al Comitato dei creditori inteso come ceto creditorio nella sua globalità e quindi come gruppo di creditori che con il proprio governo influenza in modo determinante lo sviluppo della procedura¹.

In particolar modo, in risposta al depotenziamento del ruolo del Giudice delegato, la riforma del diritto concorsuale ci consegna un Curatore fallimentare dai profili di operatività radicalmente mutati, dove ad essere fortemente rafforzata rispetto al passato è la natura gestoria dell'incarico che lo contraddistingue. Una natura gestoria che si caratterizza sia per una maggiore autonomia decisionale, sia per connotati di stampo squisitamente imprenditoriali. Ci si riferisce, con tutta evidenza, a quella valorizzazione delle funzioni amministrative della curatela fallimentare insita in tutta la riforma della legge fallimentare, che richiede al professionista che vuole ricoprire tale incarico non solo una preparazione teorica, ma anche adeguate capacità manageriali in vista di una più efficiente liquidazione e realizzazione dell'attivo fallimentare. Il tutto nell'ambito di un binomio che non è più quello Curatore-Giudice delegato, bensì quello, di matrice essenzialmente privatistica, Curatore-Comitato dei creditori.

Il rafforzamento dell'autonomia gestionale della figura del Curatore fallimentare, così come ridisegnata dalla novella, può essere desunto da tutta una serie di riferimenti normativi che muovono in tal senso, ed in particolar modo:

- dal primo comma dell'art. 31 l. fall., laddove si precisa che il Curatore medesimo conserva, come in passato, l'amministrazione del patrimonio fallimentare e, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite, compie tutte le operazioni della procedura non più sotto la direzione del Giudice delegato, ma sotto la vigilanza di quest'ultimo organo e del Comitato dei creditori;

- dall'art. 125 l. fall., il quale, in tema di concordato fallimentare, stabilisce che la valutazione in ordine alla convenienza economica della proposta concordataria è riservata in via esclusiva al Curatore fallimentare, mentre nel vigore dell'abrogata normativa tale valutazione era ad appannaggio esclusivo del Giudice delegato;

- dal secondo comma del sopra citato art. 31 l. fall. che, prevedendo che il Curatore della procedura possa stare in giudizio autonomamente senza l'autorizzazione del Giudice delegato e quindi anche senza l'assistenza tecnica di un difensore, qualora la causa abbia per oggetto una dichiarazione

¹ Con la novella, il baricentro dell'esecuzione collettiva si sposta infatti dal Giudice delegato, che nel vigore della previgente disciplina, aveva funzioni di direzione della procedura e che ora è, invece, relegato a mansioni esclusivamente di vigilanza e di controllo, al Comitato dei creditori ed al ruolo centrale che tale organo viene ad assumere nell'esecuzione collettiva.

tardiva di credito ovvero altre contestazioni, rappresenta senza ombra di dubbio una spia illuminante della rafforzata autonomia gestionale della curatela fallimentare.

Infine, la riprova che nel disegno della novella l'organo amministrativo della procedura gode di un'autonomia gestionale notevolmente ampliata e rivalutata, è rinvenibile nondimeno dal riformato testo dell'art. 36 l. fall., il quale nella sua nuova versione recita che “contro gli atti di amministrazione del Curatore, contro le autorizzazioni o i dinieghi del Comitato dei creditori e i relativi comportamenti omissivi, il fallito e ogni altro interessato possono proporre reclamo al Giudice delegato per violazioni di legge”.

Senonché, occorre rilevare come, a differenza di quanto avveniva nel vigore dell'abrogata legge fallimentare, il suddetto reclamo al Giudice delegato sia ora contenuto all'interno di un più limitato controllo legato a violazioni di legge e quindi ad una regolarità procedurale, che preclude quindi al Giudice medesimo qualsiasi ingerenza in ordine al merito degli atti gestori posti in essere dall'organo amministrativo della procedura.

2. Il mantenimento della veste di pubblico ufficiale

Malgrado un generale rafforzamento dell'autonomia gestionale del Curatore del fallimento volto soprattutto, come evidenziato poc'anzi, ad assicurare una maggiore efficienza e celerità della procedura, l'organo amministrativo dell'esecuzione collettiva mantiene comunque, anche alla luce della novella, la propria qualifica di pubblico ufficiale. In altri termini, nonostante in alcune fasi del fallimento, come ad esempio l'esercizio provvisorio o l'affitto d'azienda, il suddetto Curatore si sostituisca al fallito nell'amministrazione del patrimonio, in tutte le altre il medesimo conserva la veste di pubblico ufficiale.

Le ragioni di ciò devono essere rinvenute nel fatto che il Curatore fallimentare è pur sempre un organo che esercita una funzione pubblica finalizzata a perseguire gli obiettivi e gli scopi dell'esecuzione collettiva nell'interesse non solo del ceto creditorio, ma anche della giustizia. Tuttavia, è innegabile che questa conservazione della qualifica di pubblico ufficiale comporti rilevanti ripercussioni da un punto di vista giuridico. La novella mantiene, infatti, in capo alla figura del Curatore fallimentare l'intrasmissibilità dei poteri. Il primo comma dell'art. 32 del testo novellato prevede, per l'appunto, che il Curatore debba esercitare personalmente le funzioni del proprio ufficio e possa delegare ad altri solo specifiche operazioni, previa autorizzazione del Giudice delegato, ed in questo caso l'importo che verrà liquidato ai soggetti delegati a svolgere particolari

funzioni dell'ufficio del Curatore fallimentare, dovrà essere detratto dal compenso di quest'ultimo.

Sempre nell'ambito di questa ottica di pubblica ufficialità, il secondo comma della sopra citata disposizione, ridisegna inoltre le attività dei coadiutori del sopra citato Curatore del fallimento, il quale può sempre essere autorizzato dal Comitato dei creditori a farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, con l'unica precisazione che della retribuzione riconosciuta a tali soggetti si dovrà poi tenere conto in sede di determinazione del compenso finale del medesimo.

Infine, è doveroso sottolineare come, sotto l'imperio della nuova disciplina della legge fallimentare, l'organo amministrativo della procedura conservi non solo la qualifica di pubblico ufficiale, ma anche quella di terzo², in quanto lo stesso è un soggetto che agisce pur sempre nell'ambito di un interesse pubblico, dove più forti sono i connotati e gli obiettivi di individuare la tutela del ceto creditorio.

3. I requisiti per la nomina a Curatore fallimentare

Di particolare interesse è la novellata disciplina in tema di requisiti per la nomina a Curatore fallimentare. L'art. 28 l. fall., così come risulta dal testo definitivo del decreto legislativo sulla riforma della legge fallimentare, prevede, infatti, che possano essere chiamati a ricoprire tale ruolo non solo gli iscritti all'albo degli avvocati, dei dottori commercialisti e dei ragionieri, ma anche gli studi professionali associati ovvero le società tra professionisti, venendo in tal modo definitivamente superata quella tradizionale visione unipersonale che ha sempre caratterizzato il suddetto organo della procedura.

La novella consente, quindi, che possa essere nominato Curatore fallimentare anche uno studio professionale ovvero una società tra professionisti, a condizione però che i soci delle stesse siano iscritti negli albi professionali sopra riportati e ciò in considerazione del fatto che all'atto della nomina deve essere indicata la persona fisica responsabile dell'intera procedura, anche se la medesima può comunque essere variata durante il corso di quest'ultima in conseguenza del mutamento della compagine che caratterizza lo studio associato oppure di una diversa organizzazione interna del lavoro. Peraltro, l'indicazione della persona fisica responsabile della procedura si rende indispensabile perché, come precisato poc'anzi, l'art. 32 l. fall., attribuendo alla figura del Curatore della procedura una connotazione

² Al riguardo, si ricorda, infatti, che già sotto il vigore dell'abrogata disciplina, la migliore dottrina aveva ricostruito la figura del Curatore fallimentare come una sorta di soggetto terzo rispetto sia al fallito che ai creditori; un soggetto che non rappresentava né sostituiva il primo o i secondi.

meramente personalistica, riserva al medesimo l'esercizio in via del tutto personale delle funzioni del proprio ufficio.

