GLI ABBANDONI E LE RINUNCE

(*Alessandro Nastri*)

**104-*ter*. Programma di liquidazione**

*7. Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all’attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l’attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell’articolo 51, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore*”.

LA NORMA È APPLICABILE ANCHE AI **FALLIMENTI REGOLATI DAL C.D. “VECCHIO RITO”?**

Di seguito uno stralcio di una circolare del Tribunale di Savona.

“*La norma in esame è stata introdotta con la riforma del 2006 e quindi trova diretta applicazione ai fallimenti di “nuovo rito”. Non vi sono infatti norme che abbiano espressamente previsto l’applicabilità di tale istituto ai fallimenti radicati in epoca anteriore all’entrata in vigore del D. Lgs. N. 5/2006. Pur tuttavia si può senz’altro affermare, come le migliori prassi anche di questo tribunale stanno a confermare, che il principio della necessaria economicità ed utilità della procedura esecutiva collettiva era già immanente al sistema giusconcorsuale precedente in relazione a particolari fattispecie (la riscossione dei crediti, il realizzo di beni immateriali, le azioni giudiziali da promuovere) sì che l’istituto in oggetto potrebbe considerarsi meramente ricognitivo di criteri gestionali intrinsecamente previsti già prima. In ogni caso la derelictio può ben configurarsi come atto di straordinaria amministrazione e come tale autorizzabile ai sensi dell’art. 35 L.F. in tal caso dunque con autorizzazione preventiva che deve dare di norma il Tribunale ed inevitabilmente solo avuto riguardo ai beni già inventariati e per i quali verosimilmente si sia già dato corso a qualche tentativo di vendita infruttuoso direttamente in sede fallimentare o indirettamente in altre procedure esecutive in cui il curatore sia intervenuto o che siano state iniziate dal creditore fondiario. Il Tribunale di Savona pertanto sulla scorta delle considerazioni che precedono conferma in questa sede le prassi già in uso e ritiene che l’istituto della derelictio sia applicabile anche ai fallimenti “vecchio rito” previa autorizzazione al curatore ex art. 35 L.F.*”.

Si applica quindi l’art. 35 l.f. nella versione precedente la riforma del 2006.

**35. Integrazione dei poteri del curatore**

*1. Il giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, può autorizzare con decreto motivato il curatore a consentire riduzioni di crediti, a fare transazioni, compromessi, rinunzie alle liti, ricognizioni di diritti di terzi, a cancellare ipoteche, a restituire pegni, a svincolare cauzioni e ad accettare eredità e donazioni.*

*2. Se gli atti suddetti sono di valore indeterminato o superiore a lire duecentomila, l’autorizzazione deve essere data, su proposta del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, dal tribunale con decreto motivato non soggetto a gravame.*

*3. In quanto possibile, deve essere sentito anche il fallito.*

LA NOZIONE DI “BENI” CUI FA RIFERIMENTO LA DISPOSIZIONE COMPRENDE **ANCHE I CREDITI?**

L’**art. 35, co. 1, l.f.** menziona, tra l’altro, le “***riduzioni di crediti***” (e le transazioni) tra gli atti di straordinaria amministrazione che devono essere autorizzati dal comitato dei creditori (e che, a norma del comma 3, se sono di valore superiore a € 50.000,00 – o se sono compiuti nell’ambito di transazioni – devono essere oggetto di previa informativa al giudice delegato “*salvo che gli stessi siano già stati autorizzati dal medesimo ai sensi dell’art. 104-ter, comma ottavo*”).

D’altra parte, però, è indubbio che i crediti siano “beni” ai sensi degli artt. 810, 812 e 813 c.c..

“*Anche i crediti –così come i diritti a struttura complessa, come i diritti azionari- in quanto “beni” ai sensi degli art. 810, 812 e 813 cod.civ., sono suscettibili di entrare nella comunione, ove non ricorra una delle eccezioni alla regola generale dell’art. 177 cod.civ. poste dall’art. 179 cod. civ.* (Nella specie la S.C. ha confermato la decisione della Corte di merito che ha ritenuto costituenti oggetto della comunione i titoli obbligazionari acquistati da un coniuge con i proventi della propria attività personale)” (Cass. 10386/09; id. Cass. 21098/07 e Trib. Trento, 29 settembre 2011, in Leggi d’Italia).

Se ne può dedurre che, in base al combinato disposto degli artt. 35 e 104-*ter* l.f., la rinuncia alla liquidazione (*rectius*: alla riscossione) di un credito (che non è una rinuncia al credito) deve essere non solo autorizzata dal comitato dei creditori ma poi **comunicata al fallito e ai creditori, che**, in deroga a quanto previsto dall’art. 51 l.f., **riassumono la titolarità delle azioni di rispettiva spettanza** (recupero del credito, per il fallito; surrogatoria o espropriazione di credito, per i suoi creditori).

“*La rinuncia ad un credito da parte della curatela può farsi rientrare nel perimetro applicativo dell’art. 104 ter comma 8 l.f., interpretando estensivamente la nozione di “beni” come comprensiva di ogni posta attiva del fallimento*” (Trib. Reggio Emilia, 12 giugno 2017, in www.ilcaso.it).

L’**ISTANZA** DI AUTORIZZAZIONE ALL’ABBANDONO DI BENI (O CREDITI) PUÒ/DEVE ESSERE CONTENUTA **NEL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE** O IN SUOI SUPPLEMENTI?

La risposta è, a mio avviso: **può, ma non necessariamente deve**.

Come detto, ai sensi dell’art. 35, co. 5, l.f. gli atti di straordinaria amministrazione (tra i quali devono senz’altro includersi l’abbandono di beni e la riduzione di crediti) di valore superiore a € 50.000,00 devono essere previamente comunicati al giudice delegato “*salvo che gli stessi siano già stati autorizzati dal medesimo ai sensi dell’art. 104-ter, comma ottavo*”. Ciò sottende la mera possibilità dell’inserimento della relativa istanza di autorizzazione nel programma di liquidazione.

Si può notare poi che, sé è vero che la disposizione in esame si colloca all’interno dell’art. 104-*ter* l.f. (il che rivela un legame tra la *derelictio* di beni e crediti e il programma di liquidazione), dall’altro l’abbandono di beni e crediti – così come le transazioni – non viene indicato tra i contenuti “tipici” del programma ed è soggetto ad “autorizzazione” del comitato anziché ad approvazione.

Per questo una parte della dottrina ritiene che l’istanza di autorizzazione all’abbandono di beni o crediti possa essere proposta anche in via autonoma e senza la necessità dell’inserimento nel programma di liquidazione o della presentazione di un apposito supplemento del programma.

LA NORMA, NON A CASO, PARLA DISTINTAMENTE DI “**NON ACQUISIRE ALL’ATTIVO O RINUNCIARE A LIQUIDARE**” UNO O PIÙ BENI.

La distinzione si fonda sull’avere o meno “giuridicamente” acquisito il bene mediante la sua inventariazione (cui segue l’acquisizione materiale del bene da parte del curatore, che a norma dell’art. 88, co. 1, l.f. “*prende in consegna i beni di mano in mano che ne fa l’inventario*”) e, laddove si tratti di beni immobili o mobili registrati, mediante la notifica ex art. 88, co. 2, l.f. ai competenti uffici di un estratto della sentenza dichiarativa di fallimento perché sia trascritto nei pubblici registri.

**L’acquisizione** materiale e giuridica **del bene all’attivo non è ininfluente**, perché comporta in capo al curatore l’assunzione delle **responsabilità connesse alla custodia del bene** (oltre alle conseguenze connesse con gli adempimenti che devono poi essere espletati in caso di rinuncia alla liquidazione, sui quali dirò più avanti).

UN ESEMPIO DELLA RILEVANZA DELLA PREDETTA DISTINZIONE SI HA CON RIGUARDO AGLI **AUTOVEICOLI** (MA ANCHE AI BENI IMMOBILI DI SCARSO VALORE: SI PENSI A **PICCOLI TERRENI NON EDIFICABILI**).

Come noto, ai sensi dell’art. 88, co. 2, l.f., “*se il fallito possiede immobili o altri beni soggetti a pubblica registrazione, il curatore notifica un estratto della sentenza dichiarativa di fallimento ai competenti uffici, perché sia trascritto nei pubblici registri*”.

Tale **notifica** costituisce un **obbligo del curatore**, poiché la *ratio* è quella di fornire ai terzi un’adeguata informazione circa l’inopponibilità al fallimento di atti di acquisto del bene (o di diritti sul bene) in data successiva alla dichiarazione di fallimento, inopponibilità che, ai sensi dell’art. 44 l.f., opera a prescindere dalla trascrizione dell’estratto della sentenza (che ha una funzione di **pubblicità notizia**).

“*In tema di fallimento, l’art. 88, secondo comma, legge fall. impone al curatore, in presenza di immobili o di altri beni soggetti a pubblica registrazione, l’onere di notifica di un estratto della sentenza dichiarativa di fallimento ai competenti uffici per l’annotazione nei pubblici registri. Tale adempimento non impone l’osservanza di tutte le disposizioni in tema di trascrizione, atteso che la sua funzione non è quella di rendere la sentenza di fallimento opponibile ai terzi, secondo lo schema della trascrizione degli atti prevista dal codice civile, né quella costitutiva propria della trascrizione del pignoramento immobiliare, ma soltanto quella di rendere conoscibile ai terzi la dichiarazione di fallimento che è già opponibile ad essi dal momento della sua emissione*” (Cass. 23264/06).

L’omissione di tale adempimento determina la **responsabilità del curatore per i danni causati a terzi** ignari dell’inopponibilità del loro acquisto alla procedura fallimentare (v. App. Milano, 24 ottobre 1952, in *Dir. fall.*, 1953, II, 44), responsabilità che invece non sussiste quando è la Conservatoria a non aver dato corso alla richiesta del curatore.

“*Con riferimento all’obbligo del curatore fallimentare, ai sensi dell’art. 88, secondo comma, legge fall., di notificare un estratto della sentenza dichiarativa di fallimento ai competenti uffici per l’annotazione nei pubblici registri, va esclusa ogni responsabilità del curatore qualora la Conservatoria abbia omesso di dar corso alla sua richiesta, non sussistendo a suo carico alcun obbligo di verificare l’adempimento dei doveri incombenti su altro ufficio, dalla violazione dei quali discende la eventuale responsabilità di quest’ultimo. Né rileva l’eventuale instaurarsi di una illegittima prassi delle Conservatorie che richiedano la presentazione di una nota di trascrizione da parte del curatore, sul quale incombe soltanto l’obbligo di cui alla disposizione sopraindicata, senza che il dovere di diligenza di cui all’art 38 legge fall. si estenda fino all’obbligo di attivarsi a tutela dei terzi in relazione non alla condotta propria, ma a quella di altri soggetti*” (Cass. 23264/06).

