

Il curatore fallimentare: doveri e responsabilità fra presente e futuro

di Paolo Bortoluzzi

Sommario: 1. Premessa - 2. I doveri del curatore (anche in ordine alle scelte liquidatorie da adottare) - 3. Revoca del curatore e azione di responsabilità

1. Premessa

Il ruolo del curatore ha subito sensibili modifiche a seguito della riforma fallimentare del 2006¹.

Se nella legge del 1942 tale organo era chiamato a curare il patrimonio fallimentare “sotto la direzione del giudice delegato” (in questi termini si esprimeva l’art. 31 l.f. previgente, rubricato “*Poteri del curatore*”), a seguito della riforma l'amministrazione della procedura viene affidata unicamente a lui (l'attuale rubrica della norma recita, “*Gestione della procedura*”), relegando il giudice delegato e il comitato dei creditori ad un ruolo di vigilanza del suo operato.

Un significativo cambio di prospettiva rispetto al passato, non solo in termini di maggiore autonomia, ma anche in relazione al contenuto dei poteri e degli speculari obblighi a

¹ In generale sulla responsabilità del Curatore, cfr D. Fico “*Responsabilità del curatore*” in *Il fallimentarista* 2018; F. Dimundo, “*Codice commentato del fallimento*” (sub art. 38) a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2017 pagg. 471 e segg.; M. Monteleone, “*Curatore fallimentare*” Milano, 2017 pagg. 3 e segg.; C. Trentini, “*La responsabilità civile del curatore fallimentare*”, in *Il Caso.it* 2015; V. Sallorenzo, “*Natura ed elementi costitutivi della responsabilità del curatore fallimentare (anche alla luce delle modifiche apportate dalla l. 6 Agosto 2015 n. 132)*”, in *Il Caso.it* 2015; M. Gaeta, “*L’azione di responsabilità del curatore dimissionario*”, in *Giust. Civ.* 2012, pag. 1019 e segg.; D’Orazio, “*La legge fallimentare, Commentario teorico pratico*” (sub art. 38) a cura di M. Ferro, Padova, 2014 pagg. 537 e segg.; U. De Crescenzio, “*L’eterno dilemma della natura della responsabilità del curatore fallimentare*”, in *Il Fallimento* 2014, pag. 1218 e segg.; Maffei Alberti, “*Commentario breve alla legge fallimentare*”, Padova 2013, sub art. 38 pagg. 228 e segg.; G. Verna, “*La responsabilità del curatore fallimentare*” in *Riv. Dott. Comm.* 2010, pag. 163; G. D’Attorre “*La riforma della legge fallimentare*” (sub art. 38) a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010.

lui facenti capo. Se prima infatti si chiedeva al curatore di svolgere un'attività sostanzialmente conservativa, anche in ragione delle più "statiche" norme a sua disposizione per la liquidazione dell'attivo², e di realizzare fedelmente le indicazioni provenienti dall'autorità giudiziaria, oggi le aspettative nei suoi riguardi sono diverse, atteso che egli può autonomamente perseguire l'interesse dei creditori anche mediante programmazioni e iniziative di tipo "dinamico" e intraprendente.

Il ventaglio delle possibilità per gestire l'attivo sono più ampie e lui ne è il principale protagonista.

Ad un ampliamento dei poteri discende però sempre, inevitabilmente, una maggiore estensione di doveri e responsabilità.

Questa diversa prospettiva e il perimetro all'interno del quale la stessa può legittimamente essere concepita, non è ancora giunta al vaglio della giurisprudenza. Quest'ultima si è sempre per lo più occupata di violazioni dei tradizionali compiti del curatore, senza dover affrontare i casi in cui tale organo può invece ritenersi responsabile per aver optato per certe soluzioni liquidatorie piuttosto che per altre.

La figura del curatore non sembra essere destinata a subire stravolgimenti in futuro, quando verrà data attuazione alla Legge delega n. 155 del 19.10.2017. Il Codice della Crisi e dell'Insolvenza (CCI)³, destinato a rimpiazzare integralmente la legge fallimentare del 1942 (nonchè la L. n. 3/2012 in tema di Sovraindebitamento), non reca infatti significativi elementi

² Nel 2006 sono state introdotte disposizioni che consentono la liquidazione in forma del tutto nuova rispetto al passato, basti solo pensare a quelle che prevedono l'affitto di azienda o di suoi rami al fine di una successiva e più proficua vendita (art. 104 bis l.f.), la vendita dell'intera azienda, di suoi rami, di beni in blocco anche previo conferimento in società di nuova costituzione (art. 105 l.f.), la cessione di crediti anche litigiosi (art. 106 l.f.).

³ Nel momento in cui viene completato il presente lavoro, il testo del nuovo CCI è al vaglio del Consiglio dei Ministri per l'emanazione del Decreto Legislativo attuativo della legge delega n. 155/2017.

di novità; anzi, come si avrà modo di annotare (pur con tutte le riserve del caso in ragione della sua non ancora definitiva emanazione), gli stessi principi vengono in taluni casi addirittura rafforzati.

L'odierna riflessione appare quindi utile anche in questa prospettiva, ormai prossima.

1. I doveri del curatore

Il 1° comma dell'art. 38 l.f., modificato dal D. L.vo n. 5/2006⁴, stabilisce che *"Il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico"*.

Trattasi di norma centrale dell'istituto, che individua le fonti da cui scaturiscono i compiti del curatore.

Il primo riferimento è alla *legge*, non solo alla legge fallimentare, ma a tutte le disposizioni normative la cui applicazione viene sollecitata nello svolgimento dell'attività del curatore; quindi, sia alle normative generali stabilite dai codici che a quelle speciali che interessano il compimento delle varie attività (tributarie, edilizie, di tutela ambientale etc).

La legge rappresenta un limite *esterno* all'attività dell'organo.