Per quanto concerne, poi, la possibilità prevista dalla previgente disciplina di nominare professionisti non iscritti in appositi albi³, occorre sottolineare come, sotto il profilo teorico, la novella abbia per certi versi addirittura ridotto rispetto al passato l'astratta facoltà del Tribunale di nominare soggetti diversi da quelli oggetto di iscrizione negli albi. Il novellato art. 28 l. fall. prevede, infatti, che possano assumere l'incarico di Curatore fallimentare anche soggetti non iscritti negli albi professionali, ma limitatamente a coloro che, tuttavia, abbiano svolto funzioni di amministrazione, di direzione, di controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali.

Senonché, al riguardo, è doveroso sottolineare come si verifichi una sorta di paradosso rispetto a quelli che sono i principi ispiratori della novella, in quanto la contrazione della sfera dei soggetti non iscritti in albi professionali che possono essere chiamati a svolgere le funzioni di Curatore fallimentare, viene in realtà ad essere per così dire "abbattuta" dalla previsione contenuta nel novellato art. 37-bis l. fall., la quale attribuisce al Comitato dei creditori il potere di procedere alla sostituzione del Curatore fallimentare.

Sempre nell'ambito dell'art. 28 l. fall. sono state, inoltre, eliminate alcune di quelle incapacità di natura più strettamente generale, che in passato impedivano la nomina alla carica di Curatore fallimentare a chi era interdetto, inabilitato, dichiarato fallito ovvero condannato ad una pena che comportava l'interdizione dai pubblici uffici. Tuttavia, non vi è dubbio che tali condizioni di incapacità continuino tutt'ora a sussistere, dal momento che le medesime derivano dall'impossibilità per i suddetti soggetti di adempiere all'incarico per il quale potrebbero essere chiamati. Restano, invece, quelle che sono le incapacità speciali, con la conseguenza che non possono essere nominati Curatore fallimentare il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del fallito, nonché i creditori di quest'ultimo.

In argomento, occorre altresì rilevare come sia stata abrogata l'incapacità che, sotto il vigore della passata normativa, era destinata a colpire colui che aveva prestato la propria attività professionale a favore del fallito o si era ingerito nell'impresa di quest'ultimo nei due anni anteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento. Conseguentemente, a stretto rigore di norma, sembrerebbe possibile, alla luce della novella, nominare alla carica *de*

³ Comportamento quest'ultimo del tutto eccezionale, la cui giustificazione, secondo l'indirizzo prevalente, doveva trovare riscontro nella sentenza dichiarativa di fallimento.

qua non solo l'amministratore dell'impresa fallita ma anche il professionista che ha svolto attività per conto del fallito, salvo l'ipotesi in cui i medesimi siano creditori della società fallita o del fallito stesso. La finalità di una simile previsione normativa può essere rinvenuta nella volontà del legislatore della novella di non perdere la possibilità di nominare come Curatore fallimentare quel soggetto che ha comunque acquisito e maturato determinate conoscenze dell'impresa.

Inoltre, è stata introdotta una nuova incapacità, non prevista dalla vecchia disciplina, finalizzata a colpire colui che ha concorso al dissesto dell'impresa durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento. Tale previsione normativa si presta a due differenti interpretazioni: la prima, assolutamente lontana da quella che è la volontà del legislatore, presuppone la sussistenza di un elemento psicologico e comporta l'esclusione di colui che si trova in realtà coinvolto in un procedimento di bancarotta semplice, la seconda maggiormente rispettosa della *ratio* della novella, riguarda, invece, non solo coloro che hanno svolto attività di direzione, di controllo e di amministrazione dell'impresa fallita, ma anche quei professionisti che hanno concorso con un evidente nesso causale a determinarne il dissesto dell'impresa fallita.

Da ultimo si segnala che non può essere nominato Curatore fallimentare chi si trova in conflitto di interessi con l'esecuzione collettiva.

4. La sostituzione del Curatore fallimentare

L'art. 37-*bis* 1. fall. introduce la possibilità da parte dei creditori di procedere alla sostituzione del Curatore. In sede di adunanza per la verifica dello stato passivo, i creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi possono, infatti, chiedere la sostituzione di quest'ultimo organo della procedura indicando nella richiesta al Tribunale sia un soggetto idoneo a sostituire il precedente Curatore, sia le ragioni per le quali si chiede la sostituzione del medesimo.

Senonché, occorre rilevare come la disposizione *testé* riportata si presenti di difficile interpretazione è ciò per una serie di motivazioni. Innanzitutto, la circostanza che la medesima non specifica in alcun modo cosa debba intendersi con l'espressione creditori allo stato ammessi. Al riguardo, mentre un primo orientamento dottrinale ritiene che questi ultimi siano individuabili in quei creditori che sono stati ammessi, o meglio che fanno parte del progetto di stato passivo predisposto a norma dell'art. 95 1. fall., un secondo indirizzo, condiviso anche dallo scrivente, reputa, invece, che il riferimento dell'art. 37-*bis* 1. fall. ai creditori ammessi debba essere

inteso con riguardo ai creditori ammessi a stato passivo, e quindi non tanto ai creditori concorsuali, quanto a quelli concorrenti, vale a dire ai creditori che sono tali al momento della chiusura dello stato passivo. In altre parole, secondo la tesi ora al vaglio, per individuare i creditori ammessi occorre far riferimento all'ultima udienza di verifica dello stato passivo, quella che segna effettivamente, in forza del provvedimento di esecutività del Giudice delegato, il passaggio dalla fase dei creditori concorsuali a quella dei creditori concorrenti.

Peraltro, dal computo dei crediti di cui sopra devono essere esclusi, a norma dell'art. 37-bis l. fall., tutti quei creditori che in sede di votazione si trovano in conflitto di interessi. Un conflitto che deve essere rilevato dal Giudice delegato su istanza di uno o più creditori, con l'ovvia conseguenza che se uno di questi ultimi non si accorge del conflitto di interessi in cui versa un altro creditore votante, il Giudice delegato non potrà in alcun modo rilevare, in via del tutto autonoma, l'esistenza del medesimo ed estromettere dalla votazione quel determinato creditore.

Con riguardo, invece, all'indicazione del nome del nuovo Curatore fallimentare effettuata dalla maggioranza dei creditori nella richiesta di sostituzione, occorre chiedersi, nel silenzio della novella, la quale si limita ad affermare che il Tribunale provvede alla nomina dei soggetti designati dai creditori salvo che non siano rispettati i criteri di cui agli artt. 28 e 40 l. fall., se la stessa costituisca un'indicazione vincolante per il Tribunale. In particolar modo, è doveroso interrogarsi se il rispetto del disposto dell'art. 28 l. fall., implichi che il soggetto indicato dal ceto creditorio, sia un soggetto che abbia quei requisiti e quelle caratteristiche previste per l'appunto dalla sopra citata norma. Il rischio evidente è quello che il nuovo Curatore che si sostituisce a quello uscente diventi una sorte di *longa manus* del ceto creditorio, che potrebbe finire per non tutelare la collettività dei creditori. Nonostante ciò, chi scrive ritiene che l'indicazione del nominativo sia vincolante, a condizione, tuttavia, che il Tribunale verifichi che siano stati rispettati i criteri di cui all'art. 28 l. fall., in quanto se viene nominato un soggetto che ad esempio è creditore della procedura concorsuale vi sarà ovviamente un'incompatibilità.

Secondo altra parte della dottrina, invece, l'obbligo di indicare le ragioni della richiesta di sostituzione implicherebbe l'intervento nel merito del Tribunale, il quale quindi ben potrebbe sindacare le medesime e rifarsi a quella disposizione dell'art. 28 l. fall. che, nell'ambito della nomina del suddetto Tribunale, impone che vengano indicate le specifiche ragioni, le specifiche attitudini, le caratteristiche che hanno condotto alla scelta di quel

determinato professionista. Il tema, oltre che di un certo interesse, rimane comunque ancora aperto.

