

Corso di formazione per curatori

Auditorium Rino Ricci Pisa Piazza V. Emanuele II n.5

24 ottobre 2022

I sessione- Le attività preliminari

(Claudio Cecchella)

Sopraluogo e apposizione dei sigilli

Art. 84 legge n. 267 del 1942, prima della riforma con il d. lgs. n. 5 del 2006

«Dichiarato il fallimento, il giudice delegato o per sua delegazione, in caso d'impedimento, il giudice di pace procede immediatamente, secondo le norme stabilite dal codice di procedura civile, all'apposizione dei sigilli sui beni che si trovano nella sede principale dell'impresa o sugli altri beni del debitore. All'apposizione dei sigilli nella sede principale dell'impresa deve assistere, salvo legittimo impedimento, il curatore»

Segue, dopo il d. lgs n. 5 del 2006

«Dichiarato il fallimento, il curatore procede, secondo le norme stabilite dal codice di procedura civile, all'apposizione dei sigilli sui beni che si trovano nella sede principale dell'impresa e sugli altri beni del debitore.»

Art. 193 codice della crisi

«Dichiarata aperta la liquidazione giudiziale, il curatore procede all'immediata ricognizione dei beni e, se necessario, all'apposizione dei sigilli sui beni che si trovano nella sede principale dell'impresa e sugli altri beni del debitore secondo le norme stabilite dal codice di procedura civile, quando non è possibile procedere immediatamente al loro inventario.»

Le differenze

Procede all'apposizione dei sigilli non più il **giudice**, bensì il **curatore**.

In tutti i casi vi è richiamo alle **norme del Codice di procedura** civile, artt. 752 ss. c.p.c.

Nelle prime due previsioni l'apposizione era **necessaria**, ora è **eventuale**.

La natura cautelare

L'originaria previsione come atto del giudice e la funzione destinata alla conservazione materiale dei beni mobili in funzione dell'inventario e quindi dell'acquisizione al possesso del curatore, ne evidenzia **una natura *latu sensu* cautelare, con gli effetti propri di un sequestro giudiziario.**

Non è di ostacolo l'iniziativa officiosa, sia del giudice che del curatore e la mancanza di un contraddittorio (solo differito in sede di reclamo), che derogano alle regole del processo cautelare uniforme.

Le particolarità della tutela cautelare fallimentare

Il fenomeno era più accentuato nel regime previgente, quando oltre al caso dell'art. 25 l. fall. era regolata la misura opportuna e d'urgenza dell'art. 146 l. fall. ed era contraddistinto:

- da **un'iniziativa ufficiosa** della misura, bene evidente nei decreti di acquisizione e nelle misure a carico degli amministratori di società di capitali concessa al momento dell'autorizzazione al curatore di esercitare la relativa azione;
- da **una regola speciale di competenza**, essendo le misure adottate dal giudice delegato;
- **dalla deroga al contraddittorio** essendo pronunciate *ex lege inaudita altera parte*

Le conseguenze per l'apposizione dei sigilli

Tali peculiarità sono rimaste nell'odierna ipotesi dell'art. 123 lett. b, cod.(ex art. 25 l.f., a seguito dell'abrogazione dell' art. 146 l. fall). Il regime speciale si rinviene anche nell'apposizione dei sigilli (art. 193) che è **disposta dal curatore senza neppure l'autorizzazione del giudice delegato.**

La *ratio* delle deroghe

Art. 669 quaterdecies , applicabilità delle regole del **processo cautelare uniforme** ai provvedimenti cautelari previsti in leggi speciali «*in quanto compatibili*».

La piena applicazione è qui **impedita** dall'**urgenza di provvedere** che spiega l'affidamento all'organo che è più in grado di valutare *inaudita altera parte*, l'urgenza.

L'apposizione dei sigilli nel codice di procedura civile

Art. 752 ss. c.p.c.

E' strumentale alla **tutela e conservazione dei beni ereditari**, prima che si proceda all'inventario (art. 760 c.p.c. : «*esaurito l'inventario, non si fa luogo all'apposizione dei sigilli*»), vi provvede **il Tribunale** (art. 752 c.p.c.) e il giudice da nel corso **i provvedimenti opportuni** (art. 755 e 758, 2° comma, c.p.c.).

Tra i provvedimenti opportuni («*vendita immediata delle cose deteriorabili*», art. 758, 2° comma, c.p.c.), la «*nomina di un custode*» (art. 759, 2° comma, c.p.c.).

Atto eventuale del curatore

Pertanto resta la sua natura cautelare conservativa, in funzione della presa di possesso mediante inventario, **anche se di iniziativa del curatore.**

L'eventualità deve essere ponderata in relazione al **concreto pericolo di una distruzione o sottrazione del bene**, quando non sia possibile procedere subito all'inventario (l'inventario esclude i sigilli).