La norma fa riferimento anche al piano di liquidazione approvato, vale a dire all'atto di pianificazione e di indirizzo che lo stesso curatore ha predisposto e sottoposto al vaglio del comitato dei creditori per la sua approvazione.

Si tratta questa volta di un limite *interno* al suo operato, perché è egli stesso che nella fase iniziale della procedura si autodetermina individuando scelte liquidatorie e/o azioni recuperatorie.

⁴ Nella bozza del CCI la norma è recepita nell'art. 136, con la sostituzione della parola "*piano*" con quella di "*programma*" di liquidazione.

L'indicazione del piano di liquidazione quale (ulteriore) fonte di obblighi da rispettare, novità importante introdotta nel 2006, dovrebbe far ritenere inammissibili quei programmi predisposti in termini estremamente generici, privi di dettaglio e di puntuali indicazioni circa modalità e tempistiche per la sua attuazione. Un tal modo di procedere, ove non impedito dal giudice delegato nell'esercizio della sua funzione di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura (art. 25, co. 1 l.f.⁵), finirebbe infatti per consentire al curatore di eludere la propria responsabilità gestoria; di fatto, priverebbe i creditori di uno stringente controllo sulla procedura e, in ultima analisi, una concreta e incisiva tutela dei loro interessi.

L'art. 38 l.f. precisa che il curatore deve adempiere ai doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico; non quindi, come prima della riforma, con la semplice *diligenza*, ma con una *diligenza qualificata* richiesta dal codice civile per lo svolgimento dell'attività professionale (art. 1176, co. 2 c.c.).

La disposizione si raccorda con quanto previsto dall'art. 28 l.f., che infatti consente lo svolgimento delle funzioni di curatore a nominativi iscritti in appositi albi professionali (avvocati, commercialisti e ragionieri commercialisti, anche in forma associata) oppure a soggetti di comprovata capacità di direzione, amministrazione o controllo.⁶

Oltre a fattispecie di indebita appropriazione di beni o di liquidità facenti parte dell'attivo fallimentare, che rappresentano negligenze di tipo *commissivo*, ve ne sono altre di tipo *omissivo*, vale a dire comportamenti che, seppur

⁵ Nella bozza del CCI la norma è confermata all'art. 123.

⁶ I requisiti di nomina del Curatore (unitamente a quelli di Commissario Giudiziale e Liquidatore) sono contenuti nell'art. 358 delle "Disposizioni per l'attuazione del Codice della Crisi e dell'insolvenza, norme di coordinamento e disciplina transitoria", dove è confermata l'idoneità a ricoprire tale ruolo da parte dei soggetti riportati nel testo.

doverosi, il curatore non ha posto in essere. Si pensi alle mancate relazioni, all'omesso inventario dei beni e alla loro stima, all'inerzia nel recupero di uno o più crediti o alla decadenza/prescrizione di azioni recuperatorie o risarcitorie, etc..

A parte ciò, occorre chiedersi - riprendendo un aspetto di cui si accennava in premessa - se ed in quali casi si possa invocare la responsabilità di un curatore fallimentare che opti per talune scelte liquidatorie dell'attivo piuttosto che per altre. Ad esempio scelga soluzioni "tradizionali" quando, ricorrendone chiaramente i presupposti, potrebbe invece accedere ad opzioni alternative e, per tale ragione, finisca per realizzare un attivo insoddisfacente rispetto alle potenzialità.

Si pensi a tutti i casi in cui vi sarebbero chiaramente i presupposti per l'apertura di un esercizio provvisorio *ex art. 104 bis l.f.* (con valorizzazione di merci e semilavorati altrimenti destinati a dismissioni a prezzo vile) e il curatore non sfrutti tale opportunità; alle ipotesi in cui vi sia la possibilità di alienare l'intera azienda o un ramo di essa e invece si orienti verso una liquidazione atomistica (che la stessa legge fallimentare, agli artt. 105-107 l.f. individua come fattispecie residuale); alle fattispecie di mancata valorizzazione di un marchio di settore ancora di interesse sul mercato per il quale il trascorrere del tempo comporta l'inesorabile perdita di quote di mercato (soprattutto nel campo tecnologico o della moda); ai casi di mancata cessione di crediti (anche litigiosi) appetibili per un investitore in ragione della loro fondatezza e della solidità economica della controparte.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi ed è evidente che simili riflessioni possono giustificarsi solo in presenza di procedure fallimentari con *assets* consistenti, nelle quali siano oggettivamente possibili dismissioni alternative e la loro

mancata adozione abbia arrecato un pregiudizio al ceto creditorio.

D'altra parte, se le opportunità gestorie offerte al curatore sono fortemente aumentate rispetto al passato, è lecito interrogarsi se a più ampi poteri corrispondano maggiori responsabilità e, soprattutto, in che termini queste ultime vadano individuate.

Come da più parti sottolineato⁷, l'art. 38, 1° co. l.f. riproduce (pressoché fedelmente) il contenuto dell'art. 2392, 1° c.c., relativo alle responsabilità degli amministratori di società di capitali⁸.

Ed è da tale aspetto che occorre partire.

Non si richiede per i curatori anche una diligenza secondo le *"loro specifiche competenze"*, come invece esplicitato per gli amministratori; questa precisazione è risultata evidentemente superflua al legislatore, trattandosi di nominativo scelto fra soggetti appartenenti a specifici albi professionali e, quindi, già di per sé titolare di competenze qualificate (art. 28 l.f.).

Il parallelo tra le due norme, quasi sovrapponibili, legittima allora per la posizione del curatore il richiamo a

⁷ D. Fico *"Responsabilità del curatore"*, cit., pag. 2; V. Sallorenzo, *"Natura ed elementi costitutivi della responsabilità del curatore fallimentare (anche alla luce delle modifiche apportate dalla l. 6 Agosto 2015 n. 132)"*, cit., pagg. 13-15 U. De Crescenzo, *"L'eterno dilemma della natura della responsabilità del curatore fallimentare"*, cit., pag. 1285.