Al di là di tali considerazioni non si può fare a meno di rilevare come con l'entrata in vigore della novella, la nomina del Curatore fallimentare che un tempo era di esclusiva spettanza del Tribunale, rischi in realtà di essere una nomina da parte dei creditori, in quanto o il Curatore prescelto dal sopra citato Tribunale è gradito alla maggioranza degli stessi, oppure quest'ultima, a fronte di particolari motivi, può sostituirlo con uno di sua emanazione.

Peraltro, al riguardo giova ricordare che la sostituzione del Curatore ha un precedente, anche se non molto illustre, nel Codice di Commercio del 1865, il primo dell'Italia unificata, dove era previsto che la nomina dell'organo amministrativo della procedura avvenisse direttamente da parte del ceto creditorio. Tuttavia, ragioni di trasparenza e di efficienza processuale avevano condotto il legislatore a modificare la sopra riportata norma e a prevedere, già nell'ambito del medesimo Codice del Commercio, che il Curatore venisse nominato dal Tribunale e successivamente potesse essere sostituito dall'assemblea dei creditori. Era, quindi, previsto nella prima stesura del Codice di Commercio una sorta di meccanismo ricattatorio con riguardo alle funzioni del Curatore che poi di lì a pochi anni e per la precisione nel 1930 fu abrogato e sostituito con la disciplina in vigore fino al 16 luglio scorso, caratterizzata dalla nomina esclusiva del Tribunale.

Non poche sono inoltre le problematiche che sorgono in relazione alle modalità procedurali della sostituzione del Curatore, nel senso che la norma in esame non chiarisce se di fronte alla richiesta dei creditori la sostituzione di tale soggetto debba essere preceduta da una revoca da parte del Tribunale del Curatore uscente *ex art. 37 l. fall.*, e se il Tribunale medesimo debba poi pronunciarsi con un decreto motivato, sentito in precedenza il Comitato dei creditori ed il Curatore fallimentare. Né del pari la norma specifica se avverso il suddetto provvedimento di revoca sia possibile presentare reclamo alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 37, ultimo comma, l. fall.

Alla luce di tutto quanto sin qui precisato pare quindi corretto concludere che la sostituzione del Curatore ad opera della maggioranza dei creditori risponde senza ombra di dubbio ad una concezione privatistica dell'esecuzione collettiva. Un fallimento che viene quindi ridisegnato dal legislatore della novella al fine di assicurare una stabilità alla *governance* della procedura, e ciò nell'ambito di un binomio Curatore fallimentare-Comitato dei creditori che secondo taluni rispecchia molto quello presente nel diritto societario tra amministratori e sindaci. Sennonché, occorre rilevare come una simile analogia non sia del tutto calzante, in quanto da un lato il Curatore fallimentare non sempre corrisponde all'amministratore delle

società di capitali, e dall'altro il Comitato dei creditori non sempre svolge la funzione di controllo tipica del collegio sindacale, in quanto lo stesso interviene nello svolgimento della procedura non solo con funzioni di sorveglianza, ma anche e soprattutto con funzioni autorizzative.

5. Le funzioni del Curatore fallimentare

Il potenziamento della figura del Curatore fallimentare si manifesta non solo in una sua maggiore autonomia gestionale con riguardo alle fasi di accertamento del passivo, di liquidazione e di ripartizione dell'attivo, ma anche e soprattutto nell'attribuzione al medesimo di funzioni del tutto innovative e inesplorate rispetto alla previgente disciplina come, ad esempio, la predisposizione del programma di liquidazione.

Nonostante l'introduzione di tali novità, le funzioni svolte dall'organo amministrativo del fallimento possono ancora essere suddivise in due sottospecie: le funzioni più strettamente amministrative di gestione della procedura e quelle che sono invece le funzioni meramente processuali o comunque di matrice più squisitamente processuale.

5.1 Le funzioni di matrice processuale

Partendo da queste ultime, nel tentativo di fare una rapida carrellata delle principali modifiche apportate dalla novella, occorre innanzitutto rilevare come l'iniziale relazione *ex art. 33 l. fall.* debba essere presentata al Giudice non più nel breve termine di trenta giorni dalla dichiarazione di fallimento, ma in quello leggermente più ampio di sessanta giorni, il quale appare comunque inidoneo, stante la sua brevità, a consentire di predisporre una relazione esaustiva su quelli che sono tutti i contenuti richiesti dal sopra citato art. 33 l. fall. Al riguardo, si segnala come nel passaggio dalla vecchia alla nuova normativa, il Curatore perda il potere, ritenuto ormai anacronistico, di indagare e di relazionare il Giudice delegato in ordine al tenore della vita condotta dal fallito e dalla sua famiglia nel periodo antecedente la declaratoria di fallimento.

A fronte di questa soppressione viene inserita una novità concernente le relazioni periodiche, le quali non devono più essere prodotte nel breve termine mensile che caratterizzava la previgente disciplina, ma nel più ampio termine semestrale. Peraltro, al riguardo non si può fare a meno di sottacere come la novella, stabilendo che i rapporti riepilogativi dell'attività svolta predisposti con cadenza semestrale da parte del Curatore fallimentare devono essere trasmessi al Comitato dei creditori, abolisca una prassi assai radicata

in tanti tribunali italiani in forza della quale le relazioni periodiche non vengono quasi mai predisposte.

Del tutto oscure sono poi le ragioni che hanno spinto il legislatore ad introdurre l'obbligo di allegare ai suddetti rapporti riepilogativi gli estratti di conto dei depositi postali o bancari relativi al periodo preso in considerazione dai rapporti medesimi, in quanto i documenti in oggetto costituiscono strumenti informativi della procedura al pari di tanti altri.

Le relazioni periodiche di cui al quinto comma dell'art. 33 l. fall. devono, inoltre, essere trasmesse in via telematica al Registro delle Imprese nei quindici giorni successivi rispetto al deposito in Tribunale. Una norma questa che deve essere però coordinata con lo stesso art. 33 l. fall., laddove è previsto che il Giudice delegato possa segretare parte della relazione qualora ritenga determinate notizie rilevanti ai fini dell'istruttoria penale. Di scarsa rilevanza sono, altresì, le modifiche che riguardano il deposito sul conto corrente postale o bancario aperto dal Curatore della procedura delle somme riscosse a qualunque titolo da quest'ultimo. L'art. 34 l. fall. prevede, infatti, che il medesimo debba avvenire non più nel previgente termine di cinque giorni ma in quello più ampio di dieci giorni dall'acquisizione delle somme. Se poi queste ultime non possono essere destinate immediatamente al ceto creditorio, l'art. 34 l. fall. sembra imporre all'organo gestorio del fallimento di richiedere al Giudice delegato, previa approvazione del Comitato dei creditori, di ordinare che le disponibilità liquide siano impiegate ed investite nell'acquisto di titoli di Stato.

Per quanto concerne, invece, l'integrazione dei poteri del Curatore il successivo art. 35 l. fall., introducendo pesanti modifiche rispetto al passato, stabilisce che tutti gli atti transattivi, le rinunzie alle liti, gli atti ricognitivi, le transazioni e, più in generale, tutti gli atti di straordinaria amministrazione possono essere compiuti dal Curatore medesimo solo con l'autorizzazione del Comitato dei creditori e non più del Giudice delegato. Quest'ultimo deve, tuttavia, esserne preventivamente informato qualora l'atto da porre in essere superi il valore di 50.000 euro oppure qualora lo stesso sia una transazione. La *ratio* di una simile previsione normativa è del tutto sfuggente se si considera che la medesima da un lato impone al Curatore di informare il Giudice delegato, ma dall'altro non attribuisce a quest'ultimo un potere di sospensione ovvero di impugnativa dell'atto. Pertanto, non resta altro da fare se non ritenere che la previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 35 l. fall. assolva una funzione di informativa minimale, al fine di rendere il Giudice edotto di talune operazioni compiute dal Curatore nell'ambito della procedura concorsuale.