Bisogna poi tener conto delle conseguenze delle conseguenze dell’omessa trascrizione a PRA in termini di obbligo di **pagamento del bollo auto**.

“*In tema di fallimento, l’art. 88, secondo comma, legge fall. impone al curatore, in presenza di immobili o di altri beni soggetti a pubblica registrazione, l’onere di notifica di un estratto della sentenza dichiarativa di fallimento ai competenti uffici per l’annotazione nei pubblici registri. Pertanto, l’inosservanza di tale onere – rientrante nella gestione fallimentare – trasferisce al curatore l’obbligo di provvedere al pagamento della tassa di possesso relativa a veicoli di proprietà della società fallita (ma dei quali la curatela ha la disponibilità) finché la predetta annotazione non venga eseguita, atteso che, ai sensi dell’art. 5, commi trentunesimo e segg., del D.L. 30 dicembre 1982, n. 953 (convertito nella legge 28 febbraio 1983, n. 53), il tributo in esame è dovuto per il solo fatto e finché il veicolo risulti iscritto presso il PRA, e che, in base all’art. 19 del D.L. medesimo, la perdita di possesso del veicolo per fatto del terzo, o la sua indisponibilità in conseguenza di provvedimento dell’autorità giudiziaria o della P.A., fanno venir meno l’obbligo di pagamento per i periodi d’imposta successivi alla data di annotazione di tale evento. […] L’obbligo di pagamento della tassa di possesso relativa a veicoli di proprietà di una società fallita – tassa prevista dall’art. 5, commi trentunesimo e segg., del D.L. 30 dicembre 1982, n. 953 (convertito nella legge 28 febbraio 1983, n. 53) -, qualora sia sorto dopo la dichiarazione di fallimento, costituisce indubbiamente un debito di massa e, come tale, prededucibile ai sensi dell’art. 111 legge fall., il quale riguarda tutte le obbligazioni sorte appunto dopo la dichiarazione di fallimento e collegate alla gestione del patrimonio del fallito, nel quale certamente rientrano le autovetture anzidette, delle quali la curatela ha la disponibilità. Ne consegue che legittimamente il relativo credito tributario viene fatto valere, in caso di contestazione, in sede contenziosa con il procedimento previsto dagli artt. 98 e segg. legge fall.*” (Cass. 18194/04).

Per questa ragione, oltre che per non assumere le responsabilità per **danni materiali a terzi** (si pensi ad un **incendio**, ovvero ai danni derivanti dalla circolazione del veicolo se dello stesso il curatore non abbia acquisito la materiale disponibilità) e per evitare gli **oneri della cancellazione della trascrizione a carico della massa** (v. oltre), è opportuno che **nel giro di pochi giorni** il curatore faccia istanza ex art. 104-*ter*, co. 7, l.f. per non acquisire all’attivo quegli autoveicoli che, già sulla base dei soli dati a disposizione (**tipologia del veicolo e anno di immatricolazione**) e senza la necessità di una stima, non abbiano un apprezzabile valore commerciale, a maggior ragione dopo l’introduzione dell’obbligo di pagamento del **contributo unificato per la pubblicazione sul Portale delle Vendite Pubbliche degli esperimenti di vendita**.

Un po’ più complicato appare l’i*ter* per quanto riguarda i **terreni**, dei quali va anzitutto verificata la **non edificabilità** (accertamento la cui tempistica potrebbe non essere compatibile con una rapidissima *derelictio* che consenta l’omissione della trascrizione della sentenza di fallimento).

LA MANIFESTA NON CONVENIENZA DELL’ATTIVITÀ DI LIQUIDAZIONE PUÒ AVERE A CHE VEDERE ANCHE CON LA PRESUMIBILE **DESTINAZIONE DI TUTTO IL RICAVATO AL CREDITORE FONDIARIO**?

Alcuni sono di questo avviso.

“*Per gli immobili invendibili (o difficilmente vendibili) – il protrarsi delle difficoltà di vendita all’asta di beni immobili, ove gravati da ipoteca (o privilegio immobiliare) di entità tale da assorbire pressoché tutto il ricavato della ipotetica vendita, devono indurre alla rinuncia alla liquidazione del bene (previa autorizzazione del collegio, su parere del C.d.C. ex art. 35 l.f.), stante l’antieconomicità dell’operazione (per tempi e costi della stessa) rispetto al vantaggio che se ne può ritrarre in sede di distribuzione dell’attivo (praticamente, solo il contributo proporzionale del creditore ipotecario alle spese generali della procedura); a quel punto, sarà il creditore ipotecario a poter proseguire o iniziare, a sua cura e spese (e rischio) la relativa esecuzione individuale, sia in deroga all’art. 51 l.f. in costanza di procedura, sia successivamente alla sua chiusura*” (Circolare Trib. Crotone, 19 febbraio 2012; similmente alcuni provvedimenti del Trib. Terni).

Io non sono d’accordo: il creditore ipotecario è un creditore come gli altri e la “missione” del fallimento si svolge anche nel suo interesse, persino quando egli abbia iniziato o proseguito un’azione esecutiva in costanza di fallimento.

Il tema si interseca con quello della computabilità dell’attivo realizzato nella procedura esecutiva del fondiario ai fini della liquidazione del **compenso del curatore**.

In senso positivo parrebbe deporre la più risalente giurisprudenza della Cassazione (nonché la considerazione secondo cui, diversamente opinando, non dovrebbero ritenersi attivo realizzato neppure la **liquidità di cassa** **e di banca** e tutto l’attivo che, comunque, non abbia implicato attività di liquidazione; senza contare che quello stesso attivo liquidato nell’esecuzione del fondiario diventerebbe “attivo realizzato” in caso di mancata ammissione al passivo e necessità di recupero coattivo dal fondiario che le trattenga indebitamente).

“*Nel concetto di “attivo realizzato” di cui al D.M. 28 luglio 1992 deve comprendersi tutta la liquidità comunque acquisita, considerando le attività del curatore che si siano comunque tradotte in un risultato utile per i creditori. Consegue che deve considerarsi attivo realizzato anche quella parte di prezzo che l’acquirente di immobili gravati da ipoteca per mutuo fondiario è tenuto a versare direttamente all’istituto di credito senza attendere la graduazione, oppure quella parte di prezzo per il cui pagamento l’acquirente contrae con l’istituto creditore mutuo di importo equivalente al credito dallo stesso vantato nei confronti del fallito*” (Cass. 100/98).

La dottrina prevalente, tuttavia, ritiene che l’inclusione nel concetto di attivo realizzato postuli necessariamente che la vendita del bene sia avvenuta nell’ambito della procedura fallimentare, mentre sarebbe ingiustificato attribuire un compenso al curatore considerando anche l’attivo realizzato in una procedura esecutiva già iniziata (o addirittura ultimata) prima della dichiarazione di fallimento.

In senso negativo anche una parte della giurisprudenza di merito (v. Trib. Roma, 9 aprile 1998, in *Dir. Fall.*, 1998, II 769, e Trib. Roma, 27 ottobre 1999, in *Il fallimento*, 2000, 681, secondo cui non deve tenersi conto delle somme pagate direttamente dai terzi ai creditori ammessi al passivo).

In tal senso, da ultimo, si è orientata anche la Cassazione.

“*Ai fini della liquidazione del compenso al curatore del fallimento ex art. 39 l.fall., non può ricomprendersi nel concetto di “attivo realizzato”, alla cui entità ragguagliare le percentuali previste dal d.m. n. 30 del 2012, il valore dell’immobile liquidato nella procedura esecutiva promossa dal creditore fondiario, a meno che il curatore non sia intervenuto nell’esecuzione svolgendo un’attività diretta a realizzare una concreta utilità per la massa dei creditori, anche mediante la distribuzione a questi ultimi di una parte del ricavato della vendita* (Nella specie, la S.C. ha cassato il decreto del tribunale che aveva escluso dall’attivo fallimentare il ricavato della vendita del bene nell’esecuzione forzata individuale ancorché il curatore avesse amministrato l’immobile ipotecato, provvedendo alle spese di manutenzione, locandolo a terzi e curando gli adempimenti fiscali connessi all’alienazione coattiva, intervenendo nella procedura espropriativa con varie richieste)” (Cass. 1175/2020; id. Cass. 14631/2018, Cass. 31110/2018 e Trib. Catania, 6 dicembre 2018, in www.commercialistiarezzo.it).

Ma alcuni Tribunali hanno di recente motivato in senso opposto.

“*L’attivo realizzato dalla vendita del bene nella procedura esecutiva promossa dal creditore fondiario, sul quale grava il privilegio ipotecario e fondiario, fa parte dell’attivo finale sul quale calcolare, secondo i parametri del d.m. n. 30/2012, il compenso del curatore fallimentare. Le percentuali previste da tale norma per la liquidazione del compenso del curatore vanno applicate sull’attivo realizzato, inteso anche come liquidità derivate dalla vendita dei beni mobili e immobili, con la precisazione che deve considerarsi attivo realizzato anche quella parte di prezzo che l’acquirente di beni immobili gravati da ipoteca per mutuo fondiario è tenuto a versare direttamente all’istituto di credito. L’attivo realizzato dalla vendita del bene nella procedura esecutiva promossa dal creditore fondiario, sul quale grava il privilegio ipotecario e fondiario, fa parte dell’attivo finale sul quale calcolare, secondo i parametri del d.m. n. 30/2012, il compenso finale del curatore, che pertanto incide nella medesima misura sull’assegnazione provvisoria in favore del creditore fondiario. Sicché nulla cambierebbe per il creditore fondiario anche nel caso in cui la liquidazione dovesse essere posticipata all’approvazione del rendiconto (fattispecie nella quale il Tribunale di Monza ha rigettato la richiesta del creditore fondiario di rinviare la liquidazione del compenso ai curatori richiesto in seguito alla liquidazione dell’attivo nell’ambito della procedura esecutiva, alla fase di approvazione del rendiconto del fallimento).*” (Trib. Monza, 13 giugno 2019, in *Riv. dott. comm.*, 2019, 3, 554).