⁸ Il richiamo operato dalla dottrina si conferma oggi quanto più appropriato alla luce del passaggio, contenuto nella Relazione Illustrativa allo schema del CCI sub art. 136 sulla *"Responsabilità del curatore"*, nel quale si legge: *"La diligenza che può pretendersi dal curatore, che deve adempiere ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato, con la "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico", è la stessa che il codice civile richiede agli amministratori di spa per i quali l'art. 2392 cc prevede che "devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze"*.

Si tratta di una diligenza particolare, in quanto non generica ma qualificata dall'alto grado di professionalità necessario per svolgere le funzioni di curatore, tenuto conto della complessità del ruolo e delle competenze tecniche richieste"

quell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale formatasi in tema di azione di responsabilità degli organi societari.

Un orientamento che tende a censurare le scelte gestionali degli amministratori non solo ove poste in essere in violazione di legge o contaminate da conflitto di interessi, ma anche ogniqualvolta, attraverso una valutazione *ex ante*, le scelte adottate risultino essere state effettuate senza *preventiva* verifica di tutti gli elementi di rilievo e tale opzione sia risultata foriera di danno.

Consolidata giurisprudenza⁹ ha infatti stabilito che se il giudizio sulla diligenza dell'amministratore non può mai investire le scelte di gestione o le modalità con cui tale decisioni siano state adottate, ben possono essere censurati i comportamenti dell'amministratore che non abbia *preventivamente* effettuato le verifiche utili ad operare una scelta anziché un'altra. In altri termini, ai fini di un'azione di responsabilità la scelta dell'amministratore non è sindacabile nel merito (cd. *business judgement rule*), ma troverà sempre un limite nella ragionevolezza della scelta operata e nella doverosa preventiva "istruttoria" di tutte le possibili controindicazioni.

Estesi alla figura del curatore, amministratore del patrimonio fallimentare, questi principi, elaborati su un tessuto normativo pressoché identico, autorizzano l'interprete ad una correlata interpretazione dei suoi doveri.

⁹ In termini Cass. n. 15470 del 22.6.2017: "*In tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali (nella specie, per azioni) per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità del merito delle sue scelte di gestione (cd. business judgement rule) trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi ex ante, secondo i parametri della diligenza alla luce dell'art. 2392 cod. civ. (nel testo applicabile ratione temporis), sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere*". Conformi Cass. n. 1783 del 2.2.2015 e Cass. n. 3409 del 12.02.2013.

Potrà essere censurabile allora l'operato del curatore ogniqualvolta abbia trascurato di ponderare *preventivamente* - con adeguata "istruttoria" caso per caso - se vi fossero in concreto i presupposti per adottare certune forme di liquidazione anziché altre o se non abbia sfruttato opportunità agevolmente percorribili (un esercizio provvisorio, un affitto di azienda strumentale ad una proficua all'alienazione della stessa in presenza di manifestazione di interesse di terzi, la vendita di un ramo di azienda rispetto a quella atomistica, ecc. ecc.).

Di conseguenza, se si accede all'idea che simile *modus operandi* costituisce un vero e proprio dovere di un curatore, come riteniamo, il suo mancato rispetto potrà giustificare, nei casi più significativi, una revoca dall'incarico (art. 37 l.f.) e anche un'azione di responsabilità (art. 38 l.f.).

Della *preventiva* indagine svolta e della conseguente scelta adottata egli dovrà rendere compiutamente conto, e l'atto idoneo a tal fine non può che essere il piano di liquidazione. E' in sede programmatoria ex art. 104 ter l.f. che il curatore sarà tenuto a rendere motivatamente conto delle proprie scelte, consentendo anche agli altri organi della procedura - comitato dei creditori e giudice delegato - di valutare la sua gestione.

Se non vi sarà invece piena visibilità del metodo adottato, istituti posti a tutela dei creditori, quali la revoca (art. 37 l.f.) e l'azione di responsabilità (art. 38 l.f.), risulteranno fortemente penalizzati.

Ove invece la scelta operata sarà stata *ex post* deludente, il risultato negativo non gli potrà essere addebitato perché la sua non è un'obbligazione di risultato, ma di mezzi.

Questa lettura comparata amministratore di società/curatore fallimentare è confermata anche dalla lettera c) dell'art. 28 l.f., che abilita a svolgere le funzioni di curatore

anche a chi abbia “svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo di società per azioni, dando prova di capacità imprenditoriali..”¹⁰.

Un'impronta quasi “manageriale”, che indubbiamente il legislatore della riforma ha voluto imprimere - e nel futuro (forse) confermare - alla figura del curatore realizzando quelle similitudini di cui si è dato conto.

La lettura qui proposta non deve portare, riteniamo, ad assumere atteggiamenti rigidi o punitivi nei confronti del curatore, ma piuttosto ad ispirare una lettura evolutiva del suo ruolo, fedele ad un impianto normativo dal quale traspare una volontà ben precisa. D'altra parte, la dichiarazione di fallimento implica già di per sé un oggettivo abbattimento dei valori dell'attivo relitto e, anche in ragione della forte limitazione alle azioni revocatorie oggi promuovibili, le risorse dell'attivo da destinare ai creditori possono per lo più derivare da un'adeguata valorizzazione degli *assets*.

Giova ricordare che i doveri del curatore non vengono poi meno nel caso in cui le attività di interesse per la procedura siano svolte da altri soggetti.

L'art. 32 l.f. contempla la possibilità che egli deleghi a terzi di fiducia lo svolgimento di sue specifiche funzioni (tranne le attività indelegabili quali la formazione dell'elenco dei creditori, la comunicazione dell'intervenuto fallimento, la formazione dello stato passivo e del programma di liquidazione), oppure si faccia coadiuvare da tecnici o altre persone retribuite.