Se meno importanti sono i rilievi in tema di amministrazione e custodia dei beni, in quanto il Curatore deve ora procedere, in luogo del cancelliere, all'apposizione dei sigilli, fondamentali sono, invece, le novità in relazione all'accertamento dello stato passivo.

Pur conservando, infatti, l'efficacia endofallimentare che caratterizza il processo di accertamento delle cause, il filtro di verifica sulla entità e consistenza dei crediti passa ora dal Giudice delegato all'organo gestorio del fallimento, che forma effettivamente lo stato passivo e che diventa quindi parte integrante del giudizio di ammissione, con la conseguenza che il suddetto Giudice delegato si limita semplicemente a dirimere e a risolvere i conflitti che possono sorgere tra i creditori ed il Curatore in sede di ammissione al passivo.

Sempre nell'ambito delle funzioni processuali del Curatore fallimentare, non meno importanti sono le novità che riguardano la fase di ripartizione dell'attivo, dove viene a cadere quel potere-dovere del Giudice delegato di apportare al progetto di riparto le modifiche e le variazioni che il medesimo ravvisava opportune e convenienti. In un'ottica di ridimensionamento dei poteri del sopra citato organo, quale tutore della procedura, il Curatore fallimentare deve ora procedere, infatti, a predisporre il progetto di ripartizione dell'attivo e solo un'eventuale impugnativa di quest'ultimo da parte di un creditore, attraverso lo strumento peraltro molto debole del reclamo camerale *ex art. 26 l. fall.*, può mettere in discussione la ripartizione dell'attivo posta in essere dal Curatore. Tale *modus operandi* del legislatore fa sorgere, tuttavia, non pochi dubbi di correttezza, in quanto il controllo svolto dal Giudice sul progetto di ripartizione delle somme elaborato dal Curatore della procedura potrà essere esperito solo nell'ipotesi in cui un qualche creditore si accorga di un errore commesso dal Curatore medesimo. In altri termini, vi è da chiedersi se sia regolare una procedura in cui la ripartizione dell'attivo predisposta da quest'ultimo soggetto contenga ad esempio alcuni vizi, oppure dei profili patologici, o violazioni delle norme concernenti l'ordine di distribuzione delle somme. Il rischio che si corre è che un principio cardine della riforma del diritto concorsuale, qual è quello che mira ad incrementare l'autonomia del Curatore, finisca poi per sfociare in una gestione incontrollata dell'esecuzione collettiva.

5.2 Le funzioni di matrice gestionale

Quanto alle funzioni di carattere amministrativo occorre rilevare come le principali novità siano riscontrabili in tema di programma di liquidazione e

di contenuto di quest'ultimo con particolare riferimento alla cessione d'azienda.

A seguito dell'entrata in vigore dalla riforma della legge fallimentare il tema della liquidazione dell'attivo ha subito non poche modifiche. Infatti, pur essendo concepita con uno stampo di natura prettamente imprenditoriale, la sopra citata fase dell'esecuzione collettiva conserva, anche alla luce delle modifiche apportate dal legislatore della novella, la caratteristica principe di strumento volto a convertire il patrimonio in denaro. Non mancano, tuttavia, alcune rilevanti novità rispetto alla previgente disciplina, come ad esempio le c.d. "cessioni aggregate", frutto di un'esperienza ormai da tempo collaudata nell'ambito del mondo bancario, che assolvono la duplice funzione di permettere la prosecuzione dell'impresa e di consentire al tempo stesso, attraverso la cessione dell'azienda o la cessione in blocco di beni e di attività, la liquidazione dell'ente e quindi del soggetto imprenditoriale.

In altri termini, la suddetta tipologia di cessione consente di perseguire un duplice obiettivo: da un lato il celere realizzo delle attività dell'imprenditore prodromico per la soddisfazione del ceto creditorio, e dall'altro la conservazione dei valori dell'impresa, assicurando altresì a quest'ultima, attraverso l'utilizzo di particolari istituti quali l'affitto d'azienda e l'esercizio provvisorio, quella continuità necessaria per addivenire alla sua cessione.

Al riguardo, il novellato art. 105 l. fall. individua, quale via principale attraverso la quale procedere alla liquidazione dei beni appresi all'attivo della procedura, la vendita dell'intero complesso aziendale, di singoli rami di quest'ultimo, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, relegando, invece, ad una fattispecie del tutto residuale la liquidazione atomistica dell'attivo, che con l'entrata in vigore della riforma, diventa possibile solo quando risulta prevedibile che la cessione d'azienda, ovvero la vendita in blocco di beni e rapporti giuridici non è in grado di consentire una maggiore soddisfazione dei creditori rispetto per l'appunto alla vendita dei singoli beni. Il tutto nell'ambito di una funzione riallocativa della liquidazione dell'attivo, la quale muove dal presupposto fondamentale che all'interno dell'impresa esiste un *core business* che merita di essere conservato, mentre ad essere eliminato dal mercato, quale elemento negativo, è l'imprenditore fallito.

Ciò non fa altro che confermare l'accentuata centralità della logica pianificatoria di questo legislatore della riforma che già in tema di concordato preventivo, di accordi di ristrutturazione dei debiti e di piano di risanamento stragiudiziale attestato di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall. si era mosso nell'ambito di una sistematica programmazione delle soluzioni da adottare per il superamento della crisi d'impresa. Logica

pianificatoria che caratterizza, quindi, anche la riformata liquidazione dell'attivo; una liquidazione che peraltro recepisce alcune prassi virtuose dei tribunali italiani più attenti, che già nel vigore della previgente disciplina, avevano privilegiato attività liquidatorie, caratterizzate da rapidità e duttilità delle operazioni, sostituendole nel tempo a quella che era la natura e la caratteristica delle esecuzioni coattive fondate soprattutto su un garantismo più formale che reale.

Una novella quella concepita dal legislatore delegato che, nell'ambito di una deformalizzazione della liquidazione, introduce con riferimento a tale fase dell'esecuzione collettiva, criteri di informazione e di competitività, ancorché la medesima rimanga pur sempre una fase fine a se stessa, in quanto limitata esclusivamente a quelli che sono gli atti utili ai fini dell'esecuzione, dal momento che l'art. 104-ter, ultimo comma, l. fall., prevede la possibilità per il Curatore, previa autorizzazione del Comitato dei creditori, di non acquisire all'attivo fallimentare determinati beni qualora la liquidazione degli stessi dia corso ad un'attività economicamente non conveniente per la procedura.

6. Il programma di liquidazione

L'imposizione della programmazione, come elemento di efficienza, caratterizza, quindi, la riformata liquidazione dell'attivo, la quale, nell'ambito di una filosofia volta ad ottenere il massimo realizzo nel minor tempo possibile, non potrà nel futuro che essere un'attività ragionata e non estemporanea.

Nasce così, ad opera degli articoli da 104 a 108 l. fall., un primo importante tassello della sopra citata fase del fallimento, caratterizzato dalla presenza di un programma di liquidazione quale mappa dell'attività che il Curatore intende porre in essere al fine di liquidare l'attivo acquisito alla procedura.

Una mappa, quella del programma di liquidazione, che si contraddistingue per una duplice funzione: la prima di carattere esterno, volta a rendere manifesto ai terzi creditori l'operato del Curatore ed a consentire, quindi, a questi ultimi di formulare un proprio giudizio al riguardo che si traduce poi in un consenso su quella che è la successiva valutazione in termini di conferma o di fiducia del Curatore stesso⁴, e la seconda di matrice interna, finalizzata, invece, ad assicurare l'organizzazione coordinata di tutti

⁴ Tant'è che il suddetto programma di liquidazione entra a far parte anche del fascicolo fallimentare, il quale può essere consultato dal Comitato dei creditori, dal fallito e dai creditori che vi abbiano interesse.

gli atti liquidatori che, come precisato poc'anzi, non devono essere né sporadici né acausali.