“*Ritenuto che la necessità per il creditore fondiario di insinuare il proprio credito al passivo del fallimento (artt. 52, comma 3°, e 110, comma 1°, legge fall.) rende virtualmente distribuito nella procedura concorsuale anche il ricavato della vendita dell’immobile venduto nell’esecuzione individuale, con la conseguenza che anche quel bene deve essere considerato “attivo realizzato” ai fini della liquidazione del compenso del curatore; ritenuto, inoltre, che il curatore fallimentare è inevitabilmente coinvolto in vari aspetti della gestione dell’immobile e della sua liquidazione, come concretamente avvenuto nel caso di specie, in cui il curatore ha provveduto al versamento dell’IVA (con denaro a lui versato dall’acquirente) e dell’IMU maturata in pendenza di procedura concorsuale (con denaro messogli a disposizione dalla banca procedente); ritenuto, pertanto, che anche secondo il “criterio di valutazione sostanzialistica” da ultimo riaffermato dalla Corte Suprema (Cass. 6.6.2018, n° 14631) sussiste il presupposto per l’inserimento del prezzo dell’immobile nell’attivo realizzato su cui calcolare minimo e massimo del compenso spettante al curatore, mentre qualsiasi ulteriore valutazione circa la (minore) intensità dell’impegno richiesto al curatore rispetto ad una liquidazione endofallimentare deve incidere soltanto sulla liquidazione in concreto, scegliendo un importo tra minimo e massimo*” (Trib. Udine, 30 agosto 2018, in www.commercialistiarezzo.it).

UNA SPECIFICA IPOTESI DI **PRESUNZIONE DI MANIFESTA NON CONVENIENZA** DELLA PROSECUZIONE DELL’ATTIVITÀ DI LIQUIDAZIONE DEL BENE È PREVISTA DALL’ART. 213 DEL CODICE DELLA CRISI D’IMPRESA E DELL’INSOLVENZA.

**213. Programma di liquidazione**

*2. Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all’attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l’attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell’articolo 150, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore.* ***Si presume manifestamente non conveniente la prosecuzione dell’attività di liquidazione dopo sei esperimenti di vendita cui non ha fatto seguito l’aggiudicazione, salvo che il giudice delegato non autorizzi il curatore a continuare l’attività liquidatoria, in presenza di giustificati motivi****.*

Si tratta di una previsione coerente con le modifiche normative intervenute nella disciplina delle esecuzioni immobiliari, anche se personalmente non la comprendo. A mio avviso, infatti, la valutazione di convenienza o meno della prosecuzione dell’attività di liquidazione di un bene non può che dipendere dal presumibile valore commerciale dello stesso (quale desumibile, certamente, anche dall’esito negativo di plurimi esperimenti di vendita) in correlazione con altri elementi quali: 1) le **spese ancora da affrontare** per i nuovi esperimenti di vendita; 2) la **consistenza della restante parte dell’attivo**, in relazione all’entità del passivo accertato; 3) tempi presumibili della vendita in relazione **“anzianità” della procedura fallimentare**.

SULLA BASE DI QUALI **CRITERI** PUÒ/DEVE AUTORIZZARSI (IN SURROGA AL C.D.C) LA RINUNCIA ALLA RISCOSSIONE DI UN CREDITO?

In tal caso, evidentemente, oltre ai medesimi parametri di cui sopra (laddove le spese e i tempi, ovviamente, vanno riferiti all’attività di riscossione anziché agli esperimenti di vendita), assume un rilievo centrale il rapporto tra entità del credito, consistenza degli elementi probatori del credito (ivi inclusi quelli acquisibili in un eventuale giudizio) e **presumibile solvibilità del debitore** (un aspetto, questo, che va tanto più approfondito quanto più siano consistenti l’entità del credito e le prove a supporto dello stesso).

Giova segnalare che, ad esempio, contrariamente a quanto alcuni curatori inducono a far credere, il **fallimento del debitore** non è di per sé un buon motivo per rinunciare al credito, visto che la domanda di ammissione al passivo si può presentare senza autorizzazione del giudice delegato e senza alcun costo per la procedura.

QUALI MARGINI HA IL **GIUDICE DELEGATO** NEL SINDACARE, AI SENSI DELL’ART. 104-TER CO. 8 L.F., L’AUTORIZZAZIONE ALLA *DERELICTIO* CONCESSA DAL COMITATO DEI CREDITORI?

Nell’ipotesi – come noto, tutt’altro che infrequente – che il giudice delegato debba concedere l’autorizzazione in surroga al comitato dei creditori, si tratta di valutare la manifesta non convenienza in base ai parametri di cui sopra.

Vi è peraltro da segnalare che il diniego dell’autorizzazione a fronte dell’istanza del curatore rischia di creare (a me è capitato) una situazione di *impasse* dalla quale non è agevole tirarsi fuori, poiché da un lato il comitato dei creditori non può “costringere” il curatore a portare avanti un’attività di liquidazione che egli ritenga manifestamente non conveniente, dall’altra il curatore non può pretendere un’autorizzazione che il comitato dei creditori non intenda concedergli. In tali casi è opportuno instaurare un dialogo col curatore (chiedendo, ad esempio, maggiori approfondimenti sulla solvibilità del debitore prima di reiterare eventualmente l’istanza di autorizzazione alla rinuncia alla riscossione, sulla base di tali risultanze), salva, in caso di “insanabile dissidio”, l’opzione della revoca del curatore ai sensi dell’art. 37 l.f..

Nel caso in cui, invece, il comitato dei creditori abbia autorizzato la *derelictio*, pur quando ciò appaia del tutto irragionevole, i margini di intervento del giudice delegato sono più ridotti.

A mio avviso, in tal caso, va compiuta una rigorosa verifica circa il fatto che la scelta del comitato dei creditori, apparentemente irragionevole, sia stata assunta sulla base di adeguate informazioni all’uopo fornitegli dal curatore, poiché in caso contrario si può ritenere l’autorizzazione inefficace ed esigere che il curatore la richieda nuovamente integrando le predette informazioni.

“*Al giudice delegato, in sede di autorizzazione dei singoli atti esecutivi contenuti nel programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori, non spetta entrare nel merito delle scelte operate dal curatore, dovendo esercitare il proprio potere di controllo con riferimento alla c.d. regolarità formale ed alla c.d. legittimità sostanziale. Il giudice delegato, nell’autorizzare i singoli atti esecutivi contenuti nel programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori, deve apprezzare la regolarità delle valutazioni svolte dal curatore, consistente nel rispetto dei canoni di sufficiente informazione, di non manifesta irragionevolezza e di sufficienza della motivazione. Il giudice delegato può negare l’autorizzazione all’instaurazione di azioni revocatorie indicate nel programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori, qualora dal piano risulti che il curatore non abbia in alcun modo valutato il rapporto tra costi, rischi e benefici delle stesse. Il curatore, nel redigere il proprio programma di liquidazione, per quanto attiene all’esperimento delle azioni revocatorie, deve valutare la loro convenienza sotto il profilo della presumibile fondatezza, della solvibilità della controparte e del loro valore in rapporti ai costi*” (App. La Spezia, 31 maggio 2010, in *Il fallimento*, 2010, 1215).

IL DECRETO COL QUALE SI AUTORIZZA LA *DERELICTIO* È **REVOCABILE**?

La Cassazione ha recentemente risposto in senso positivo, poiché il decreto in questioneha natura ordinatoria ed è quindi **revocabile e modificabile** nel corso della procedura (e dunque non impugnabile con ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, co. 7, Cost.), salvi i diritti sul bene eventualmente acquisiti da terzi *medio tempore*.

“*Il decreto con il quale il tribunale si pronuncia sul reclamo ex art. 26 l. fall. contro il provvedimento, emesso dal giudice delegato in sostituzione del comitato dei creditori, di autorizzazione del curatore alla rinuncia alla liquidazione di uno o più beni dell’attivo fallimentare, ai sensi dell’art. 104 ter, comma 8, l. fall., non è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell’art. 111, comma 7, Cost., avendo esso natura ordinatoria e non decisoria, in quanto volto a regolare l’esercizio di poteri gestori del curatore senza incidere su diritti soggettivi del fallito, ed essendo privo del requisito della definitività, in quanto la scelta gestoria compiuta è sempre suscettibile di modificazione, salva l’eventuale maturazione “medio tempore” di incompatibili diritti di terzi*” (Cass. 17835/2019).

QUALI SONO GLI **ADEMPIMENTI SUCCESSIVI** ALLA *DERELICTIO* DI BENI?

In caso di **non acquisizione all’attivo** di un bene la **comunicazione** dovrà essere data, oltre che ai creditori (come espressamente previsto), **anche al fallito**, affinché egli abbia piena consapevolezza della conservazione dei poteri gestori sul bene e delle relative responsabilità verso i terzi.

Nel caso in cui si rinunci alla liquidazione di un bene di cui si sia acquisita la materiale disponibilità, il bene (ove possibile) deve essere materialmente restituito al fallito con contestuale redazione di un **verbale di riconsegna** (l’adempimento consente al curatore, quantomeno per i beni immobili, di sottrarsi ad eventuali responsabilità per danni successivi arrecati dal bene a terzi; diverso è per i beni mobili registrati, in relazione ai quali opera una presunzione – sia pure relativa – di responsabilità in base alle risultanze del PRA).

Secondo alcuni, poi, **quando si tratti di beni immobili o mobili registrati**, il giudice delegato deve ordinare la **cancellazione della trascrizione della sentenza di fallimento**: come per l’acquisizione all’attivo è necessaria la trascrizione della sentenza di fallimento, così, a contrario, per gli stessi beni è necessario, in caso di derelizione, un provvedimento di cancellazione della trascrizione effettuata, che non può che emettere il giudice delegato in **applicazione estensiva dell’art. 108, co. 2, l.f.**. Le **spese** relative non possono che gravare su chi ha effettuato la trascrizione da cancellare, ossia **sulla massa**.

Di contrario avviso è, ad esempio, il Tribunale di Catania.