¹⁰ Nel CCI la previsione della lettera c) nella riformulazione della norma è stata opportunamente modificata (art. 358 delle “Disposizioni per l'attuazione del Codice della Crisi e dell'insolvenza, norme di coordinamento e disciplina transitoria”), estendendo la fattispecie a coloro che abbiano svolto funzioni di direzione, amministrazione o controllo “in società di capitali o società cooperative”, non solo quindi alle “società per azioni” come nella previsione vigente.

Nel caso del *delegato*, previsto dal comma 1, il soggetto nominato svolge le stesse funzioni del curatore, quelle tipiche del suo ruolo, mentre nel caso del *coadiutore*, disciplinato dal comma 2, l'incaricato svolge un'attività di natura tecnica per la quale il curatore non possiede adeguata preparazione (come ad esempio l'esperto stimatore dei beni)¹¹.

Il curatore risponde delle negligenze di entrambi tali soggetti e quindi dei danni da questi eventualmente provocati.

Quanto al *delegato*, l'attribuzione diretta al curatore si fonda sulle norme generali in tema di mandato con rappresentanza (art. 1704 c.c.), per cui l'obbligazione assunta verso i terzi (di natura contrattuale o extracontrattuale) si produce direttamente in capo al rappresentato (art. 1388 c.c.).

Quanto al *coadiutore*, invece, la stessa norma precisa espressamente che egli opera "sotto la sua (del curatore) responsabilità". La dottrina parla a tale proposito di *culpa in eligendo e in vigilando*¹², riconducibile cioè alla scelta del soggetto (che deve risultare titolare di capacità adeguate allo svolgimento dell'incarico) e al mancato controllo dell'attività espletata.

Una recente decisione della Corte di Cassazione¹³ si è invece assestata su posizioni in parte diverse, ritenendo che "ancorchè non possa ravvisarsi colpa del curatore nell'individuazione del profilo professionale del soggetto indicato

¹¹ La distinzione fra le due figure, consolidata in dottrina e giurisprudenza, è in questi termini delineata anche nella Relazione Illustrativa allo schema di CCI *sub* art. 129, norma che conferma e ripropone il contenuto del vigente art. 32 l.f.

¹² D'Orazio, "La legge fallimentare, Commentario teorico pratico", cit., pag. 545; V. Sallorenzo, "Natura ed elementi costitutivi della responsabilità del curatore fallimentare (anche alla luce delle modifiche apportate dalla l. 6 Agosto 2015 n. 132)", cit., pag. 13.

¹³ Cass. n. 10513 del 3.5.2018 in *De Jure*, relativa alla sanzione pecuniaria posta a carico del fallimento per non aver comunicato al catasto dei rifiuti informazioni relative all'esistenza, fra i beni inventariati, di apparecchiature con materiale tossico. Omissione ascrivibile allo stimatore dei beni ma riferibile, secondo la pronuncia, al curatore che lo aveva nominato.

come coadiutore”, tuttavia nel caso che quest’ultimo commetta degli errori la responsabilità deve “essere imputata al curatore come propria”.

La disposizione dell’art. 32, 2° co. l.f., quando precisa che il coadiutore opera sotto la responsabilità del curatore, secondo la Suprema Corte, contempla quindi una fattispecie di *culpa in vigilando* in ragione del rapporto di subordinazione che viene in essere con la nomina.

Si tratta di un arresto giurisprudenziale che apre un fronte delicato; sarebbe maggiormente comprensibile sostenere che il curatore risponda per aver scelto collaboratori privi di adeguate professionalità (*culpa in eligendo*), ma appare penalizzante invocarne la responsabilità anche per errori tecnici commessi da altri nello svolgimento di attività che, per definizione, richiedono competenze tecniche specifiche di cui egli è privo e conseguentemente anche incapace di operare un adeguato controllo¹⁴.

Da ultimo, occorre chiedersi se una volta che l’attività del curatore sia stata previamente autorizzata dal giudice

¹⁴ Diversa dal delegato e dal coadiutore è la figura dell'*esperto*, introdotta nel nuovo CCI. Con la sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale, il Tribunale può infatti, se lo ritiene utile, nominare oltre al curatore anche "uno o più esperti per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore" (art. 49, 3° comma, CCI). La Relazione Illustrativa di accompagnamento alla riforma sul punto testualmente riferisce: "Un aspetto di indubbia novità è rappresentato dalla possibilità di nominare, insieme al curatore, se il tribunale lo ritenga utile, uno o più esperti per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore. Si tratta di un accorgimento che dovrebbe garantire maggiore efficienza e celerità alla procedura, ad esempio consentendo di affiancare al curatore un professionista che si occupi della liquidazione di determinati beni fin dalla fase iniziale della procedura o dell'esercizio provvisorio dell'impresa, consentendo al curatore di concentrarsi sull'attività di analisi dei crediti in vista della redazione del progetto di stato passivo, ove particolarmente complesso". Una *ratio legis* che si rinviene nella disposizione contenuta al 2° comma del nuovo articolo 136 del CCI, dedicato alla "Responsabilità del curatore", ove si prevede che il curatore procede alle operazioni di liquidazione contemporaneamente alle operazioni di accertamento del passivo. I doveri e le responsabilità degli *esperti* vanno individuati rifacendosi a quelli del curatore, trattandosi, come per quest'ultimo, di nomina diretta da parte del tribunale (che deve riscontrare anche in tali soggetti gli stessi requisiti di idoneità di cui all'art. 359 delle Disposizioni di Attuazione). Operano infatti per questi ausiliari, "in quanto compatibili", le disposizioni dell'art. 123 e degli artt. da 126 a 136 del CCI dedicate al curatore.

delegato o dal comitato dei creditori, tale circostanza sia di per sé idonea ad escludere una sua colpa.

La risposta negativa¹⁵ si desume sia dai principi generali, che a differenza di quanto accadeva nel passato vedono il curatore principale artefice della gestione della procedura nei termini sopra richiamati (art. 31 l.f), sia da specifiche norme (quali l'art. 35 l.f) ove viene precisato che per gli atti di straordinaria amministrazione i poteri del curatore sono "integrati" dal giudice delegato o dal comitato dei creditori.