Ancorché segni il momento di massima esaltazione dell'autonomia gestionale del Curatore, il programma di liquidazione, che peraltro trova un'illustre precedente nell'art. 54 d.lgs. n. 270/1999, dettato in tema di Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, deve essere predisposto, così recita l'art. 104-*ter* l. fall., nel termine di sessanta giorni dalla redazione dell'inventario. Con riferimento a tale termine, occorre innanzitutto rilevare come non sia del tutto pacifico se lo stesso debba essere considerato un termine perentorio ovvero, come appare preferibile nel silenzio della norma, un termine ordinatorio, con l'ovvia conseguenza che il medesimo, in applicazione analogica del disposto contenuto nell'art. 154 del c.p.c., potrebbe essere prorogato fino a due volte in considerazione di gravi e giustificati motivi, come possono ad esempio essere procedure concorsuali di notevoli dimensioni, oppure procedure concorsuali particolarmente difficili e complesse quanto alla fase di liquidazione.

Inoltre, proprio perché il suddetto termine di sessanta giorni è un termine estremamente stringato, al quale non pare possibile rimediare attraverso la presentazione da parte del Curatore, a norma dell'art. 104-*ter* l. fall., di un supplemento di piano, in quanto quest'ultimo può essere predisposto solamente quando vi siano sopravvenute esigenze che differiscano rispetto a quelle che *ab origine* caratterizzavano la procedura, vi è da ritenere che il medesimo decorra dalla redazione dell'inventario e, quindi, a sua volta da un termine iniziale che varia a seconda delle procedure, dal momento che il processo verbale delle attività compiute, giusto il disposto del novellato art. 87 l. fall., deve essere redatto nel più breve tempo possibile una volta che sono stati rimossi i sigilli.

Per di più, da un punto di vista letterale, la disposizione della novella suscita non poche problematiche nel momento in cui si cerca di capire quand'è che debba essere considerato predisposto il programma di liquidazione. In altri termini, non è del tutto chiaro se la formazione di tale documento si perfezioni con il suo semplice deposito in cancelleria fallimentare da parte del Curatore, oppure nel precedente momento in cui quest'ultimo lo sottopone all'attenzione del Comitato dei creditori per acquisirne il parere, o addirittura una volta che tale organo della procedura abbia espresso il proprio parere al riguardo, e ciò in considerazione del fatto che il suddetto programma di liquidazione deve essere sottoposto all'approvazione del Giudice delegato una volta che sia stato acquisito il parere favorevole del Comitato dei creditori che, con l'entrata in vigore della novella, non ha più solo funzioni consultive ma anche in materia di

autorizzazioni. Sono tutte domande queste alle quali non sono ancora state date risposte definitive.

Al di là di tali considerazioni, non si può fare a meno di rilevare che anche nell'ipotesi di proroga *ex art. 154 c.p.c.*, il programma di liquidazione dovrebbe comunque essere confezionato prima dell'adunanza di verifica dello stato passivo che, si ricorda, deve essere fissata nel termine perentorio di centoventi giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento. E ciò soprattutto in considerazione dell'importante funzione esterna che svolge il suddetto programma, il quale assolve il compito di assicurare ai creditori la possibilità di misurare e di valutare l'operato del Curatore, anche con riguardo ad una sua eventuale sostituzione.

Il parere positivo del Comitato dei creditori necessita poi di una successiva fase, vale a dire quella dell'approvazione da parte del Giudice delegato, sul cui termine esiste un'ulteriore vuoto normativo, nel senso che la novella non specifica entro quando il Giudice debba provvedere ad approvare il programma di liquidazione già a sua volta accettato, con espresso parere positivo, dal Comitato dei creditori.

Né del pari la legge precisa se a seguito del parere favorevole del Comitato dei creditori l'atto del Giudice debba essere un atto dovuto, ovvero se tale organo della procedura possa esprimere un proprio giudizio in relazione al programma di liquidazione; giudizio che, secondo taluni, deve essere limitato ad un sindacato di mera legittimità, nel senso che il Giudice potrà solamente verificare, ad esempio, se per la vendita siano state contemplate, a norma dell'art. 107 l. fall., procedure competitive, ovvero siano stati rispettati gli altri aspetti di legalità, mentre per altri potrà addirittura scendere nel merito delle scelte operate dal Curatore e ciò soprattutto in forza di quel potere di vigilanza che, anche nell'ambito della novellata procedura concorsuale di fallimento, caratterizza la sopra citata figura del Giudice delegato.

Ciò premesso, sembra, quindi, lecito concludere che l'approvazione del programma di liquidazione da parte del Giudice delegato non sia un atto dovuto. Se così non fosse, infatti, verrebbe sminuita quella funzione di controllo dell'intera procedura che la novella ha, invece, inteso rafforzare. Vero è, però, che il sindacato del Giudice non può però essere così forte da entrare nel merito, essendo, invece, limitato, a parere di chi scrive, ad un giudizio di legittimità, volto a verificare che siano stati rispettati tutti i requisiti previsti dalle norme.

Lo scenario si complica ulteriormente nell'ipotesi in cui il parere espresso dal Comitato dei creditori sia un parere negativo ovvero qualora il

Comitato medesimo nell'esprimere parere negativo raccomandi nuove e diverse operazioni rispetto a quelle prospettate dal Curatore.

Di fronte ad un simile prospettiva, chi scrive reputa che il Curatore abbia a disposizione due soluzioni alternative.

La prima è quella di procedere ad impugnare il diniego del Comitato dei creditori ai sensi dell'art. 36 l. fall., tenendo, però, ben presente che tale rimedio è esperibile solo per violazioni di legge, con l'ovvia conseguenza che il Curatore stesso ben difficilmente potrà entrare nel merito della decisione assunta dal Comitato dei creditori.

In secondo luogo il Curatore potrà predisporre un nuovo programma di liquidazione, ancorché una simile previsione normativa non sia stata specificatamente prevista dalla novella. Si tratta, in altri termini, di dar vita ad una fase interlocutoria, per nulla disciplinata dalla riforma, che, tuttavia, evita, di fronte alla non esperibilità del reclamo *ex art. 36 l. fall.*, di paralizzare del tutto la procedura concorsuale.

Problemi sorgono, infine, anche nell'ipotesi in cui nel termine di quindici giorni dalla comunicazione al presidente⁵, il Comitato dei creditori non esprima il proprio parere così come, invece, richiede l'art. 104-*ter* l. fall. In una simile evenienza, tuttavia, parrebbe lecito ritenere che vi possa provvedere il Giudice delegato ai sensi dell'art. 41 l. fall., che attribuisce in modo espresso a quest'ultimo organo della procedura una funzione sostitutiva del Comitato stesso in caso di inerzia, di impossibilità di funzionamento ovvero di urgenza.

7. Il contenuto del programma di liquidazione

In forza del disposto di cui all'art. 104-*ter* l. fall., il documento in esame deve indicare le modalità ed i termini previsti per la realizzazione dell'attivo. Con riguardo a tale previsione normativa occorre innanzitutto rilevare come la medesima preveda semplicemente un contenuto minimale che deve costituire il nucleo fondamentale ed essenziale del programma di liquidazione, senza tuttavia specificare in alcun modo una durata massima entro la quale deve essere mantenuto e circoscritto il documento in oggetto⁶.

La stessa, infatti, si limita a stabilire che nell'ambito di quest'ultimo il Curatore della procedura deve tuttavia pronunciarsi in ordine:

⁵ Norma generale, quest'ultima, che si ritiene debba essere applicata in assenza di una specifica disposizione in materia.