Il **contraddittorio** viene differito all'eventuale reclamo ex art. 133 codice della crisi.

I provvedimenti opportuni ulteriori

Nel regime anteriore e nella normativa del codice di rito sono
pronunciati dal giudice

Es. art. 84 pre-riforma del 2006 (*«il giudice che procede all'apposizione dei sigilli può emettere i provvedimenti provvisori e conservativi che ritiene necessari, compreso quello della vendita delle cose deteriorabili»*).

Codice di rito, artt. 755, 758, 759.

Segue, nella normativa attuale

La normativa dopo la riforma del 2006 e del codice della crisi **tace**.

Resta l'ultimo comma dell'art. 193 che **richiama le regole del codice di procedura civile**, quindi i provvedimenti opportuni li da il giudice delegato, sia in termini di nomina del custode o altre misure destinate ad una migliore conservazione dei beni, sino alla vendita delle cose deteriorabili.

L'uso della forza pubblica

Se i provvedimenti provvisori sono necessari per l'accesso ai luoghi:

Art. 193, 2° comma codice della crisi: *«il curatore può richiedere l'assistenza della forza pubblica»*

Beni che si trovano in più luoghi.

Il tenore previgente prevedeva per i beni che si trovano in altre località la **delega al giudice di pace**.

Oggi provvede il curatore può delegare ad **uno o più coadiutori** «*designati dal giudice delegato*» (3° comma, art. 193 codice), se «*non è agevole l'immediato completamento*».

Da valere anche nel caso in cui i beni si trovano **fuori** dalla circoscrizione del tribunale.

Beni soggetti a apposizione dei sigilli

Tribunale 26 marzo 2010, *ilcaso.it*

L'apposizione dei sigilli e poi l'inventario costituiscono strumenti mediante i quali il curatore individua e apprende i beni del fallito, secondo le regole del c.p.c.

In particolare l'apposizione può avere ad oggetto **soltanto beni che si trovino in una situazione esteriormente palese di disponibilità del fallito** ai sensi dell'art. 513 c.p.c. (pignoramento mobiliare), non essendo possibile procedervi **quando un terzo ne rivendichi in quella sede un diritto incompatibile.**

Reazione all'apposizione dei sigilli

Cass., 15 dicembre 2011, n. 27092, in *Fall.*, 2012,1253

Se il terzo rivendica un diritto incompatibile all'acquisizione all'attivo del bene mediate apposizione dei sigilli e inventario, in occasione delle operazioni, il curatore non deve procedere all'apposizione dei sigilli e all'inventario, nel caso vi proceda – o il terzo non sollevi contestazione della fase - **l'unica sede di contestazione è la domanda di rivendica ex art. 103 l. fall.**

Natura della apposizione dei sigilli

Trib. Bergamo, 8 agosto 2014, *ilcaso.it*

Ne qualifica la **natura cautelare** volta ad impedire la sottrazione o distruzione dei beni dalla dichiarazione di fallimenti sino all'apprensione del possesso da parte del curatore mediante l'inventario.

Ribadisce che lo strumento per il terzo che ritenga di avere un diritto reale incompatibile è quello della **rivendica ex art. 103 l. fall** e non quello del reclamo

L'esercizio provvisorio

Art. 90 r. d. n. 267 del 1942

«Dopo la dichiarazione di fallimento il tribunale può disporre la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa del fallito, quando dall'interruzione improvvisa può derivare un danno grave ed irreparabile»

Art. 104 dopo il d. lgs n.5 del 2006

«Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori»

Differenze della diversa formulazione della legge fallimentare

1. «*esercizio temporaneo*» (inesorabile necessità che l'impresa cessi nella logica esclusivamente liquidatoria dell'originale testo); «*esercizio provvisorio*» (non vi è in assoluto un esito di necessaria cessazione)
2. «*danno grave e irreparabile*» (in funzione della liquidazione: beni deteriorabili, avviamento); «*danno grave*» (intenso ma non irreparabile, non necessariamente in funzione della liquidazione)
- 3: «*il pregiudizio ai creditori*» (la riforma si pone come limite tale previsione: il problema dei crediti in pre-deduzione nascenti dall'esercizio provvisorio).
4. L'esercizio temporaneo *anche dopo la dichiarazione di fallimento*; l'esercizio provvisorio solo contestualmente alla sentenza

La residua continuazione temporanea

Resta anche nell'attuale regime una **continuazione temporanea** che non viene autorizzata contestualmente alla dichiarazione di fallimento (dove vi è una maggiore ponderazione della continuità provvisoria) , **ma dal giudice delegato su istanza del curatore previo parere favorevole del comitato dei creditori.**

Della continuazione temporanea **non sono fissati i presupposti**, il che fa supporre che debba essere funzionale alla liquidazione (il previgente danno grave ed irreparabile).