In simili casi, si potrà al più ipotizzare un concorso di responsabilità o un'attenuazione nella valutazione della sua colpa ove la scelta sia stata approvata anche dagli altri organi, mai però la circostanza potrà rappresentare una scriminante. D'altra parte, è principio generale che l'omesso o inadeguato controllo da parte di alcuni soggetti mai potrà essere invocato dal controllato a sua discolpa.

Nessun valore esimente potranno tantomeno avere quelle istanze, comuni nella prassi, rivolte al giudice delegato o al comitato dei creditori a "non compiere" un determinato atto (ad es., autorizzazione a non impugnare, a non costituirsi in giudizio etc..). Chiedere di "non essere autorizzati" non solo appare una contraddizione in termini, ma, in ogni caso, il provvedimento reso dagli altri organi risulterebbe privo di valore, in quanto non rientrante fra quelli tipici previsti dalla legge.

3. Revoca del curatore e azione di responsabilità

¹⁵ C. Trentini, "La responsabilità civile del curatore fallimentare", cit., pag. 7-9; F. Dimundo, "Codice commentato del fallimento" cit., pag. 476, che ritiene applicabile tale criterio anche per l'autorizzazione degli atti in esecuzione del piano di liquidazione ex art. 104 ter, 8° co. l.f.; e, in generale, per un'ampia disamina delle posizioni Maffei Alberti, "Commentario breve alla legge fallimentare", cit., pag. 230.

Il curatore può essere revocato dal tribunale “in ogni tempo”, come stabilisce l’art. 37 l.f.¹⁶

Si tratta di un procedimento di tipo camerale, promuovibile su istanza del giudice delegato, del comitato dei creditori o anche d’ufficio, che si conclude con l’emissione di un decreto motivato provvisoriamente esecutivo e reclamabile avanti alla corte di appello. La procedibilità d’ufficio si giustifica trattandosi di diritti indisponibili, quali sono quelli riferibili all’intero ceto creditorio.

La legge esplicita alcune fattispecie che possono portare il tribunale a disporre la revoca, che fissano ipotesi di grave negligenza. Si tratta, a titolo esemplificativo, della mancata tempestiva accettazione dell’incarico nei due giorni successivi l’emissione della sentenza di fallimento (art. 29, 2 co. l.f.), del mancato o tardivo deposito sul conto corrente bancario o postale della procedura di somme a vario titolo riscosse (art. 34, 2 co. l.f.), dell’intempestiva predisposizione del programma di liquidazione (art. 104 ter, 1 co. l.f.) o del mancato rispetto dei termini ivi indicati (art. 104 ter, u.c. l.f.)¹⁷.

Anche se si tratta di comportamenti tipizzati dalla legge, gli stessi dovranno verosimilmente essere valutati di volta in volta dal tribunale, al quale viene lasciata pur sempre un’ampia discrezionalità. Dovrà procedersi ad una ponderazione complessiva dell’operato del curatore, tenendo conto anche dell’interesse del ceto creditorio sull’opportunità di un cambio di gestione della procedura¹⁸.

¹⁶ La norma è confermata nella sua esatta formulazione nell’art. 134 del nuovo CCI.

¹⁷ Le disposizioni sono replicate anche nel nuovo CCI ma con numerazioni differenti, rispettivamente: artt. 126, 1° co., 131, 2° co., 213 1° e 3° co.

¹⁸ Per una fattispecie nella quale è stata addebitata al curatore una serie di omissioni e di ritardi nella liquidazione con rischio di risarcimento ex L. Pinto, v. Trib. Forlì 29.1.2015 in *IlCaso.it*.

La revoca potrà essere disposta a prescindere da un inadempimento del curatore ai propri doveri, l'art. 37 l.f. non indica un vincolo a tal proposito. Si potrebbe quindi provvedere in questo senso anche nel caso di sopravvenute circostanze che facciano ritenere il nominativo non più idoneo a ricoprire tale carica¹⁹.

La revoca non implica però automaticamente il promuovimento di un'azione di responsabilità, mentre quest'ultima non può invece prescindere dalla revoca del curatore contestato.²⁰

Durante la procedura la stessa può essere proposta dal nuovo curatore (art. 38, 2° co. l.f.)^{21 22}.

A differenza della revoca, l'azione di responsabilità²³ può poi essere proposta nei soli casi di inadempimento ai doveri

Tale normativa (art. 2, 2bis L. 89/2001), come noto, fissa in anni sei la durata massima di una procedura concorsuale.

¹⁹ L'istituto della revoca del curatore è, come visto, disciplinato dal nuovo art. 134 del CCI, identico nel contenuto a quello attualmente vigente. Nonostante ciò, la Relazione Illustrativa ne offre un commento in termini di inadempienza: *"Fatti salvi i casi in cui la revoca è prevista espressamente per specifiche inadempienze (si veda, ad es., l'art. 131), l'art. 134 prevede in generale tale sanzione, applicabile quindi ai casi di scarsa diligenza e solerzia oppure per reiterate violazioni ad obblighi che, singolarmente considerate, non giustificherebbero un drastico provvedimento"*.

²⁰ Quanto al diritto al compenso del curatore revocato, la Suprema Corte ha ritenuto che la sua erogazione possa essere impedita *"dall'accertamento di una sua eventuale responsabilità a norma dell'art. 38 l.f."* (Cass. 31.5.2013 n. 13805)

²¹ Nel nuovo CCI la norma è contenuta all'art. 136, 3° co.

²² Le ragioni di tale meccanismo processuale sono ben esplicitate da U. De Crescenzo, *"L'eterno dilemma della natura della responsabilità del curatore fallimentare"*, cit., pag. 1283, secondo cui lo stesso è *"volto a tutelare in primis l'organo fallimentare (finché è nell'esercizio delle sue funzioni) mettendolo (quantomeno parzialmente) al riparo da iniziative giudiziarie che potrebbero avere anche lo scopo di arrecare "disturbo" al regolare andamento delle operazioni fallimentari"*.