⁶ A tal proposito è quindi possibile ipotizzare un programma di liquidazione della durata triennale, quinquennale ovvero anche decennale.

a) all'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o di singoli rami di azienda ai sensi dell'art. 104 l. fall., ovvero di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi *ex art. 104-bis l. fall.*;

b) alla sussistenza di proposte di concordato ed al loro contenuto;

c) alle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare, determinando in tal modo, per quanto qui interessa, una sovrapposizione fra il programma di liquidazione e la relazione *ex art. 33 l. fall.*;

d) alla possibilità di addivenire ad una cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco, specificando altresì le condizioni della vendita dei singoli cespiti, dal momento che l'approvazione del programma di liquidazione tiene luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie per l'adozione degli atti e per effettuare le operazioni indicate e contenute nel medesimo.

Si tratta, quest'ultima, di una semplificazione assai lodevole del legislatore della novella anche se è del tutto verosimile ritenere che la medesima ben difficilmente potrà trovare piena e concreta realizzazione, dal momento che è difficile per un Curatore fallimentare, in un periodo di tempo così ristretto, come quello dei sessanta giorni successivi alla redazione dell'inventario, predisporre un programma di liquidazione minuzioso e dettagliato a tal punto da indicare anche tutte le singole caratteristiche che dovranno contraddistinguere, per esempio, le vendite dei beni dell'azienda ovvero dei beni che caratterizzano l'attivo acquisito alla procedura. Meglio sarebbe stato, invece, impostare, da un punto di vista normativo, una scissione del programma in due parti: la prima indicante in sintesi gli atti dell'attività liquidatoria, e la seconda il dettaglio più minuzioso delle singole operazioni.

8. Il potenziale conflitto di interessi fra gli organi della procedura

Se da un lato non vi è dubbio che il programma di liquidazione costituisca la naturale sede in cui convergono i diversi e contrapposti interessi degli organi della procedura, dall'altro è alquanto verosimile che il medesimo possa finire per generare un potenziale conflitto tra Curatore e Comitato dei creditori, che qualora conduca quest'ultimo organo a non approvare il documento predisposto dal primo, non può essere superato ed eluso, a parere di chi scrive, neppure attraverso il disposto dell'art. 40 l. fall.; una norma, quest'ultima, che in talune ipotesi, quando esiste per l'appunto un giustificato motivo, consente al Giudice delegato di variare la composizione del Comitato dei creditori. In altri termini, la circostanza che il programma di liquidazione predisposto dal Curatore fallimentare non superi il vaglio del

Comitato dei creditori non sembra rappresentare una valida giustificazione per procedere alla modifica della composizione di tale organo. Diversamente, il potere sostitutivo del Giudice delegato pare poter entrare in gioco laddove il suddetto programma di liquidazione preveda l'esercizio di una potentissima azione revocatoria nei confronti di un membro del Comitato dei creditori ovvero di una determinata azione risarcitoria nei confronti dello stesso.

Tuttavia, se è ben vero che l'evidenziazione all'interno del programma di liquidazione di quelle che sono le azioni da esercitare ed esperire equivale a pianificare le azioni giudiziarie del Curatore, è del pari innegabile però che ciò possa finire per pregiudicare l'esperimento vittorioso delle azioni ivi indicate perché in realtà il terzo, venendo subito a conoscenza che il Curatore di lì a poco esperirà un'azione nei suoi confronti, ha evidentemente a disposizione un periodo di tempo maggiore per organizzare la propria difesa.

Infine, con riguardo al tema in oggetto vi è da chiedersi, e la risposta pare essere affermativa, se sia possibile fin dall'origine procedere alla predisposizione di un programma di liquidazione che contenga soluzioni alternative, come ad esempio l'affitto e la successiva cessione d'azienda e, qualora non si riscontrino potenziali acquirenti, la vendita atomistica di quest'ultima.

9. La liquidazione dell'attivo fallimentare

L'*excursus* sulla figura del Curatore fallimentare impone di affrontare il tema della liquidazione dell'attivo ed in particolare dell'esercizio provvisorio, dell'affitto e della cessione d'azienda.

9.1 L'esercizio provvisorio

Nell'ambito degli strumenti volti ad "alimentare" le speranze di vita di un'impresa, occorre rilevare come l'istituto dell'esercizio provvisorio sia stato completamente ridisegnato dal legislatore dalla novella. Già nell'ambito della sentenza dichiarativa di fallimento il Tribunale può, infatti, disporre la continuazione dell'attività d'impresa, anche limitatamente a specifici rami, qualora dall'interruzione della medesima possa derivarne un danno grave⁷, come ad esempio la perdita di avviamento, ovvero la mancata ultimazione di lavori che sono prossimi ad essere completati, a condizione tuttavia che ciò non arrechi pregiudizio ai creditori.

⁷ Al riguardo occorre sottolineare come la novella abbia definitivamente abbandonato il famoso concetto di irreparabilità del danno che contraddistingueva la previgente disciplina.

In altre parole, la continuazione provvisoria dell'attività d'impresa deve pur sempre dar vita ad un risultato positivo per il ceto creditorio, ad un vantaggio in termini di realizzo, di somme ottenute, di denaro convertito dalla liquidazione dei beni, e ciò anche al fine di evitare che l'entrata in gioco di pesanti crediti prededucibili possa finire per pregiudicare le possibilità di realizzo da parte dei creditori. Il che non significa che l'esercizio provvisorio debba necessariamente concludersi con un risultato positivo, ben potendo lo stesso tradursi in una gestione economicamente negativa qualora la perdita venga assorbita dal maggior prezzo che il Curatore riuscirà a spuntare in sede di realizzo dell'azienda in forza dell'intervenuta conservazione del valore di avviamento.

Successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento la continuazione dell'attività in forma temporanea può, invece, essere autorizzata dal Giudice delegato, che dovrà peraltro fissarne anche la durata, previo parere favorevole dal Comitato dei creditori e su proposta del Curatore.

Più penetranti rispetto al passato sono inoltre le norme relative al monitoraggio dell'esercizio provvisorio. Durante quest'ultimo, infatti, il Curatore fallimentare deve convocare ogni tre mesi il Comitato dei creditori per informarlo sull'andamento della gestione e per consentire a tale organo di esprimersi sull'opportunità di proseguire o meno l'attività d'impresa. Sennonché, al riguardo, occorre rilevare come il termine di cui sopra appaia assai stringente in relazione alle dinamiche aziendali, le quali ben difficilmente possono essere efficacemente misurate nell'arco di un termine così ristretto, specie quando le imprese sono di grandi dimensioni.

Infine, tra le novità della riforma, merita di essere segnalato come al Curatore venga nondimeno imposto l'obbligo di presentare ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, un rendiconto dell'attività mediante deposito in cancelleria fallimentare. Tale rendiconto, a parere di chi scrive, non può che essere un bilancio straordinario, redatto con riferimento ad una determinata data e per di più composto da quelli che sono gli elementi del normale bilancio d'esercizio, vale a dire lo stato patrimoniale, il conto economico e la nota integrativa.

9.2 L'affitto d'azienda

Quanto all'affitto dell'azienda le novità dettate dalla riforma della legge fallimentare fanno sì che questo strumento venga oggi ad essere pienamente ricompreso fra le modalità di liquidazione dell'attivo, superando in tal modo quella tesi che nel vigore della previgente disciplina inquadrava

l'istituto in esame nell'ambito della fase di amministrazione e custodia dei beni del fallito.

Il contratto *de quo* che, peraltro, stando alla lettera della novella, può essere sottoscritto e stipulato dalle parti anche prima della presentazione del programma di liquidazione, qualora ricorrano particolari ragioni di utilità legate ad una più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa, viene disciplinato in modo assai accurato dal legislatore della novella, il quale pone una particolare attenzione non solo alla scelta del soggetto affittuario, ma anche e soprattutto al contenuto minimale che deve caratterizzare il contratto stesso.

