

La nomina dei difensori nel fallimento e nel concordato preventivo: tra modifiche normative e cambi culturali

di Antonio Pezzano

1. La decisione del Giudice fiorentino: luci e dubbi

La decisione in commento dimostra come il Tribunale di Firenze stia senz'altro divenendo sempre più un importante punto di riferimento in materia fallimentare.

Infatti, dopo l'ormai nota decisione in punto di art.1 l.f. e di (pregiudiziale) individuazione qualitativa, prima che quantitativa, di "piccolo imprenditore" non fallibile¹, nonché le ulteriori decisioni in punto di pagamento a percentuale dei creditori prelatizi e sui criteri di suddivisione per classi², ecco un'altra interessante e ben argomentata decisione che, a quanto ci consta, è la prima sul delicato tema del potere di nomina degli avvocati in caso di fallimento.

Il Tribunale di Firenze (*rectius*: il suo Presidente di sezione nella funzione di G.D.) si sofferma ad analizzare il rapporto tra curatore e Giudice Delegato circa il potere di nomina degli avvocati, alla luce di quanto previsto dal nuovo art. 25 n. 6 l.f.³, secondo cui il G.D. "su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito agli avvocati nominati dal medesimo curatore".

In sintesi (per non ripeterci stante anche la chiarezza dell'iter argomentativo seguito dal Giudicante nella pubblicata decisione) e per andare così subito alle articolate, quanto innovative, conclusioni cui giunge il Giudice mediceo: "Gli avvocati nominati dal medesimo curatore" sono (esclusivamente) quelli che il curatore no-

¹ Trattasi della sentenza del 31.1.2007 n. 20, in Diritto e pratica del fallimento, 2007, 42, che ha trovato conferma anche in sede di appello con la recente sentenza della Corte medicea 30.1.2008 n. 130, in Diritto e pratica del fallimento, 2008, 45.

Come noto, la problematica è stata, fortunatamente, risolta in via definitiva dalla novella dell'art. 1 l.f. così come effettuata dal recente c.d. decreto correttivo del 7.09.2007. Peraltro prima di tale intervento normativo la decisione medicea si appalesava sostanzialmente un *unicum* nel panorama giurisprudenziale nazionale: con la conseguenza che su tutto il territorio italiano solamente gli imprenditori con sede nel mandamento del Tribunale di Firenze rischiavano di fallire (con le possibili conseguenze anche su un piano penale) ove, pur non ricadendo in alcuno dei due limiti dimensionali del secondo comma dell'art. 1 l.f., fossero <qualitativamente> non considerabili "piccoli imprenditori" ex art. 2083 cc. Un commento, adesivo, molto interessante rispetto all'indirizzo seguito dal Tribunale di Firenze (e segnatamente con riguardo a quello di cui alla sentenza n. 50 del 15.03.2007 ben più convincentemente argomentata rispetto alla prima del 31.01.2007) è stato quello offerto da D.Fico, "Riflessioni sulla nozione di piccolo imprenditore ai fini della legge fallimentare", in Il Quotidiano Giuridico n. 24/4/2007.

Quantunque oramai si tratta di dissertazione puramente accademica, noi, sommessamente, continuiamo a chiederci: se l'interpretazione letterale è quella regina (ex art. 12 primo comma, preleggi, che, tra l'altro, valorizza anche l'"intenzione del legislatore"; cfr. in argomento *ex multis* Cass. 3 aprile 1996, n. 3495 nonché Cass. 7 aprile 1985, n. 2454), come potevasi superare nell'art. 1 l.f. tale dettato letterale (anche pur volendo per un attimo ignorare totalmente le "intenzioni del legislatore", ben evidenti, invece, nei lavori preparatori e nella Relazione legislativa) che, per quanto con infelice espressione in negativo, specificava comunque all'evidenza che solamente su un piano quantitativo doveva farsi riferimento per individuare quale imprenditore non fosse "piccolo" ai (soli) fini fallimentari.

D'altra parte, anche ante novella del 2006, il concetto di "piccolo imprenditore" ex art. 1 secondo comma l.f. non era sempre coincidente con quello dell'art. 2083 c.c..

Come nel caso delle società.

Ma per tale ipotesi il Legislatore del '42 si preoccupava di essere inequivocabile affermando che l'imprenditore collettivo "in nessun caso" era considerabile "piccolo imprenditore".