²³ Sul regime delle responsabilità nel caso di studi professionali associati o società tra professionisti, che costituiscono forme associative che possono essere chiamate a svolgere le funzioni di curatore fallimentare ai sensi dell'art. 28, 1 co. lett. b) l.f., cfr. A.M. Leozzappa, *"Il responsabile della procedura nella società tra i professionisti nominata come curatore fallimentare"* in *Il fallimentarista* 1.12.2014. Secondo tale autore, nel caso di associazione professionale tutti i soci sono chiamati illimitatamente e solidalmente a rispondere degli eventuali danni arrecati dal socio *"persona finisca responsabile della procedura"*, mentre nel

imposti dal proprio ufficio e sempre che sia quantificabile un danno o comunque un pregiudizio di valore significativo da poter giustificare un contenzioso²⁴. E' stato precisato che l'iniziativa potrà essere assunta anche nei confronti del curatore dimissionario, cessato volontariamente dalla carica.²⁵

L'opinione maggioritaria ritiene che l'azione di responsabilità proposta nei confronti del curatore revocato abbia natura contrattuale.

A fondamento di tale impostazione la giurisprudenza ha richiamato le norme sul mandato²⁶.

caso di *società* tra professionisti ex L. n. 183/2011, in mancanza di un'espressa deroga in ordine al regime delle responsabilità del singolo professionista incaricato nella sentenza dichiarativa di fallimento della prestazione, "la stessa sarà regolata in base alle norme del codice civile" e, quindi, a seconda del "regime proprio del tipo societario adottato", ricorrerà la responsabilità diretta solo in capo alla società (per le società di capitali) oppure in via sussidiaria anche quella dei soci (per le società di persone).

²⁴ L'autorizzazione al promuovimento dell'azione è demandata nel nuovo CCI unicamente al giudice delegato e non anche al comitato dei creditori, come prevede la norma vigente risultata agli interpreti di poco chiara lettura. La valutazione del giudice delegato, per questo tipo di azione come per ogni altra proposta dal curatore, passa anche per un esame di costi/ benefici per la procedura, come ben esplicitato nella Relazione Illustrativa sub art. 123. " - autorizza il Curatore a stare in giudizio come attore o convenuto. 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."

²⁵ Cass. 8.9.2011 n. 18438 in *De Jure* che in motivazione precisa che l'indicazione della revoca, contenuta nella legge, "non deve considerarsi tassativa, bensì solo normale, secondo l'id quod plerumque accidit". Un'interpretazione letterale della norma, prosegue la sentenza, consentirebbe "al curatore, consapevole del rischio di responsabilità, la facile elusione dell'iniziativa processuale mercè la subitanea rinuncia all'incarico, prima che sia venuto alla luce il pregiudizio per la massa, etiologicamente riconducibile alla sua condotta negligente". Il nuovo CCI ha raccolto l'indicazione proveniente dalla giurisprudenza, inserendo al comma 3 dell'art. 136 la precisazione che l'azione può essere proposta nei confronti del curatore "revocato o sostituito".

²⁶ In termini Cass. 5.4.2001 n. 5044, Tribunale di Bari sez. IV 8.6.2015 n. 2586 entrambe in *De Jure*, Tribunale di Milano 13.6.2006 in *Il Fallimento* pag. 1455,

Secondo quanto osservato in dottrina²⁷, la tesi che il curatore sia mandatario dei creditori troverebbe un aggancio anche nell'art. 37 bis l.f., che consente alla maggioranza dei creditori ammessi allo stato passivo di chiedere al tribunale, seppur motivatamente, la sostituzione del curatore nominato e indicare altro nominativo.²⁸

La dottrina ha supportato tale ricostruzione, non proprio esaustiva sotto il profilo giuridico, ritenendo che la natura contrattuale non si rilevi *“dal mero riferimento all'esistenza o meno di un contratto e di un obbligo negoziale da questo derivante, bensì ogniqualvolta sia possibile individuare l'esistenza di un obbligo specifico, derivante da una disposizione di legge o da altra fonte normativa”*²⁹

Si riconduce quindi tale tipologia alla responsabilità da *“contatto sociale”* (elaborazione giurisprudenziale maturata soprattutto nel campo della responsabilità medica) invocabile in ragione delle funzioni svolte dal curatore³⁰.

Le conseguenze giuridiche di una simile impostazione sono di rilievo sul piano pratico-operativo.

Dal punto di vista probatorio, infatti, al creditore (nuovo curatore) sarà sufficiente addebitare un determinato comportamento al curatore revocato, dimostrare l'esistenza di un danno e provare il nesso causale fra il primo e il secondo. Al convenuto spetterà invece dimostrare che

²⁷ D'Orazio, *“La legge fallimentare, Commentario teorico pratico”*, cit. pag. 539.

²⁸ Tale argomento trova ulteriore conforto nel CCI, che all'art. 135 (rubricato *“Sostituzione del curatore”*), nel riformulare l'attuale art. 37 bis l.f., consente alla maggioranza dei creditori ammessi al passivo di chiedere in ogni momento della procedura la sostituzione del curatore, senza più limitare l'esercizio di tale facoltà alla sola fase tra la chiusura dell'adunanza e l'emissione del decreto di esecutività dello stato passivo. Si tratta di una dilatazione temporale del potere di intervento dei creditori, che viene quindi in tal modo rafforzato, per i casi in cui questi ultimi ritengano (motivatamente) di non sentirsi adeguatamente tutelati dall'operato del curatore-mandatario, con la sola (opportuna) esclusione dall'iniziativa di quei creditori che *“si trovino in conflitto di interessi”*.

²⁹ C. Trentini, *“La responsabilità civile del curatore fallimentare”*, cit., pag. 5.