Quanto al primo dei due sopra citati aspetti occorre rilevare come la scelta dell'affittuario debba avvenire nel rispetto delle nuove modalità di vendita, tanto dei beni mobili quanto dei beni immobili, previste dall'art. 107 l. fall., e più precisamente tramite procedure competitive, anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, e nell'ambito dei criteri di massima speditezza, flessibilità, trasparenza ed informativa.

Se sul versante della scelta dell'affittuario l'art. 104-bis l. fall. specifica che occorre tenere conto non solo dell'ammontare del canone offerto, ma anche delle garanzie prestate e, soprattutto, dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali, con l'ovvia conseguenza che nulla vieta che l'azienda sia affittata ad un canone più basso e modesto rispetto ad altri ovvero rispetto ai valori di mercato se comunque colui che si presenta come soggetto candidato ad affittare l'azienda presta maggiori garanzie in termini di conservazione dei livelli occupazionali.

Peraltro, in ordine al contenuto minimale del contratto giova ricordare, oltre al richiamo delle forme *ab substantiam* e *ab probationem* di cui all'art. 2556 c.c., anche l'obbligo di inserire il diritto di ispezione dell'azienda da parte del Curatore fallimentare e la necessità che l'affittuario fornisca idonee garanzie per assicurare l'adempimento delle obbligazioni che discendono dalla legge e dal contratto di affitto stesso, così come recita il disposto contenuto nel sopra citato art. 104-bis l. fall.

Una previsione, quella *testè* descritta, che se interpretata in misura eccessivamente restrittiva potrebbe addirittura portare a ritenere che tutte le volte che un Curatore fallimentare stipula un contratto di affitto d'azienda la controparte dovrà necessariamente offrire una fideiussione per la garanzia del pagamento dei canoni d'affitto o addirittura altre forme di garanzia, quali pegni o cessioni di crediti. Tuttavia, chi scrive, muovendo da una lettura congiunta della sopra citata disposizione di legge e di tutto l'assetto

normativo sulla liquidazione dell'attivo fallimentare, ritiene verosimile che una valida garanzia in ordine al pagamento dei canoni d'affitto, possa essere fornita o meglio rappresentata anche dalla solidità patrimoniale desumibile dai bilanci, e dalle caratteristiche del potenziale conduttore dell'azienda.

9.3 La cessione d'azienda

Il novellato art. 105 l. fall. individua quale via principale attraverso la quale addivenire alla liquidazione dei beni appresi all'attivo della procedura, la vendita dell'intero complesso aziendale, di singoli rami di quest'ultimo, ovvero di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, relegando, invece, mediante un'espressione *a contrariis*, ad una fattispecie del tutto residuale la liquidazione atomistica dell'attivo, che con l'entrata in vigore della novella, diventa possibile solo quando risulta prevedibile che la cessione d'azienda, ovvero la vendita di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco non è in grado di assicurare una maggiore soddisfazione dei creditori rispetto per l'appunto alla vendita dei singoli beni.

Il Curatore fallimentare ha pertanto un obbligo primario: cedere l'intera azienda, potendo addivenire ad una sua cessione atomistica esclusivamente allorquando, in un'ottica prospettica, e quindi di diagnosi futura, è verosimile ritenere che dalla cessione unitaria non si realizzi un attivo superiore.

La vendita dell'intero complesso aziendale o di singoli rami del medesimo, che giusto il disposto del secondo comma del sopra citato art. 105 l. fall., deve essere effettuata secondo le modalità indicate dall'art. 107 l. fall. in tema di procedure competitive, e nel rispetto dei requisiti di forma previsti dall'art. 2556 c.c., può avvenire, tra l'altro, anche attraverso il conferimento della stessa o di un suo ramo in una o più società, eventualmente di nuova costituzione.

Tale previsione normativa non può, tuttavia, prescindere da un necessario coordinamento con un'altra disposizione di legge che in tema di società di capitali, siano esse società a responsabilità limitata ovvero per azioni, impone che il valore dei conferimenti non possa essere complessivamente inferiore rispetto all'ammontare globale del capitale sociale. Con l'entrata in vigore della riforma del diritto societario, la perfetta coincidenza tra il valore del conferimento e la corrispondente quota assegnata a fronte di quest'ultimo si è spostata, infatti, dal versante di ogni singolo socio a quello dell'intera collettività dei soci, con l'ovvia conseguenza che oggi il Curatore fallimentare potrà procedere al conferimento di aziende che hanno in realtà un valore negativo e vedersi comunque assegnato, anche a

fronte di tale conferimento, proprio perché magari nei beni oggetto di tale operazione è insito un valore di avviamento, una corrispondente quota del capitale sociale della società conferitaria.

Il che significa, però, che così operando l'organo amministrativo della procedura non farà altro che procrastinare il momento conclusivo della liquidazione dei beni, in quanto finirà per sostituire a beni primari (l'azienda) beni secondari (la quota o le quote della società conferitaria), o meglio ad un attivo prontamente realizzabile quote o azioni di società di capitali che comunque dovranno essere convertite in denaro in un secondo momento.

Sempre in tema di cessione d'azienda, l'art. 105, quarto comma, 1. fall., prevedendo che, salvo diversa convenzione tra le parti, l'acquirente non risponde dei debiti relativi all'esercizio dell'azienda ceduta sorti prima del trasferimento, introduce una deroga rispetto al generale principio sancito all'art. 2560, secondo comma, c.c., in forza del quale colui che acquista un'azienda commerciale risponde dei debiti inerenti all'esercizio della stessa anteriori alla cessione se questi ultimi risultano dai libri contabili obbligatori⁸.

La *ratio* di una tale disposizione può infatti essere rinvenuta nella necessità di coordinare le norme in tema di cessione d'azienda con quelli che sono i principi dell'esecuzione collettiva, la quale, nell'ambito di un effetto purgativo che da sempre caratterizza le vendite forzate, mira a liquidare i beni acquisiti all'attivo della procedura liberi da pesi, da sequestri e da gravami. D'altra parte sarebbe del tutto inconcepibile ipotizzare che un creditore possa pretendere di realizzare per più volte, su di un medesimo bene, il credito che vanta, e per la precisione la prima volta nell'ambito dell'esecuzione coattiva di fallimento e successivamente anche in capo al creditore. Per di più, se così non fosse molto probabilmente si avrebbe un effetto pregiudizievole per il ceto creditorio in termini di soddisfacimento della massa, dal momento che il prezzo che l'acquirente sarebbe disponibile ad offrire in sede di cessione dell'azienda non potrebbe che risentire dei debiti che eventualmente il medesimo sarebbe chiamato a corrispondere in forza della responsabilità solidale contenuta nella sopra citata disposizione di diritto comune.

⁸ La norma in esame sancisce per l'appunto una sorta di accollo cumulativo *ex lege*, caratterizzato sia da una responsabilità del cessionario "senza debito", gravando in realtà quest'ultimo in capo all'alienante, sia da una solidarietà *sui generis*, in quanto se l'alienante estingue il suddetto debito, il medesimo non avrà tuttavia alcun diritto di regresso nei confronti dell'acquirente.

9.4 Le c.d. “cessioni aggregate”

Il quinto comma dell’art. 105 l. fall., introducendo una delle più rilevanti novità rispetto alla previgente disciplina, stabilisce che: “il Curatore può procedere altresì alla cessione delle attività e delle passività dell’azienda o di suoi rami, nonché di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, esclusa comunque la responsabilità dell’alienante” prevista dall’articolo 2560, primo comma, c.c.

In altri termini, quest’ultima norma, che peraltro trova un’illustre precedente nell’art. 90 t.u.b. che, in tema di liquidazione coatta amministrativa degli istituti di credito, disciplina le cosiddette cessioni aggregate⁹, prevede che sia possibile derogare a quel principio generale sancito dall’art. 2560 c.c., secondo il quale l’alienante non è liberato dai debiti inerenti l’esercizio dell’azienda ceduta, se non risulta che i creditori vi abbiano espressamente consentito. Il che significa che, nell’ambito della legge fallimentare, l’alienante è liberato, a differenza di quanto avviene nell’art. 2560 c.c., dai debiti inerenti l’esercizio dell’azienda ceduta, ancorché i creditori non vi abbiano espressamente aderito.