“*Nell’ipotesi in cui il curatore, ex art. 104 ter comma 8 l.f. rinunci alla liquidazione di beni immobili acquisiti all’attivo del fallimento deve considerarsi implicita nella decisione di procedere a derelizione la facoltà per il Curatore di esprimere il consenso alla cancellazione della trascrizione della sentenza di fallimento ex art. 2668 c.c. su istanza del soggetto interessato alla detta cancellazione che ne sopporterà anche gli oneri economici (obbligo di acquisire il consenso del Curatore che, peraltro, lo metterebbe in condizione di venire a conoscenza di eventuale acquisizione di nuovo attivo in capo al fallito utilmente acquisibile ex art.42 l.f.). Nell’ipotesi in cui il curatore, ex art. 104 ter comma 8 l.f. rinunci alla liquidazione di beni immobili acquisiti all’attivo del fallimento la trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento può essere oggetto di cancellazione nell’ambito del decreto di trasferimento emesso dal Giudice dell’esecuzione all’esito dell’azione esecutiva intrapresa dai creditori i quali hanno la facoltà di agire esecutivamente sui beni derelitti in deroga all’art. 51 l.f., anticipando così una facoltà che –altrimenti- sarebbe consentita loro solo dopo la chiusura della procedura fallimentare.*” (Trib. Catania, 12 agosto 2017, in *Il fallimento*, 2018, 255).

Di seguito un estratto dei miei provvedimenti sul punto, dal quale emerge il mio diverso punto di vista.

*“[…]; premesso che la fattispecie in questione non è direttamente regolata dall’art. 108, co. 2, l.f. (né dall’art. 88, co. 2, l.f.); ritenuto, tuttavia, che a seguito della rinuncia alla liquidazione di beni immobili deve senz’altro disporsi la cancellazione della trascrizione dell’estratto della sentenza di fallimento nei registri immobiliari, atteso che, se la pubblicità dichiarativa inerente all’avvenuta acquisizione (in senso giuridico) del bene immobile all’attivo fallimentare passa ai sensi dell’art. 88, co. 2, l.f. attraverso la trascrizione dell’estratto della sentenza di fallimento nei predetti registri, alla fuoriuscita del bene dall’attivo del fallimento non può che conseguire la necessità di dare pubblicità al ripristino della piena disponibilità in capo al fallito del diritto di proprietà, già ripristinata sul piano giuridico e materiale (piena disponibilità alla quale consegue, tra l’altro, la “riespansione” del diritto dei creditori del fallito di agire in via esecutiva e/o cautelare sul bene); considerato che, in altri termini, la cancellazione della trascrizione dell’estratto della sentenza di fallimento nei registri immobiliari sul bene immobile “derelitto” deve essere senz’altro ordinata dal giudice delegato ed eseguita dal curatore a spese della procedura fallimentare per conferire piena pubblicità (a beneficio di chiunque ne abbia interesse, ivi inclusi gli eventuali creditori del fallito che, in quanto titolari di crediti non concorsuali o comunque non oggetto di domanda di ammissione al passivo, non sono destinatari della comunicazione di cui all’art. 104-ter, co. 7, l.f.) al ripristino in capo al fallito della situazione di piena disponibilità del diritto di proprietà sull’immobile, già ripristinata sul piano giuridico e materiale […]*”;

CHE FINE FANNO I BENI “ABBANDONATI” CON LA **CHIUSURA DEL FALLIMENTO DI SOCIETÀ** EX ART. 118, CO. 1, N. 3) O 4) L.F. E LA CONSEGUENTE **CANCELLAZIONE DELLA SOCIETÀ DAL REGISTRO DELLE IMPRESE**?

Una circolare del Tribunale di Savona prospetta l’opportunità di non procedere alla cancellazione della società dal Registro delle imprese laddove vi siano beni “abbandonati”.

“*Qualora si tratti di società, si rammenta che l’art. 118 L.F. prevede che il curatore richieda la cancellazione della società dal registro delle imprese nei casi di chiusura per avvenuto riparto finale dell’attivo o per insufficienza totale (inesistenza) o parziale (tale obbligo non sussiste invece ai sensi dei nn. 1 e 2 della citata norma per i casi di chiusura per mancata presentazione di domande di ammissione al passivo e per integrale soddisfazione di tutti i creditori ammessi al passivo e dei creditori prededucibili). Da qui alcuni dubbi sugli effetti della cancellazione sui beni derelitti o sulla stessa possibilità/opportunità di disporre la cancellazione. Se si ipotizza che questa debba comunque avvenire (soluzione che questo Tribunale non ritiene accoglibile per i motivi che si diranno infra) e siccome la derelictio verrà posta in essere prima della cancellazione ex art. 118 L.F., è comunque opportuno che il curatore dia immediata comunicazione della derelizione ai creditori ed agli organi della società (amministratori e se nominato, collegio sindacale) oltre alle autorità amministrative e ai terzi interessati di cui si è già detto. In ogni caso sembra opportuno suggerire che tale comunicazione sia fatta – contestualmente a quella nei confronti dei creditori e sia in ipotesi di successiva cancellazione o meno della società dal registro delle imprese – agli amministratori, ai sindaci e/o liquidatori della società fallita e questo affinché la responsabilità residua sui beni abbandonati dall’esecuzione collettiva ritorni consapevolmente in capo agli organi societari. Dell’avvenuta derelictio dovrà poi essere data compiuta informazione in occasione del rendiconto finale ex art. 116 L.F. e poi successivamente in occasione della chiusura del fallimento. Infatti, anche in occasione dell’istanza di chiusura del fallimento il curatore dovrà dare atto dei beni reliquati e in tal modo la pubblicazione ex art. 119 L.F. al Registro delle Imprese potrà dare ulteriore pubblicità dell’esistenza dell’intervenuta derelictio. […] A parere di questo Tribunale, nella non conoscenza di prassi uniformi, pare necessario evidenziare come in caso di derelictio in particolare di beni immobili appartenenti a società di capitali con la cancellazione dal Registro delle Imprese a seguito della chiusura del fallimento in ossequio al disposto dell’art. 118, comma 2 primo periodo, L.F. si ponga un problema di tipo civilistico e fiscale di non facile soluzione relativo sia alla successiva circolazione del bene sia alla possibilità di essere oggetto di esecuzione sia infine all’assolvimento degli obblighi fiscali ad esso inerenti (pagamento delle imposte etc.). Per questi motivi questo Tribunale, riservandosi allo stato ulteriori approfondimenti sul punto anche attraverso il confronto con una rappresentanza dei professionisti che operano come curatori, ritiene che nei casi di derelictio avvenuta in seno a procedure fallimentari riguardanti società di capitali non sia opportuno procedere alla cancellazione delle stesse dal Registro delle Imprese. In tale senso il decreto di chiusura ex art. 119 L.F. dovrà espressamente autorizzare il curatore a non porre in essere tale incombente come già previsto per i casi di chiusura anticipata ex art. 118 L.F. in presenza di giudizi pendenti da altra circolare di questo Tribunale*”.

Personalmente non concordo con questa soluzione, non solo perché la cancellazione è prevista – nei casi di chiusura del fallimento della società ai sensi dell’art. 118, co. 1, n. 3) o 4), l.f. – senza deroghe, ma anche perché, in base ai principi enunciati in materia dalle Sezioni Unite della Cassazione, ben può ritenersi che la proprietà dei beni “derelitti” transiti, con l’estinzione della società, in capo ai soci.

LE AZIONI

(*Alessandro Nastri*)

**104-*ter*. Programma di liquidazione**

*2. Il programma […] deve specificare:*

*c) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito;*

**25. Poteri del giudice delegato**

*1. Il giudice delegato […]:*

*6) autorizza per iscritto il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto. L'autorizzazione deve essere sempre data per atti determinati e per i giudizi deve essere rilasciata per ogni grado di essi. Su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito ai difensori nominati dal medesimo curatore;*

**31. Gestione della procedura**

*2. Egli non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che in materia di contestazioni e di tardive dichiarazioni di crediti e di diritti di terzi sui beni acquisiti al fallimento, e salvo che nei procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale e in ogni altro caso in cui non occorra ministero di difensore.*

*3. Il curatore non può assumere la veste di avvocato nei giudizi che riguardano il fallimento.*

NEL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE DEVONO ESSERE INSERITE ANCHE LE **AZIONI CHE IL CURATORE NON INTENDE ESERCITARE**? IL GIUDICE DELEGATO DEVE AUTORIZZARE IL CURATORE A **NON AGIRE**?

Il riferimento nell’art. 104-*ter*, co. 2, lett. c),l.f. alle “***azioni da esercitare***” (non a quelle “*da non esercitare*”) e al “*loro possibile esito*” e negli artt. 25, co. 1, n. 6) e 31, co. 2, l.f. allo “*stare in giudizio*” inducono a dare risposta negativa.

Del resto, la decisione di non agire si basa su una valutazione discrezionale autonoma del curatore, non essendo l’iniziativa giudiziaria del curatore “coartabile” ad opera del comitato dei creditori e/o dal giudice delegao, fermo restando che, laddove si tratti di azione recuperatoria o risarcitoria, il credito resta nel patrimonio fallimentare fin quando il comitato dei creditore non ne autorizzi l’abbandono ai sensi dell’art. 104-*ter*, co. 7, l.f., e che, qualora la scelta di non agire non sia adeguatamente motivata o appaia palesemente contraria ai doveri di buona amministrazione del patrimonio fallimentare, il giudice delegato può – anche eventualmente su sollecitazione del comitato dei creditori – proporre al Tribunale la **revoca del curatore**, fermo restando che è sempre opportuno instaurare prima un dialogo con il curatore sul punto.

Lo stesso vale per la **non riassunzione** di un giudizio pendente (interrotto ex art. 43 l.f. per dichiarazione di fallimento; diverso è, a mio avviso, il caso di non riassunzione di un giudizio sospeso o interrotto quando il curatore ne sia già parte, poiché in tal caso la non riassunzione può essere equiparata a una rinuncia alle liti, soggetta all’autorizzazione del comitato dei creditori ai sensi dell’art. 35 l.f) e per la **non impugnazione** di sentenze sfavorevoli (o anche la non impugnazione può essere equiparata a una rinuncia alle liti?):

Con riferimento all’autorizzazione del giudice delegato, taluni sostengono che la formula “*autorizzazione a stare in giudizio*” è in realtà una formula generale che include anche l’opzione del non agire.

La giurisprudenza di legittimità e di merito ha avallato tale interpretazione prima della riforma del 2006.