³⁰ D'Orazio, *“La legge fallimentare, Commentario teorico pratico”*, cit. pag. 540.

l'inadempimento è dipeso dall'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile, il tutto secondo l'inversione dell'onere della prova stabilita dall'art. 1218 c.c.

Inoltre, la prescrizione dell'azione sarà quella ordinaria decennale anziché quella quinquennale, applicabile ex art. 2947 c.c. alle sole ipotesi di responsabilità aquiliana. Salva sempre l'ipotesi in cui il fatto addebitato sia considerato dalla legge come reato, dovendo in tal caso applicarsi la più lunga prescrizione stabilita dalla legge penale per la fattispecie incriminatrice (art. 2947, 3° co., l.f.).

Il *dies a quo* per la decorrenza del termine per l'azione è in ogni caso la revoca del precedente curatore in quanto, essendo la stessa esercitabile dal nuovo, è solo da quel momento che "il diritto può essere fatto valere" (art. 2935 c.c.) a prescindere quindi dall'epoca delle violazioni contestate³¹. Tale conclusione finisce per stemperare il dibattito in ordine all'applicabilità o meno a simile fattispecie della sospensione della prescrizione di cui all'art. 2941, 1 co. n. 6) c.c.

Si ritiene che l'art. 38 l.f. disciplini l'azione volta a risarcire il danno subito dalla massa dei creditori, mentre i creditori e i terzi, anche in pendenza di fallimento, potrebbero agire autonomamente nei confronti del curatore ove a causa del negligente comportamento di quest'ultimo abbiano subito un danno diretto al loro patrimonio.

Si tratterebbe, in questo diverso caso, di un'azione di tipo extracontrattuale ex art. 2043 c.c.³², per alcuni riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 2395 c.c. in tema di responsabilità

³¹ Cass. 4.10.1996 n. 8716, Cass. 11.2.2000 n. 1507, Cass. 5.4.2001 n. 5044 tutte in *De Jure*.

³² D. Fico "Responsabilità del curatore" in *Il fallimentarista*, cit., pag. 7; C. Trentini, "La responsabilità civile del curatore fallimentare", cit., pagg. 19-22; V. Sallorenzo, "Natura ed elementi costitutivi della responsabilità del curatore fallimentare (anche alla luce delle modifiche apportate dalla l. 6 Agosto 2015 n. 132)", cit., pagg. 23-24; U. De Crescenzo, "L'eterno dilemma della natura della responsabilità del curatore fallimentare", cit., pagg. 1283-1286; Trib. di Roma 18.6.2013 in *De Jure*.

dell'amministratore di società per danni direttamente arrecati al patrimonio di terzi³³. Di conseguenza, in tali casi, il creditore danneggiato sarebbe onerato anche della prova della colpa o del dolo del curatore e la prescrizione diventerebbe quinquennale con decorrenza dall'evento dannoso.

Simile impostazione, che ritiene quindi ipotizzabile *durante* il fallimento un giudizio di responsabilità nei confronti del curatore distinto rispetto a quello tipizzato dall'art. 38, 2° co. l.f., non appare del tutto convincente.

L'orientamento non sembra infatti valorizzare la portata sistematica contenuta nell'art. 103, 1° co l.f., una norma dedicata alle domande di rivendica e restituzione nella quale si stabilisce che *"Se il curatore perde il possesso della cosa dopo averla acquisita, il titolare del diritto può chiedere che il controvalore del bene sia corrisposto in prededuzione"*³⁴.

Il caso tipizzato dal legislatore è quello del curatore che, dopo aver inventariato un determinato cespite (mobile), ne perda successivamente il possesso, ponendo così in essere un comportamento a tutti gli effetti negligente (per colpa o dolo) con danno diretto arrecato al titolare del bene o al suo legittimo possessore pregiudicati nella rivendica o nella restituzione.

Ebbene, in questo caso la norma non autorizza il terzo ad agire direttamente nei confronti del curatore che gli ha arrecato il danno, ma prevede che il pregiudizio venga risarcito dalla massa in prededuzione ex art. 111 l.f. per il valore equivalente (come giusto che sia, trattandosi di obbligazione extracontrattuale sorta in capo alla curatela e

³³ C. Trentini, *"La responsabilità civile del curatore fallimentare"*, cit., pagg. 19 e segg.; G. D'Atorre *"La riforma della legge fallimentare"*, cit, pag. 528.

³⁴ Identica norma è ora contenuta nell'art. 210 del CCI.

quindi “in occasione” dello svolgimento della procedura),
previa insinuazione al passivo.

L’indicazione che proviene dalla disposizione in commento risulta chiara: ove il curatore nello svolgimento dell’incarico (quindi *durante* il fallimento) compia un atto di *mala gestio*, dello stesso risponde la massa fallimentare e non lui personalmente; inoltre, il credito risarcitorio del terzo danneggiato ha natura prededucibile e deve essere riconosciuto nelle forme del rito speciale stabilite per l’accertamento del passivo (art. 93 e segg. l.f.).

La norma, introdotta con la riforma del 2006, è in linea con la giurisprudenza formatasi su fattispecie disciplinate dalla normativa del 1942, che aveva costantemente affermato il principio oggi recepito da una norma positiva³⁵.

Per tali ragioni appare difficile ipotizzare, durante il fallimento, un’azione autonoma da parte di terzi lesi da comportamenti dolosi o colposi del curatore, perché essi si presentano né più né meno come “costi” di questa³⁶.

Ovviamente, sempre che l’evento dannoso si presenti in rapporto di dipendenza causale con la procedura concorsuale³⁷.

In pendenza di procedura, l’atto negligente del curatore che abbia danneggiato un terzo e aggravato la massa di un debito prededucibile, potrà giustificare (salve le valutazioni

³⁵ Cass. 10.12.2008 n. 28984, Cass. 8.5.2009 n. 10599 e Cass. 23.7.2012 n. 12785 tutte su *De Jure*, in forza di tali pronunce nella locuzione “*debiti contratti*”, contenuta nell’art. 111, 1° co. n. 1) l.f., *ante* riforma, andavano ricompresi tutti i fatti idonei a dar vita ad un’obbligazione in conformità all’ordinamento giuridico (art. 1173 c.c.), ivi compresi quelli nascenti da fatti illeciti compiuti dal curatore.