Il legislatore usa tuttavia il termine «*continuazione*» che potrebbe far pensare ad un esercizio **già autorizzato** in sede di dichiarazione

Il codice della crisi (art. 211)

Il codice della crisi riprende nella sostanza il testo della riforma del 2006, ma lo completa con una forte affermazione di principio

«L'apertura della liquidazione giudiziale non determina la cessazione dell'attività d'impresa quando ricorrono le condizioni di cui ai commi 2 e 3.»

I commi 2 e 3 precisano i presupposti dell'esercizio provvisorio e dell'esercizio temporaneo di cui all'art. 104 della legge fallimentare, nel primo caso tuttavia **non viene più riprodotto il presupposto del «grave danno»**, resta il solo limite del pregiudizio ai creditori anteriori. Nel secondo caso **non si riferisce più «continuazione», ma «esercizio»**.

La funzione attuale dell'esercizio provvisorio, la continuità a prescindere dalla liquidazione

L'esercizio provvisorio **non è più funzionale alla liquidazione** (conservazione del valore del bene e della sua efficienza fino alla vendita), ma alla **vera e propria continuità** dell'impresa.

E' al contrario funzionale alla espropriazione **l'affitto d'azienda**, *«quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa»*; solo che si pensi al procedimento ad evidenza pubblica nella scelta dell'affittuario (art. 104 bis l. fall.).

I crediti in prededuzione

L'art. 104 l. fall. precisa:

«I crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1).»

Si tratta di una norma ovvia, ma la sua riaffermazione alla luce del limite costituito dal **pregiudizio dei creditori** (da intendere come i creditori precedenti alla dichiarazione) denuncia il vero limite all'esercizio provvisorio.

Fondamento ulteriore dell'esercizio

Ne risulta pertanto evidente che l'esercizio può postularsi se vi sono obiettive ragioni che fanno pensare **che i crediti in prededuzione saranno soddisfatti con i risultati dell'esercizio**, il quale deve comunque assicurare un minimo vantaggio ai creditori anteriori.

Si deve ritenere applicabile **il criterio del concordato con continuità**: «*la proposta di concordato prevede per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali con il debitore o il suo avente causa*», art. 84 , 3° comma, codice della crisi

casistica

- Interruzione di un servizio pubblico, Cass., 27.09.2013, n. 22209;
- pericolo di dispersione dell'avviamento o di altri valori volatili (es: know-how): Trib. Piacenza, 10/08/2012, in *Fall*, 2013;
- perdita di commesse: Trib Bologna, 8.7.2015;
- rischio di responsabilità risarcitorie: Trib. Lecco, 09/07/2013, ilcaso.it (cirscritto a un paio di mesi per eseguire ordinativi in corso e arrivare alla stipulazione di affitto, già con lettera di intenti)
- revoca immediata affiliazione a FIGC, con perdita del titolo sportivo, Trib. Parma, 19.3.2015;
- anche nell'ambito di liquidazione del patrimonio deve ritenersi consentito, ai sensi dell'art. 14 quinquies lett. e) l. n. 3/2012, l'esercizio provvisorio dell'impresa se dalla sua interruzione possa derivare un danno grave ed esclusivamente con riferimento alla prosecuzione dell'ordinaria attività in essere, con divieto di intraprendere nuovi affari e/o operazioni, Trib. Mantova, 17.09.19.

Le ragioni per ritenere preferibile un affitto di azienda

Se non vi è necessità di ricercare un affittuario, ma la procedura si trova un **affitto-ponte** a contenuto equilibrato e non pregiudizievole, è preferibile questa soluzione:

1. **Non si generano crediti in pre-deduzione**, perché non vi è al momento della cessazione dell'affitto la responsabilità per debiti in deroga all'art. 2560 c.c. (Cass, 9 ottobre 2017, n. 23581);
2. Canone certo **senza rischio di impresa**;
3. **l'ipotesi di una continuità che prescinda da esigenze liquidatorie è ipotesi di scuola.**

Non vi è da temere per la durata del contratto (deve sempre essere previsto il recesso del curatore) e per la prosecuzione dei contratti (perché ceduto ex art. 2558 c.c.)