“*È ben vero che gli artt. 25 e 31 legge fall. adoperano il termine di autorizzazione per definire il provvedimento col quale il giudice delegato incarica il curatore a stare in giudizio (promuovendo azioni o resistendo a quelle promosse da altri); con tale termine, tuttavia, il legislatore non ha inteso affatto rimettere al solo curatore la valutazione della opportunità di promuovere o di resistere al giudizio e di assegnare al giudice solo il compito notarile di rimuovere l'ostacolo all'azione, ma ha piuttosto voluto che fosse proprio il giudice (e non il curatore) a decidere sul punto, indipendentemente dal parere del curatore, che pure resta il solo soggetto cui spetta stare in giudizio. Conseguentemente, devono ritenersi errate sia la tesi che l'opinione espressa dal curatore vincoli il giudice delegato, sia l'affermazione che, in caso di autorizzazione a promuovere un giudizio pronunciata dal giudice contro l'opinione del curatore, l'azione giudiziaria possa ritenersi espressione diretta di un soggetto privo di jus postulandi, qual è il giudice delegato*” (Cass. 7993/94).

“*L’autorizzazione del giudice delegato è espressione del potere di direzione di tale organo e costituisce un provvedimento vincolante, il cui contenuto può essere difforme dalla richiesta avanzata dal curatore*” (Trib. Milano 29 settembre 1994).

Ma se nel “vecchio rito” era lecito sostenere che fosse attribuita al giudice delegato la scelta finale sull’esperimento o meno delle azioni, ciò non è più sostenibile nel contesto normativo successivo alla riforma del 2006, nel quale è pacifico che il curatore non possa “autorizzare” il curatore a stare in giudizio contro la sua volontà.

L’autorizzazione, nel quadro normativo odierno, va invece concepita come mera rimozione di un ostacolo al potere del curatore, e non vincola il curatore sulla decisione di agire o meno. Pertanto, poiché **l’autorizzazione a non agire (o a non resistere) non può essere negata**, non potendo il giudice delegato imporre al curatore l’esercizio di un’azione in giudizio, a me pare che un’istanza di autorizzazione a non agire non avrebbe alcun senso.

CON L’ESPRESSIONE “AZIONI DA ESERCITARE” IL LEGISLATORE HA INTESO RIFERIRSI ALLE **SOLE INIZIATIVE GIUDIZIALI**?

A me pare di si.

È per questo che, ad esempio, a mio avviso, non rientra tra le azioni *lato sensu* “recuperatorie” da indicarsi nel programma di liquidazione, tra l’altro, la **trascrizione di cui all’art. 64, co. 2, l.f.** (in base al quale “*I beni oggetto degli atti di cui al primo comma sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento. Nel caso di cui al presente articolo ogni interessato può proporre reclamo avverso la trascrizione a norma dell'articolo 36*”), trascrizione che, pur comportando costi a carico della massa, integra un atto di ordinaria amministrazione da parte del curatore, nell’ambito della sua “missione” primaria di “*amministrazione del patrimonio fallimentare*” ex art. 31, co. 1, l.f..

QUALI SONO LE **VALUTAZIONI** CHE IL **COMITATO DEI CREDITORI** E IL **GIUDICE DELEGATO** POSSONO E DEVONO COMPIERE RISPETTO ALLE AZIONI CHE IL CURATORE INTENDE ESPERIRE?

Sulle valutazioni del comitato dei creditori possono richiamarsi le circolari di alcuni Tribunali.

“*Devono essere valutati 3 aspetti: fondatezza, fruttuosità, strategia. La fondatezza riguarda le probabilità di ottenere un risultato positivo della causa; la fruttuosità riguarda le probabilità di ottenere soddisfazione in concreto (e richiede quindi una verifica circa la solvibilità dell'eventuale debitore) anche in rapporto ai costi (ad es. sarà opportuno contenere l'entità della domanda nel caso in cui il credito del fallimento sia molto elevato – ciò che ad es. capita nelle cause di responsabilità degli amministratori – ma la solvibilità del debitore sia scarsa, perché il contenimento del valore della domanda potrebbe consentire un risparmio sul contributo unificato ed altre voci di spesa, non escluso il compenso al legale); la strategia riguarda le modalità attraverso le quali si pensa di pervenire al risultato: – ad es. l'opportunità di proporre domande cautelari, quale per es. il sequestro conservativo dei beni degli amministratori o dei sindaci in caso si propongano azioni di responsabilità)*” (Circolare Trib. Crotone, 19 febbraio 2012).

“*Nel programma di liquidazione vanno indicate non soltanto le azioni, ma anche il loro possibile esito, unitamente ai costi presumibili, ai tempi per raggiungere il risultato, alle chances di raggiungere un bonario componimento e alla possibile misura dello stesso, cui devono unirsi anche le notizie in ordine alla solvibilità del convenuto (da eseguirsi mediante visure di società specializzate) e quindi alla possibilità di una esecuzione positiva del titolo, ove ottenuto dalla procedura*” (Istruzioni ai curatori Trib. Milano).

Per le **verifiche sulla solvibilità del debitore** ci si può avvalere dello strumento di cui all’art. 155-*sexies* disp. att. c.p.c., come modificato dall’art. 5 d.l. 59/2016, convertito con modificazioni dalla l. 119/2016, in base al quale: “*Ai fini del recupero o della cessione dei crediti, il curatore, il commissario e il liquidatore giudiziale possono avvalersi delle medesime disposizioni anche per accedere ai dati relativi ai soggetti nei cui confronti la procedura ha ragioni di credito, anche in mancanza di titolo esecutivo nei loro confronti. Quando di tali disposizioni ci si avvale nell'ambito di procedure concorsuali e di procedimenti in materia di famiglia, l'autorizzazione spetta al giudice del procedimento*”.

Quanto ai **rapporti tra approvazione del comitato e autorizzazione del giudice delegato (e alle valutazioni che il giudice delegato è chiamato a compiere)**, quest’ultima riguarda la legittimità dell’iniziativa giudiziale e la sua coerenza con il disegno globale del programma, anche sotto il profilo strategico, per cui essa può essere negata soltanto per **profili di legittimità**, e non per profili di mera convenienza e non costituisce esplicazione di un potere gestorio che ormai non sussiste più in capo al giudice delegato.

“*La decisione di agire o di resistere in giudizio non può più configurarsi come frutto di una scelta sostanzialmente spettante al giudice delegato, ma deve, al contrario, ritenersi una scelta del curatore, rispetto alla quale l'autorizzazione del giudice testimonia l'avvenuto controllo della legittimità (e non anche del merito) dell'iniziativa, controllo che non è necessario qualora detta iniziativa sia doverosa e la legittimazione del curatore sia già espressamente prevista dalla legge*” (Cass. 12947/2014).

In **mancanza di una previsione nel programma di liquidazione** approvato dal comitato dei creditori, l’autorizzazione non può che essere negata: il giudice delegato, in base all’art. 104-*ter*, co. 8,l.f., è tenuto ad assicurare che le iniziative del curatore non fuoriescano dalla pianificazione predisposta con il programma.

Per questo motivo il curatore, in presenza di sopravvenute esigenze, deve dapprima sottoporre all’approvazione del comitato dei creditori un **supplemento** al programma di liquidazione, onde consentire al comitato una valutazione di opportunità sull’iniziativa giudiziale da intraprendere, e poi presentare al giudice delegato l’istanza di autorizzazione ad agire.

**Se il programma di liquidazione non è stato ancora redatto**, ma vi sono ragioni di urgenza nel dover agire o resistere in giudizio, a mio avviso deve farsi applicazione analogica dell’**art. 104-*ter*, co. 6, l.f**., in base al quale “*prima della approvazione del programma, il curatore può procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori se già nominato, solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori*”. La disposizione fa riferimento solo alla liquidazione di beni, ma il pericolo di pregiudizio nel ritardo ben può sussistere anche con riguardo all’esperimento di azioni.

**Quando l’azione è prevista nel programma** approvato dal comitato dei creditori, il giudice delegato è chiamato anzitutto a verificare che l’approvazione sia avvenuta sulla base di **informazioni adeguate** ed esaustive da parte del curatore in merito ai costi, tempi e rischi dell’iniziativa giudiziaria, poiché in mancanza l’autorizzazione ben può essere negata (v. Trib. La Spezia *supra*).

Il giudice delegato può inoltre negare comunque l’autorizzazione non solo quando l’azione prevista nel programma approvato dal comitato dei creditori non sia contemplata dall’ordinamento, ma anche quando tale azione appaia *prima facie* totalmente infondata (es: credito prescritto), nonché quando il potenziale beneficio per la massa derivante dall’esperimento dell’azione sia inferiore alle spese prededucibili che l’azione medesima certamente comporta (trattasi di azioni che contravverrebbero al dovere del curatore di buona amministrazione e, dunque, da considerarsi illegittime e di conseguenza non autorizzabili).

Va peraltro segnalato che nel **Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza** l’art. 123 prevede espressamente un ampliamento dei poteri valutativi del giudice delegato in sede di autorizzazione ad agire.

**123. Poteri del giudice delegato**

*1. Il giudice delegato […]:*

*f)* ***fatto salvo quanto previsto dall'articolo 128, comma 2****, autorizza il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto,* ***quando è utile per il miglior soddisfacimento dei creditori****. L'autorizzazione deve essere sempre data per atti determinati e per i giudizi deve essere rilasciata per ogni grado di essi.*

Nella relazione illustrativa si legge in proposito quanto segue: “*Tale autorizzazione 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. Esemplificando, il giudice 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*”.

Si tratta, tuttavia, di stabilire questo nuovo vaglio del giudice delegato fino a che punto possa andare ad incidere sulle valutazioni di merito, che sono comunque riservate al curatore e al comitato dei creditori.

Va cioè stabilito se si tratti di una vera e propria “inversione a U” verso il ritorno al sistema precedente la riforma del 2006 (inversione che, tuttavia sarebbe incoerente con il ruolo riservato al giudice delegato, che anche nel nuovo sistema è di vigilanza), o se, piuttosto, come a me pare, quello del giudice delegato resti, ad onta dell’espressione “*quando è utile*” (che parrebbe sottendere proprio una valutazione di opportunità e convenienza), un vaglio di legittimità.

La mia opinione è che la novità normativa va intesa semplicemente come un avallo dell’impostazione, affermata anche da alcune pronunce della Cassazione, secondo cui nel vaglio di legittimità (che è e resta tale) rientra anche il potere-dovere del giudice delegato di verificare che il curatore e il comitato dei creditori non espongano i creditori alle conseguenze di **azioni avventate**.