³⁶ Va aggiunto che il diritto al risarcimento nei confronti del curatore revocato è trasmissibile ai terzi che abbiano soddisfatto il debito verso la massa, v. Cass. 17.2.2014 n. 3706 e Cass. 4.3.2013 n. 5300 in *De Jure*

³⁷ Un collegamento causale che va escluso nei casi in cui l’attività dannosa addebitata al curatore riguardi beni non entrati a far parte della massa (ad es. perché facenti parti di quelli esclusi ex art. 46 l.f.).

caso per caso) una revoca del curatore ex art. 37 l.f. e, laddove il credito risarcitorio sia stato soddisfatto con l'attivo fallimentare, il nuovo curatore potrà esperire un'azione di responsabilità per recuperare in via di rivalsa quanto distribuito al terzo.

Una volta chiusa la procedura fallimentare, invece, il terzo danneggiato che non si sia insinuato al passivo o che, pur avendolo fatto, non abbia ottenuto ristoro per incapacità d'attivo, ben potrà attivarsi nei confronti dell'ex curatore (potendo eventualmente rafforzare la sua posizione grazie all'accertamento già intervenuto in sede concorsuale). Simile iniziativa potrà essere a quel punto assunta sia dal fallito che abbia ragioni di lamentarsi dell'operato del curatore³⁸, sia da terzi³⁹

Un'ultima riflessione va dedicata al rapporto fra il procedimento di approvazione del rendiconto ex art. 116 l.f. e l'azione di responsabilità nei confronti dell'ex curatore (ex art. 38, 3 co. l.f.).

Già prima della riforma fallimentare si riteneva che il giudizio di rendiconto non avesse ad oggetto solo gli errori materiali, di calcolo o di imputazione commessi dal curatore, ma riguardasse ma anche il controllo della sua gestione e l'accertamento delle sue responsabilità per il compimento di

³⁸ Cass. 19.6.2018 n. 16132 in *De Jure* nella quale si precisa che il fallito, una volta recuperata in pieno la sua capacità di agire e quindi alla chiusura del fallimento, potrà sempre agire nei confronti del curatore per risarcimento dei danni, ma non potrà *"pretendere di rimettere in discussione l'intangibile e conclusa da anni attività di riparto dell'attivo"*; per cui, le transazioni eventualmente perfezionate dal curatore e le altre attività liquidatorie non potranno più essere impugnate per alcun motivo. Per un'ipotesi di azione del fallito post chiusura della procedura si v. anche Cass. 4.10.1996 n. 8716.

³⁹ Trib. Fermo 20.9.2011 in www.osservatorio-oci.org.

atti pregiudizievoli alla massa⁴⁰. Si è così ritenuto ammissibile, per ragioni di economia processuale, inserire nella verifica del conto di gestione anche l'azione di responsabilità nei confronti del curatore revocato⁴¹, seppure, a rigore, la finalità del rendiconto sembrerebbe essere solo quella di consentire lo svolgimento delle attività finali della procedura, quali la liquidazione del compenso al curatore e il riparto finale dell'attivo (art. 117, 1 co. l.f.).

Qualche dubbio è stato espresso in dottrina sull'aspetto processuale, non essendo agevole rendere compatibile la disciplina camerale di cui all'art. 116 l.f., avente una struttura semplificata e tendenzialmente veloce, con l'azione di risarcimento ex art. 38 l.f. che potrebbe richiedere un'istruttoria e un contraddittorio più ampi (ad es. chiamata in causa della compagnia assicurativa etc.)⁴².

Va però segnalato che anche di recente la giurisprudenza ha implicitamente ritenuto possibile includere l'azione di condanna in seno al giudizio di rendiconto, stabilendo che il rapporto di pregiudizialità logico-giuridica fra i due contenziosi, idoneo a legittimare l'applicazione dell'art. 295 cpc, si potrebbe avere solo ove l'azione di responsabilità sia stata proposta sia in seno al procedimento ex art. 116 l.f. che, contemporaneamente, avanti al giudice ordinario.⁴³

Infine, a completare il quadro di riferimento, è stato chiarito che l'eventuale ottenuta approvazione del rendiconto non preclude la successiva revoca del curatore che lo ha

⁴⁰ Il comma 1 dell'art. 116 l.f. vigente ha specificato i due aspetti, stabilendo che *"il curatore presenta al giudice delegato l'esposizione analitica delle operazioni contabili e delle attività di gestione della procedura"*. La frase è stata ora estesa aggiungendo *"..delle modalità con cui ha attuato il programma di liquidazione e il relativo esito"* (art. 231, 1° co. CCI) ad ampliare ancor di più la valutazione di merito dell'operato del curatore.

⁴¹ In termini, Cass. 14.10.1997 n. 10028, Cass. 19.1.2000 n. 547, Cass. 10.9.2007 n. 18940 tutte in *De Jure*.

⁴² D'Orazio, *"La legge fallimentare, Commentario teorico pratico"*, cit. pag. 541

⁴³ Cass. 14.1.2016 n. 529 in *De Jure*.

predisposto e la proposizione nei suoi confronti dell'azione di responsabilità.

La Suprema Corte⁴⁴ è giunta a tale conclusione richiamando analoghe situazioni previste dall'ordinamento giuridico, quali il promuovimento di un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (che non è impedita dall'eventuale avvenuta approvazione del bilancio di esercizio ex art. 2434 c.c.), o l'instaurazione di un giudizio di accertamento negativo del debito bancario (non precluso dalla mancata tempestiva contestazione degli estratti conto inviati in precedenza).

⁴⁴ Cass. 8.9.2011 n. 18438 in *De Jure*.