Le cautele: la reiterazione del parere del comitato dei creditori

Resta, come già nel previgente art. 90, la necessità del **parere favorevole vincolante del comitato dei creditori**, il quale deve **rinnovarlo** – per la delicatezza – ogni tre mesi e può sollecitare l'**interruzione** della continuazione con istanza al giudice delegato (art. 104, 3° e 4° comma, art. 211, 4° e 5° comma, codice della crisi).

Ulteriori cautele

Per la delicatezza sono introdotte ulteriori cautele:

- la presentazione di **un rendiconto semestrale** del curatore (art. 104, 5° comma l. fall., 211 6° comma codice della crisi), con informativa al giudice delegato e al comitato anche in precedenza dei presupposti per una cessazione;
- la possibilità del tribunale **di ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio**, d'ufficio o su iniziativa del curatore e del comitato (art. 104, 6° comma e 211, 7° comma codice della crisi) in ogni momento.

L'esercizio temporaneo in sede cautelare pre-liquidatoria (art. 15, 8° comma l.fall.; art. 55 codice della crisi)

Presupposto: **generale obiettivo di “tutela del patrimonio e dell’impresa”**

Provvedimento di natura cautelare e provvisoria inevitabilmente destinato, per espressa previsione di legge, **ad essere confermato o revocato dalla sentenza dichiarativa di fallimento**

La gestione dell’impresa potrebbe provvisoriamente essere affidata agli amministratori della società fallenda o al debitore/imprenditore in proprio; oppure, si può marcare una immediata discontinuità nella gestione subito affiancando - o sostituendo - l’amministratore con uno o più professionisti individuati dal giudice; o nomina di amministratori *pro tempore* (Trib. Vicenza 15 gennaio 2018, *ilcaso.it*; Trib. Monza 04/02/2009, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 345) o al sequestro giudiziario, con designazione di un custode per la gestione provvisoria (Trib. Verona 21/05/2008, in *Foro it.*, 2008, I, p. 2026).

La nomina di un custode

L'art. 55 del Codice della crisi, prevede tra le misure cautelari pre-liquidatorie, una sorta di **sequestro giudiziario dell'azienda o del patrimonio, attraverso la nomina di un custode** (che apre la prospettiva di una sostituzione dell'imprenditore).

Il sequestro giudiziario nel contesto della procedura concorsuale perde la sua funzione conservativa per assumere **una funzione propriamente anticipatoria**, ciò che esclude l'applicazione degli istituti che ne inficiano l'efficacia in caso di mancata introduzione del giudizio di merito o di sua estinzione (art. 54, 1° comma, codice crisi).

La continuità dei contratti pendenti, art. 211, 8° e 9° comma, codice della crisi

I contratti bilateralmente non eseguiti ma perfezionati prima dell'apertura della liquidazione **proseguono** e subiscono gli effetti degli artt. 172 e ss. codice della crisi solo dopo la cessazione dell'esercizio.

Il curatore **può tuttavia sospendere o scioglierli**, nel caso in cui rischino di pregiudicare le finalità dell'esercizio provvisorio

Le nomine dei periti e coadiutori

Art. 25, pre-riforma del 2006

«...4) autorizza il curatore a nominare le persone la cui opera è richiesta nell'interesse del fallimento...

... 6) autorizza per iscritto il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto nomina gli avvocati e i procuratori..»

Il potere autorizzatorio del giudice

La centralità del giudice delegato pre-riforma del 2006 e la sua funzione anche gestoria conduce il legislatore ad attribuirgli il potere:

- di **nominare** i coadiutori del curatore;
- di **nominare** gli avvocati e procuratori per la difesa tecnica della curatela in sede giudiziale

L'art. 25 dopo la riforma del 2006

«..4) su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito alle persone la cui opera è stata richiesta dal medesimo curatore nell'interesse del fallimento...

... 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»

L'art. 122 codice della crisi

«...d) su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito alle persone la cui opera è stata richiesta dal medesimo curatore nell'interesse della procedura;

... 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»

L'art. 128, 2° comma, codice della crisi

«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 compresi nella liquidazione giudiziale, 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.»

Potere di revoca e di liquidazione dei compensi

Al Giudice compete pertanto un generale **potere di revoca** dei coadiutori e periti (deve ritenersi anche se non menzionato degli avvocati perché in qualche modo inseriti nella categoria).

Conserva un generale potere di **liquidazione dei compensi**.

L'autorizzazione ad essere parte di un processo in sede giurisdizionale

Questa è sempre richiesta, salvo che non si tratti di resistere ad una domanda di insinuazione al passivo o di rivendica, tempestiva o tardiva, oppure di un reclamo avverso i provvedimenti del Tribunale o del giudice delegato oppure quando non sia necessaria la nomina di un avvocato

Art. 182, 2° comma, c.p.c.

«Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza, o l'assistenza, o per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione.»