 “*L'autorizzazione ad agire in giudizio, prevista dall'art. 25 l. fall. ad integrazione della legittimazione ad agire del curatore, non trova uno dei suoi presupposti nell'esistenza di mezzi finanziari sufficienti a fare fronte alle eventuali obbligazioni conseguenti alla attività autorizzata. L'autorizzazione, infatti, è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice delegato (v. Cass. 1978, n. 899, sulla natura del provvedimento di autorizzazione), anche a garanzia di non esporre la massa ed i terzi alle conseguenze di azioni avventate, ma non è condizionata alla esistenza di mezzi finanziari sufficienti poiché, al contrario, ai sensi dell'art. 24, 1 comma, Cost. "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi", senza che tale diritto possa essere in alcun modo condizionato dalla inesistenza di una garanzia patrimoniale a fronte della eventuale conseguente responsabilità*” (Cass. 15074/2000).

QUALI SONO **I GIUDIZI NEI QUALI IL CURATORE PUÒ COSTITUIRSI SENZA L’AUTORIZZAZIONE DEL GIUDICE DELEGATO**?

Come detto, a norma dell’art. 31, co. 1, l.f. il curatore non può stare in giudizio senza l’autorizzazione del giudice delegato“*salvo che in materia di contestazioni e di tardive dichiarazioni di crediti e di diritti di terzi sui beni acquisiti al fallimento, e salvo che nei procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale e in ogni altro caso in cui non occorra ministero di difensore*”.

Non è necessaria l’autorizzazione a costituirsi **nel giudizio di opposizione allo stato passivo**, trattandosi di giudizio in materia di contestazione di crediti, promosso per impugnare (anche se non in senso proprio) un atto del giudice delegato.

“*Ai sensi dell'art. 31 I. fall., nella formulazione risultante dal d.lgs. n. 5/2006, non è richiesta l'autorizzazione del giudice delegato per la costituzione del curatore nei giudizi d'impugnazione del decreto di esecutività dello stato passivo e in quelli in materia di dichiarazione tardiva di credito (Cass. 18 maggio 2012, n. 7918)*” (Cass. 11543/2017).

“*Né nelle opposizione a stato passivo occorre l'autorizzazione al Curatore a stare in giudizio, stante il disposto di cui all'art. 31 1.f., come riformato dal d.lgs. n. 5 del 2006*” (Cass. 815/2016).

“*Tra i giudizi di contestazione dei crediti, nei quali, a norma dell'art. 31, comma 2, l. fall., così come novellato dal D.Lgs. n. 5 del 2006, il curatore può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, rientrano tutti i giudizi di impugnazione dello stato passivo contemplati dall'art. 98 l. fall. (Cass. n. 7918/2012)*” (Cass. 2264/2015).

“*È indubbio che il giudizio d'opposizione, così come il suo sviluppo nella fase di legittimità ove vi si dia impulso, rappresenta un'ipotesi di contestazione dei crediti, per il quale la decisione di stare in giudizio rappresenta frutto di scelta che la norma rimette al solo curatore*” (Cass. 8929/2012).

“*Ai sensi dell'art. 31 legge fall., come riformato dal d.lgs. n. 5 del 2006, non è richiesta l'autorizzazione del giudice delegato per la costituzione del curatore nei giudizi d'impugnazione del decreto di esecutività dello stato passivo e in quelli in materia di dichiarazione tardiva di credito*” (Cass. 7918/2012).

“*Nei casi di opposizione allo stato passivo non è necessaria l'autorizzazione del Giudice delegato per la costituzione in giudizio del curatore a mezzo di difensore, come si evince dal novellato art. 31 LF, comma 2*” (Trib. Verbania, 18 novembre 2010, in www.unijuris.it).

Ovviamente **ciò non vale (per il giudizio di opposizione allo stato passivo) quando si tratti di altro fallimento, nel quale il curatore si sia insinuato come creditore**.

Non è necessaria l’autorizzazione a costituirsi **per resistere a una rivendica tardiva vecchio rito**.

“*In tema di domanda tardiva di rivendica d’immobile, a norma dell’art. 31 l. fall., il curatore può stare in giudizio senza l’autorizzazione del giudice delegato* (Nella specie, la domanda di rivendica risultava proposta dopo che era stata disposta la vendita e il ritardo non era giustificato a norma dell’art. 101, comma 3, l.fall.)” (Cass. 19748/2017).

Non è necessaria, parimenti, l’autorizzazione a costituirsi in cassazione **avverso un provvedimento emesso dal Tribunale ai sensi dell’art. 26 l.f.** su reclamo avverso un provvedimento del giudice delegato.

“*Il curatore che intende impugnare per Cassazione un decreto del tribunale fallimentare che abbia rigettato il suo reclamo contro un provvedimento del giudice delegato, non ha bisogno dell'autorizzazione a stare in giudizio, di cui all'art 31 legge fallimentare*” (Cass. 738/75).

Ad onta del riferimento allo stare in giudizio “come attore o come convenuto”, l’autorizzazione è invece necessaria anche per l’esperimento di **azioni esecutive**, ivi incluso il ricorso per la dichiarazione di fallimento di un debitore.

“*L’art. 25, comma 1, n. 6, l.fall., che attribuisce al giudice delegato il potere di autorizzare il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto ed è posto in funzione della delicatezza della relativa decisione che potrebbe essere anche foriera di passività per la procedura in caso di soccombenza, ricomprende pure l’ipotesi del ricorso per la dichiarazione di fallimento*” (Cass. 12066/2017).

CHE **SINDACATO HA IL GIUDICE DELEGATO SULLA NOMINA DEL DIFENSORE**?

Il tenore letterale degli artt. 25, co. 1, n. 6), e 31, co. 2, l.f. non aiuta a chiarire se (ed entro quali limiti) il giudice delegato possa sindacare la scelta del difensore da parte del curatore, salvo che per l’ipotesi in cui il curatore stesso intenda assumere la veste di avvocato.

Poiché, tuttavia, il giudice delegato ha un generale potere di vigilanza sul curatore con specifico riguardo al rispetto del **principio di buona (e disinteressata) amministrazione del patrimonio fallimentare**, vi sono dei casi in cui il giudice delegato può sindacare la scelta del difensore: si pensi al caso della nomina di un avvocato del tutto privo di competenza specifica per una complicata azione (es: nomina di un avvocato esclusivamente penalista in un’azione di responsabilità ex art. 146 l.f.), o all’ipotesi in cui il curatore nomini il medesimo difensore per una notevole quantità di incarichi (magari eterogenei), o ancora al caso in cui il curatore nomini un suo parente o – peggio ancora – un componente del medesimo studio associato.

Nella prospettiva della riforma, va segnalata l’introduzione, nel comma 3 dell’art. 128 del Codice della Crisi, di una deroga alla regola generale secondo cui il curatore non può assumere la veste di avvocato nei giudizi in cui egli stesso è parte.

**128. Gestione della procedura**

*3. Il curatore non può assumere la veste di avvocato nei giudizi che riguardano la liquidazione giudiziale.* ***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****.*

La *ratio* di tale innovazione normativa, secondo la Relazione Illustrativa, è la seguente: “*Si è inteso in questo caso 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. La scelta di non avvalersi di un difensore terzo ha comunque come presupposto che essa contribuisca a ridurre i costi della procedura e cioè che essa sia funzionale ad un risparmio per la massa*”.

Vi è anzitutto da chiedersi se per “*giudice tributario*” debbano intendersi solo le Commissioni Tributarie provinciali e regionali o anche la Sezione Tributaria della Cassazione (non mi pare che quest’ultima possa farsi rientrare nella nozione).

Si tratta, poi, di capire quando la possibilità in questione possa ritenersi “*funzionale ad un risparmio per la massa*”, il che è correlato ad un altro interrogativo: **spetta al curatore, che assuma le vesti di difensore del fallimento in uno o più giudizi tributari, un compenso aggiuntivo?** (non mi pare che ciò sia espressamente previsto; eppure, al contempo, mi pare scontato). E se sì, in quale misura e con quali criteri?

QUAL È IL **CONTENUTO DELL’AUTORIZZAZIONE**?

Giova premettere che, in presenza dell’**autorizzazione**, **il giudice può sindacarla solo nei limiti di cui all’art. 182 c.p.c. e non nel merito**.

“*Il giudice della causa promossa dal curatore fallimentare non può effettuare alcuna indagine circa la 'ragionevolezza' o la 'incongruenza' del decreto del giudice delegato che autorizza il curatore a stare in giudizio, poiché i suoi poteri di controllo in materia sono puramente formali e vanno esercitati nei limiti di cui all'art 182 cod. proc. civ.*” (Cass. 3337/76).

Il sindacato del giudice del merito verte allora sul contenuto dell’autorizzazione rispetto all’azione concretamente esercitata.

Viene in rilievo, a tal riguardo, l’inciso dell’art. 25, co 6, n. 1), l.f. secondo cui “*l'autorizzazione deve essere sempre data* ***per atti determinati*** *e per i giudizi deve essere rilasciata* ***per ogni grado*** *di essi.*

Ciò significa che l’azione deve essere individuata nel **contenuto essenziale** quanto ad oggetto e finalità, ma non che la stessa debba indicare nel dettaglio tutte le iniziative processuali e le relative norme di legge.

Il **decreto di autorizzazione, infatti, “copre” tutte le iniziative processuali (interne al grado di giudizio per il quale sia stata conferita) rivolte al raggiungimento dell’obiettivo** del giudizio.

“*Secondo il consolidato indirizzo di questa Corte l'autorizzazione ex art. 31 I.f. deve indicare soltanto il contenuto essenziale del giudizio da promuoversi e "copre", senza necessità di specifica menzione, tutte le possibili pretese che risultino strumentali o strettamente connesse all'oggetto principale del giudizio, senza che sia necessaria la specifica indicazione delle norme di legge su cui l'azione si fonda (Cass. 351/2005). L'eventuale limitazione di quest'ultima, in rapporto alla maggiore latitudine dell'azione effettivamente esercitata, costituisce una questione interpretativa di un atto di natura processuale, rimessa al giudice di merito*” (Cass. 23452/2019).