La previsione in esame deve peraltro trovare il giusto coordinamento con l’ultimo comma dell’art. 105 l. fall., in forza del quale il pagamento del prezzo di cessione può avvenire anche mediante accollo dei debiti da parte dell’acquirente, a condizione però che non venga alterata la graduazione dei crediti.

Il che implica che qualora si dia corso ad una c.d. “cessione aggregata”, il cessionario non risponderà di tutte le passività, ma solo di quelle rilevanti ai fini dell’operazione, con riguardo all’aggregato oggetto di cessione, e ciò tanto nell’ipotesi in cui quest’ultima sia integrale, vale a dire abbia ad oggetto l’intero complesso delle attività e delle passività, quanto nel caso in cui la medesima sia parziale e quindi limitata solo a taluni beni acquisiti all’attivo della procedura e a taluna parte del passivo accollato.

Senonché, è doveroso chiedersi, nel silenzio dell’art. 105 l. fall., come debba avvenire il soddisfacimento dei creditori oggetto di accollo. Una spia illuminante per dare una risposta ad un simile quesito può essere di nuovo rinvenuta nelle conclusioni che la dottrina più autorevole ha raggiunto in tema di cessioni aggregate *ex art. 90 t.u.b.*, ove si spazia dall’utilizzo di un

⁹ Al riguardo si segnala come ancor oggi si discuta se questa disciplina produca un accollo cumulativo - stante il mancato rinvio al disposto dell’art. 58 t.u.b. che, in tema di cessioni di aziende bancarie *in bonis*, limita la responsabilità del cedente dal momento che trascorso il termine di tre mesi dalla cessione il cessionario risponde in via esclusiva - oppure liberatorio in forza diversamente dell’assenza di un espresso richiamo all’art. 2560 c.c.

criterio proporzionale, e quindi di riduzione degli importi insinuati a stato passivo fino a concorrenza del valore dell'attivo, con la conseguenza che il creditore privilegiato nell'ambito, ad esempio, di una cessione aggregata parziale rischia poi di non trovare successivamente soddisfacimento sul realizzo degli altri beni oggetto della liquidazione, all'applicazione di un criterio di graduazione rispettoso invece dell'ordine delle cause legittime di prelazione stabilite dal codice civile e dall'art. 111 l. fall.

Alla luce del novellato art. 105 l. fall., che all'ultimo comma impone al Curatore di non alterare la graduazione dei crediti, in presenza di cessione aggregata, pare senz'altro preferibile quest'ultimo indirizzo anche se il medesimo comporta per il suddetto Curatore sia la conoscenza e l'impostazione, qualora la cessione aggregata sia parziale, di un ipotetico riparto futuro, onde evitare che sia lesa la *par condicio creditorum*, sia la necessità di dar corso, ai fini della tutela del ceto creditorio, ad un monitoraggio, o meglio ad una valutazione sull'affidabilità del cessionario che si accolla i debiti oggetto di aggregato. Ciò è a maggior ragione vero se si ritiene che, nell'ambito di questa particolare fattispecie, qual'è per l'appunto la cessione aggregata, la liquidazione dell'attivo coincida cronologicamente con la ripartizione dello stesso, nel senso che l'accollo di cui sopra deve ritenersi un accollo "satisfatorio" che in realtà equivale alla distribuzione di una corrispondente quota di riparto, parziale o finale che sia, a seconda che la cessione aggregata sia per l'appunto parziale o complessiva, con conseguente liberazione del cedente fallito che, stante il disposto dell'art. 105 l. fall., non può più essere chiamato a rispondere delle passività che sono state trasferite, producendo la cessione aggregata una sorta di fenomeno di compensazione tra il valore dell'attivo liquidabile ed il valore del passivo che si è accollato il cessionario.

Il che impone comunque due ordini di considerazioni e di osservazioni.

La prima, derivante dal fatto che se così stanno le cose, il disposto dell'art. 105 l. fall. finisce in realtà per porsi in contrasto con l'art. 115 l. fall. – che, si ricorda, nell'ambito delle ripartizioni dell'attivo dispone che il Curatore debba provvedere al pagamento delle somme assegnate ai creditori nel piano di ripartizione nei modi stabiliti dal Giudice delegato, purché tali da assicurare la prova del pagamento – in quanto, a stretto rigore di norma, una cessione aggregata con accollo, ove l'estinzione del debito avviene mediante compensazione e quindi attraverso una modalità di estinzione delle obbligazioni diversa dall'adempimento, non pare costituire un elemento inequivocabile che assicuri la prova del pagamento del creditore.

La seconda riflessione è, invece, legata ad un interrogativo: sono compatibili le c.d. “cessioni aggregate” con il più generale principio della *par condicio creditorum*?

A parere di chi scrive l'unico caso in cui è possibile dare una risposta pienamente affermativa ad un simile interrogativo, vale a dire in cui non si verificano lesioni della *par condicio*, è quello in cui la cessione aggregata è integrale e comprende tanto l'intero l'attivo quanto l'intero passivo che caratterizza la procedura concorsuale, dal momento che è esclusivamente attraverso il trasferimento di tutti i debiti che si è in grado di rispettare pienamente la graduazione dei medesimi.

Diversamente, vale a dire nell'ipotesi di cessione aggregata parziale, pur essendo vero che la diversa tempistica della liquidazione e di conseguenza della ripartizione dell'attivo impone inevitabilmente una lesione seppur minima del principio della *par condicio creditorum*, solo qualora non venga alterata la graduazione dei crediti in senso stretto, la lesione stessa pare essere ritenuta tollerabile dal legislatore in forza di un più rilevante obiettivo di maggior celerità della liquidazione e di conservazione del valore dell'impresa.

In tutte le altre circostanze, sembra invece ragionevole affermare che la modalità di pagamento in esame non sia perfettamente compatibile con il principio della *par condicio creditorum*, principio però, che a seguito dell'entrata in vigore della riforma della legge fallimentare, finisce per essere se non proprio del tutto “abbattuto” quanto meno decisamente “scalfito”.

10. La responsabilità del Curatore fallimentare

A conclusione di questa panoramica sulla figura del Curatore fallimentare occorre affrontare il delicato tema della responsabilità di quest'ultimo, così come disciplinata dal riformato art. 38 l. fall. Una responsabilità che nell'ambito della novella subisce tre differenti tipologie di intervento.

Il primo, chiarificatore, delle fonti della stessa che ora, giusto il disposto del primo comma dell'art. 38 l. fall., discende:

- a) dalla legge;
- b) dal piano di liquidazione approvato.

Il secondo volto ad introdurre la legittimazione del nuovo Curatore, il quale potrà esperire l'azione di responsabilità nei confronti del Curatore revocato, previa autorizzazione, e qui l'art. 38 l. fall. adotta una formula alquanto sibillina, del Giudice delegato ovvero del Comitato dei creditori.

Il terzo finalizzato ad introdurre un differente grado di responsabilità dell'organo amministrativo della procedura. A tal proposito, infatti, il primo comma del novellato art. 38 l. fall. non richiama più la diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176, primo comma, c.c., bensì quella del professionista, più elevata quanto alla graduazione, richiesta dalla natura dell'incarico, che trova la propria fonte normativa nel secondo comma del medesimo art. 1176 c.c.

Una diligenza, quest'ultima, che tutto sommato sembra aprire una fonte di speranza per la categoria dei curatori fallimentari: poiché si tratta di una responsabilità contrattuale e non anche extracontrattuale, commisurata quindi all'esercizio, in qualità di professionista, di un determinato incarico dai connotati pubblicistici, la stessa non potrà che essere circoscritta nei limiti dell'art. 2236 c.c., secondo il quale quando la prestazione implica problemi di speciale difficoltà, il professionista risponde solo in presenza di dolo o di colpa grave.