“*L'autorizzazione a promuovere un'azione giudiziaria, conferita dal giudice delegato al curatore del fallimento, si estende, senza bisogno di specifica menzione, a tutte le possibili pretese ed istanze strumentalmente pertinenti al conseguimento dell'obiettivo del giudizio cui si riferisce* *(Cass. nn. 10652/011, 22540/010, 351/05)* (In applicazione dell'anzidetto principio, la S.C., riformando la sentenza impugnata, ha ritenuto non necessarie ulteriori specificazioni nel provvedimento con cui il giudice delegato aveva autorizzato il curatore a costituirsi nel giudizio pendente ex art. 2901 c.c., non potendo questi avanzare altra pretesa se non quella di subentrare nell'azione proposta)” (Cass. 614/2016).

“*L'autorizzazione a promuovere un'azione giudiziaria conferita ex artt. 25, comma 1, n. 6 e 31, legge fall., al curatore del fallimento dal giudice delegato copre, senza bisogno di una specifica menzione, tutte le possibili pretese ed istanze strumentalmente pertinenti al conseguimento dell'obiettivo del giudizio cui si riferisce l'autorizzazione*” (Cass. 10652/2011; id. Cass. 22540/2010).

Quanto al **giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo**, poiché esso costituisce una **prosecuzione del primo grado di giudizio già instaurato in via monitoria** non è necessaria una nuova autorizzazione per costituirsi in giudizio.

Si discute se sia **necessaria o meno una specifica autorizzazione per proporre giudizio cautelare prima di iniziare l’azione di merito** (ovvero durante quest’ultima).

La Cassazione ha distinto tra cautelare *ante causam* e cautelare in corso di causa, ritenendo necessaria una specifica autorizzazione solo nella prima ipotesi.

“*Il provvedimento con il quale il giudice delegato autorizza il curatore ad agire in giudizio per il fallimento concerne la pretesa sostanziale che si intende dedurre in giudizio, ma non riguarda le modalità o la qualificazione dell'azione o la condotta processuale del difensore del fallimento, sicché l'autorizzazione include, senza necessità di specifica menzione e salvo che non sia diversamente stabilito in concreto, tutte quelle istanze o pretese che siano strumentalmente pertinenti al conseguimento del previsto oggetto principale del giudizio cui essa si riferisce, in ordine alle quali il curatore e il difensore del fallimento possono liberamente determinarsi. Ne consegue, con riguardo al sequestro conservativo, che la autorizzazione del giudice delegato è necessaria quando esso venga richiesto ante causam, perché allora con l'istanza si dà in pratica inizio al giudizio, dovendo essere necessariamente seguita dalla citazione per la convalida e per il merito; non è necessaria, invece, quando l'istanza venga formulata in corso di causa, poiché in tal caso essa, pur dando luogo ad un autonomo giudizio di convalida, costituisce soltanto un mezzo processuale strettamente accessorio e strumentale rispetto alla domanda di merito, essendo diretta ad evitare che, durante il tempo occorrente alla definizione del giudizio autorizzato, venga ad essere pregiudicato il soddisfacimento del diritto fatto valere*” (Cass. 2672/83).

Secondo il Tribunale di Roma, l’autorizzazione ad agire per il merito include sempre anche quella ad **agire in via cautelare**.

“*Il giudizio di merito (la cui autorizzazione ad agire concessa del Giudice delegato comprende anche l’eventuale iniziativa cautelare trattandosi di una fase incidentale dello stesso giudizio di merito) che vede le parti contrapposte*” (Trib. Roma, 9 maggio 2012, inedita).

Critica la dottrina, secondo cui (Caiafa) l’indicazione sul se anticipare o conservare gli effetti della futura decisione di merito, così come l’individuazione esatta della misura cautelare da chiedere, non può essere affidata in via esclusiva alla concertazione sul punto tra il curatore e il difensore.

Come detto, poi, “*per i giudizi l’autorizzazione deve essere rilasciata per ogni grado di essi*”

“*Il curatore del fallimento, pur essendo parte nelle controversie fallimentari, non ha capacità processuale autonoma, bensì condizionata all'autorizzazione del giudice delegato, che deve essere rilasciata in relazione a ciascun grado di giudizio*” (Cass. 26359/2014).

“*Il curatore del fallimento, pur essendo l'organo deputato ad assumere la qualità di parte nelle controversie inerenti la procedura fallimentare, non è fornito di una capacità processuale autonoma, bensì di una capacità che deve essere integrata dall'autorizzazione del giudice delegato, che anzi (per come prescrive l'art. 25, n. 6, secondo inciso, della legge fall.) dev'essere rilasciata in relazione a ciascun grado del giudizio, tanto che, in mancanza di specifica autorizzazione per il singolo grado di giudizio, sussiste il difetto di legittimazione processuale, a nulla rilevando che il curatore sia stato parte in senso formale nel grado di giudizio precedente in quanto fornito di un'autorizzazione per esso*” (Cass. 15392/05).

Si tratta, però, di una previsione derogabile dal giudice delegato, che ben può conferire espressamente l’autorizzazione **per più gradi di giudizio** disponendo che il curatore relazioni all’esito di ciascun grado.

“*Con l'autorizzazione a promuovere un'azione giudiziaria, ai sensi degli artt. 25, n. 6, e 31, legge fall., il giudice delegato può consentire al curatore fallimentare, con un unico provvedimento, di agire o resistere in tutti gli eventuali gradi del giudizio, per il conseguimento di un individuato interesse del fallimento, valutato e ritenuto meritevole di tutela, non ostando a tale interpretazione il disposto dell'art. 25 legge fall., nella parte in cui prevede il rilascio dell'autorizzazione per ogni grado di giudizio, tenuto conto che l'interesse sotteso a tale disposizione, formalmente limitativa, risulta ugualmente tutelato laddove il giudice delegato disponga che il curatore fallimentare renda puntuale informativa all'esito di ciascuna fase processuale*” (Cass. 2483/2013).

IL **PROVVEDIMENTO DI AUTORIZZAZIONE** O DI DINIEGO DI AUTORIZZAZIONE CHE NATURA HA? È **IMPUGNABILE**?

Si tratta di un decreto avente natura ordinatoria, per cui avverso l’autorizzazione o il suo diniego può proporsi reclamo ex art. 26 l.f., ma avverso il provvedimento di conferma emesso dal Tribunale all’esito del reclamo non è ammissibile ricorso straordinario per Cassazione.

“*È inammissibile il ricorso per cassazione proposto ex art. 111 Cost. contro il decreto del tribunale fallimentare, emesso in sede di reclamo ex art. 26 legge fall., confermativo del diniego di autorizzazione al curatore a promuovere un'azione civile (nella specie, per indebito oggettivo); tale provvedimento ha, infatti, natura ordinatoria, esaurisce i suoi effetti all'interno del fallimento (quale condizione per il successivo agire in contenzioso del curatore) e risente della natura del provvedimento del giudice delegato che, a sua volta, si configura come espressione di quei poteri amministrativi (di direzione, sorveglianza del procedimento ed autorizzazione) che l'art. 25, comma primo, legge fall. gli attribuisce*” (Cass. 22959/2012).

QUALI SONO GLI **EFFETTI DELLA MANCANZA DI AUTORIZZAZIONE** (OVE NECESSARIA?)

La **mancanza dell’autorizzazione** può essere **sanata in corso di causa**, previo rilievo (anche ufficioso) del giudice ai sensi dell’art. 182 c.p.c. (applicabile anche all’appello in forza dell’art. 359 c.p.c.), e può quindi essere concessa anche ***ex post***, quale ratifica (anche implicita, come ad esempio nell’autorizzazione a transigere la controversia).

“*In tema di poteri del curatore, il difetto di autorizzazione ad agire in giudizio da parte del giudice delegato si traduce nella carenza di legittimazione ad processum, con possibile sanatoria successiva, individuabile anche in un’autorizzazione alla transazione*” (Cass. 1892/2018).

“*Il decreto con il quale il giudice delegato conferma l'autorizzazione già conferita a promuovere (o a resistere ad) un'azione giudiziaria vale come ratifica dell'attività difensiva espletata dal nuovo difensore nel frattempo designato dal curatore*” (Cass. 17765/2016).

“*[…] tant'è che, in mancanza, sussiste il difetto di legittimazione processuale, rilevabile d'ufficio dal giudice trattandosi di questione inerente la "legitimatio ad processum"*” (Cass. 26359/2014).

 “*L'autorizzazione del giudice delegato a promuovere azione giudiziale o a resistere all'altrui azione è da ritenersi condizione di efficacia dell'attività processuale del curatore, ne consegue la possibilità di sanatoria con effetto ex tunc, anche nel caso in cui l'autorizzazione ad agire o a resistere sia data nel successivo giudizio d'impugnazione* (Nella specie la S.C. ha ritenuto che l'autorizzazione a resistere al ricorso per cassazione avesse effetto sanante dell'attività processuale svolta dal curatore nel giudizio di appello senza autorizzazione del giudice delegato)” (Cass. 19087/07).

“*In tema di capacità processuale del curatore fallimentare, l'autorizzazione del giudice delegato a stare in giudizio ai sensi dell'art. 25 comma 1 n. 6 legge fall. può essere concessa anche dopo la decorrenza del termine per proporre impugnazione ed ha efficacia sanante "ex tunc" purchè sia rilasciata nel corso del processo, sempre che il giudice non abbia già dichiarato la inammissibilità del gravame* (nella fattispecie la S.C. ha negato la sussistenza del difetto di capacità processuale del curatore, in virtù della autorizzazione del giudice delegato intervenuta - unitamente alla nomina del difensore - anteriormente alla udienza di precisazione delle conclusioni e sia pur prodotta nel giudizio di appello solo in sede di discussione, essendo la regolarizzazione e la integrazione degli atti mancanti o difettosi oggetto di un principio generale di "favor" avanti ai giudici di merito che invero ne consente all'art. 182 cod. proc. civ. la disposizione anche d'ufficio)” (Cass. 15939/07).

“*La mancanza di autorizzazione da parte del giudice delegato al curatore, affinché svolga attività processuale nell'interesse del fallimento, è suscettibile di sanatoria, con effetto ex tunc, possibile anche mediante il conferimento dell'autorizzazione per il giudizio di appello, purché l'inefficacia degli atti compiuti in precedenza dal curatore non sia stata già accertata e sanzionata dal giudice di primo grado* (Nella specie, il curatore aveva proposto, in linea principale, domanda ex art. 64 legge fall., di accertamento dell'inefficacia di un atto a titolo gratuito -per la quale era privo di autorizzazione-, chiedendo, in linea gradata, la revoca ex art. 67 legge fall.; la sentenza di primo grado aveva accolto la domanda principale ed il g.d. aveva autorizzato il curatore a costituirsi nel giudizio in appello; la S.C., in applicazione del succitato principio, ha ritenuto quest'ultimo atto idoneo a sanare il difetto di autorizzazione, che non era stato rilevato nel giudizio di primo grado)” (Cass. 14469/05).

Nel giudizio **dinanzi alla Corte di Cassazione**, però, la sanatoria può avvenire solo nei limiti previsti dall’art. 372 c.p.c., non applicandosi l’art. 182, co. 2, c.p.c..

“*La curatela ha depositato, contestualmente alla memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ., la corrispondente autorizzazione del giudice delegato resa in data 29.1.2018, con espressa ratifica di tutti gli atti giudiziari fino ad oggi dalla prima compiuti. Trattasi di documento rientrante tra quelli producibili ex art. 372 cod. proc. civ., e con efficacia sanante ex tunc (cfr. Cass. n. 15939 del 2007)*” (Cass. 11957/2018).

“*Mentre nelle fasi di merito il giudice, che ne rilevi l'assenza, può invitare il curatore a munirsene, nel giudizio di legittimità non sussiste un analogo potere poiché la peculiare natura di quest'ultimo, caratterizzato dall'assenza di attività istruttoria e dalle rigide formalità che disciplinano il deposito dei documenti (ammissibili con le forme e i limiti di cui all'art. 372 cod. proc. civ.), esclude la possibilità per il giudicante di invitare una delle parti a depositare documenti mancanti*” (Cass. 26359/2014).

“*Mentre nelle fasi di merito (per quanto si desume per il giudizio di primo grado dall'art. 182, secondo comma, cod. proc. civ., e per quello d'appello in forza dell'estensione di tale norma in base all'art. 359 cod. proc. civ.), la mancata produzione dell'autorizzazione del giudice delegato può essere supplita a seguito di invito del giudice che la rilevi ad effettuarla, nel giudizio per cassazione tale possibilità deve escludersi, in quanto la presenza di una regolamentazione dello svolgimento processuale del tutto speciale, in particolare nel senso dell'esclusione di una normale attività istruttoria e della previsione a pena di improcedibilità della necessità di depositare i documenti sull'ammissibilità del ricorso all'atto del deposito di quest'ultimo (art. 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ.), nonché della sola possibilità alternativa di provvedere al loro deposito anche successivamente, ma con notifica di apposito elenco alla controparte e, quindi, prima dell'udienza (art. 372, secondo comma, cod. proc. civ.), escludono, per un'evidente esigenza di non contraddizione, che la Corte di cassazione possa rivolgere alla parte l'invito al deposito dell'autorizzazione*” (Cass. 15392/05).

COME SONO REGOLATE **L’AMMISSIONE AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO** E LA REVOCA DI TALE AMMISSIONE?

L’autorizzazione ad agire ex art. 25, co. 1, n. 6), l.f. non **presuppone necessariamente l’esistenza di fondi**.

“*L'autorizzazione ad agire in giudizio, prevista dall'art. 25 l. fall. ad integrazione della legittimazione ad agire del curatore, non trova uno dei suoi presupposti nell'esistenza di mezzi finanziari sufficienti a fare fronte alle eventuali obbligazioni conseguenti alla attività autorizzata. L'autorizzazione, infatti, è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice delegato (v. Cass. 1978, n. 899, sulla natura del provvedimento di autorizzazione), anche a garanzia di non esporre la massa ed i terzi alle conseguenze di azioni avventate, ma non è condizionata alla esistenza di mezzi finanziari sufficienti poiché, al contrario, ai sensi dell'art. 24, 1 comma, Cost. "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi", senza che tale diritto possa essere in alcun modo condizionato dalla inesistenza di una garanzia patrimoniale a fronte della eventuale conseguente responsabilità*” (Cass. 15074/2000).

D’altro canto, **l’art. 144 D.P.R. 115/02**, rubricato “*processo in cui è parte un fallimento*”*,* prevede espressamente che “*nel processo in cui è parte un fallimento, se il decreto del giudice delegato attesta che non è disponibile il denaro necessario per le spese, il fallimento si considera ammesso al patrocinio ai sensi e per gli effetti delle norme previste dalla presente parte del testo unico, eccetto quelle incompatibili con l'ammissione di ufficio*”.

La norma si applica **anche** per l’ammissione al gratuito patrocinio **nel processo tributario**.

“*L'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, nel processo tributario in cui sia parte un fallimento, segue la procedura di cui all'art. 144 - e non quella di cui agli artt. 138 e 139 - del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, prevalendo le funzioni di vigilanza del giudice delegato rispetto a quelle delle Commissioni del patrocinio a spese dello Stato*” (Cass. 7842/2015).

L’attestazione presuppone necessariamente **l’istanza del curatore** (non potendo essere emessa d’ufficio, né richiesta dal difensore).

“*Per il caso in cui il fallimento sia parte di un processo, il curatore ha legittimazione esclusiva a proporre istanza per l'ammissione del medesimo al patrocinio a spese delle Stato, senza che il giudice delegato possa procedere d'ufficio all'attestazione della mancanza di disponibilità del "denaro delle spese", di cui al D.Lgs. n. 115 del 2002, art. 144*” (Cass. 29747/2018).

Si discute **se l’attestazione in questione sia possibile anche quando il fallimento dispone di fondi, ma presumibilmente insufficienti a coprire le spese per il compenso che spetterà al difensore**, ovvero al pagamento di tutti i creditori prededucibili in qual momento esistenti e prevedibili (curatore, ausiliari del giudice, altri difensori).

“*Per il beneficio in argomento […] il giudice deve valutare l’ammontare sia delle spese già sostenute e liquidate sia di quelle che necessariamente dovranno essere liquidate, e tra di esse vi rientra il compenso del curatore*” (Trib. Milano, 15 gennaio 2009, in www.ilcaso.it).

L’attestazione costituisce **implicita autorizzazione alla costituzione in giudizio**, dovendo la stessa essere negata quando l’iniziativa non sia legittima.

“*Poiché il provvedimento ex art. 25 cit. non necessita di formule sacramentali, la mera attestazione del G.D. della mancanza di fondi, che fa seguito all'istanza con la quale il curatore gli rappresenta che il fallimento non dispone della liquidità necessaria a sostenere le spese del processo, va interpretata quale contestuale, implicita autorizzazione alla costituzione in quel processo*” (Cass. 12947/2014).

L’attestazione ha effetto dal momento della presentazione della relativa istanza da parte del curatore.

“*In tema di fallimento, la delibera di ammissione al gratuito patrocinio non ha effetti retroattivi e quindi gli effetti dell’ammissione al patrocinio a spese dello stato anche in materia civile possono farsi decorrere dalla domanda di ammissione e non già dalla data di adozione del provvedimento. Pertanto, nel caso di fallimento, gli effetti dell’ammissione al gratuito patrocinio non possono estendersi ad attività svolte anteriormente all’istanza e di conseguenza non potranno riconoscersi compensi per attività svolte in epoca precedente alla richiesta di ammissione al gratuito patrocinio ed il giudice competente non potrà provvedere alla liquidazione dei compensi dovuti per le fasi o gradi anteriori del processo*” (Trib. Crotone, 9 luglio 2013, in DeJure).

Si discute, altresì, se in caso di sopravvenienza di attivo (sufficiente al pagamento delle spese per il compenso del difensore) **la revoca dell’ammissione spetti al giudice delegato o al giudice che procede**, tenuto conto che l’art. 136, co. 1, D.P.R. 115/02, rubricato “Revoca del provvedimento di ammissione”, dispone che “*se nel corso del processo sopravvengono modifiche delle condizioni reddituali rilevanti ai fini dell'ammissione al patrocinio, il magistrato che procede revoca il provvedimento di ammissione*”.

Nel primo senso una parte della dottrina (Forgillo): “*La norma generale dettata dal T.U. attribuisce invero il potere di revoca del beneficio al giudice procedente, organo giurisdizionale sostanzialmente competente all’adozione dei provvedimenti definitivi, che sostituiscono quello dato in via anticipata e provvisoria dal consiglio dell’ordine. Ai sensi dell’art. 136 T. U. il giudice infatti qualora intervengano modifiche della situazione patrimoniale, ovvero risulti che la parte ha resistito o agito in giudizio con mala fede o colpa grave, può revocare il provvedimento disposto in via anticipata dal consiglio dell’ordine. Nella ipotesi disciplinata dall’art. 144 però, l’ammissione della curatela al patrocinio a spese dello Stato è automatica, d’ufficio (si considera ammessa …); tale provvedimento, adottato da un organo che esercita funzioni giurisdizionali, sostituisce non solo quello emesso in via anticipata dal consiglio dell’ordine degli avvocati (che non esercita quindi alcuna funzione), ma anche quello del giudice della causa di merito, conseguendo automaticamente l’ammissione al beneficio alla attestazione del giudice delegato. É da escludere quindi, per le ragioni sopra espresse, che il potere di revoca competa al giudice del procedimento civile nel quale l’ammissione opera, dovendosi ritenere che tale attribuzione sia in contrasto con l’ammissione automatica, seguente alla attestazione del giudice delegato e con i poteri che la legge fallimentare attribuisce a tale organo; d’altronde non si prevede l’obbligo di comunicare le eventuali variazioni di reddito, atteso che tale dovere, essendo disciplinato dal suddetto art. 79 T.U., che regola il contenuto dell’istanza, grava solo sulla parte che è ammessa al patrocinio a spese dello Stato su propria istanza, mentre il TUSG esclude espressamente l’applicazione in tali casi di tutte le norme che non sono compatibili con l’ammissione d’ufficio. Al fine di colmare la lacuna normativa ed in attesa di un intervento chiarificatore del legislatore, è plausibile ritenere che, pur nel silenzio della legge, tale potere di revoca possa essere esercitato dal giudice delegato, non essendo plausibile che una curatela fallimentare, contrariamente a tutti gli altri privati che possono accedere al beneficio, possa continuare a mantenerlo, qualora vengano a mancare i presupposti*”.

Così anche un altro autore (Monteleone), secondo cui “*qualora sia parte un fallimento, il mutamento delle condizioni reddituali riguarda il mutamento della situazione dell’attivo, che deve essere fatto presente dal curatore al G.D. perché possa provvedere alla revoca del beneficio*”.