Invece nulla di tutto ciò nel novellato (ante decreto correttivo) art. 1 l.f. Diverso, infatti, sarebbe stato il caso ove anche il secondo comma dell'art. 1 l.f. avesse contenuto un <in nessun caso> ovvero un <comunque>: "Ai fini del primo comma, in nessun caso (non) sono piccoli imprenditori..." oppure in negativo "Ai fini del primo comma, non sono comunque piccoli imprenditori..."

Allora si che il senso letterale avrebbe dovuto far propendere per l'interpretazione suggerita dal Tribunale di Firenze: premesso che un soggetto per non essere fallibile deve essere anzitutto <qualitativamente> un "piccolo imprenditore" ex art. 2083 c.c., <comunque> o se si preferisce <in nessun caso> può considerarsi tale il "piccolo imprenditore" ex art. 2083 c.c. che si trovi a possedere uno dei due limiti <quantitativi> previsti dal secondo comma dell'art. 1 l.f..

² Ci riferiamo, rispettivamente, ai decreti 31.01.2007 e 16.05.2007 commentati da V.Pilla "Niente concordato senza classificazione", in IlSole24Ore, 16.07.2007, 193, 33.

³ Ulteriormente emendato dal richiamato decreto correttivo del 7.09.2007 nel senso di sostituire la parola "avvocati" con il concetto più ampio di "difensori", allo scopo di "ricomprendere nell'ambito di applicazione della disposizione non solo gli avvocati ma tutti i difensori del fallimento. Esso si giustifica in quanto nei giudizi dinanzi alle commissioni tributarie, possono assumere la veste di difensori anche professionisti diversi dagli avvocati" (in tal senso la Relazione Illustrativa al decreto correttivo).

mina nelle ipotesi in cui non gli è necessaria l'autorizzazione del G.D. a stare in giudizio e di cui al secondo comma dell'art. 31 l.f. (ipotesi in cui comunque resta espressamente previsto – appunto ex art. 25 n. 6 l.f. – il potere del G.D. di liquidarne i compensi ovvero di revocarli).

In tutti gli altri casi, anche in una logica di lettura sistematica e coerente delle restanti norme sul tema (e quindi degli artt. 25 primo comma n. 4, 32, 87 secondo comma e 104ter terzo comma l.f.), la nomina degli avvocati è (*rectius*: resta) una importante prerogativa del G.D. per esplicitare al meglio le proprie "funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura" ex art. 25 l.f.

D'altra parte, se la scelta del Legislatore fosse stata quella ipotizzabile ad una prima lettura del nuovo articolato fallimentare, proprio l'art. 31 l.f., disciplinando le funzioni gestionali del curatore, sarebbe stata la sede naturale (non certo l'art. 25 l.f. che regola i poteri del G.D.) in cui espressamente chiarire che al curatore spetta "un potere così significativo quale quello generale di scelta dei professionisti ovvero anche solo quello, sicuramente dirompente, di nomina degli avvocati."

In altri termini – conclude il Giudice fiorentino – poiché al solo G.D., salvo che nelle eccezionali ipotesi di cui al citato art. 31 l.f., spetta il potere di autorizzare il curatore a stare in giudizio, tale facoltà comporta anche una imprescindibile valutazione/decisione sull'idoneità del soggetto che sarà chiamato a sostenere in giudizio gli interessi della curatela.

Diversamente "si potrebbe pervenire ad una situazione di stallo: diniego di autorizzazione fino al momento in cui non venga indicata al G.D. una scelta da quest'ultimo ritenuta idonea".

Questo, in sintesi, quanto argomentato nel decreto in commento.

Orbene è anzitutto doveroso ricordare (come peraltro fa lo stesso Giudicante) che praticamente tutti i primi commenti⁴ sulla tematica *de qua* sono stati di segno opposto: esclusivamente al curatore spetta il potere di nomina degli avvocati, atteso che il solo art. 25 n.6 l.f. fa espreso riferimento alla tematica in questione e che

proprio la presenza di tale specifica previsione, nonostante quella di carattere generale di cui all'art. 25. n.4 l.f., conferma la correttezza di tale conclusione.

D'altra parte, come non comprendere la possibilità di una 'sì tale (diversa) lettura, dinanzi anche ad una Relazione Legislativa sull'art. 25 l.f. in cui si ribadisce che "Il G.D. non è più l'organo motore della procedura, essendo stata sostituita l'attività di direzione con quella di vigilanza e controllo. Nondimeno, proprio questi poteri sono stati rafforzati in funzione di verificare che la maggiore autonomia del curatore non si risolva in una gestione incontrollata. Da qui la previsione di vincolare all'autorizzazione del Giudice ogni iniziativa giudiziale, quella di liquidare il compenso ai difensori nominati dal curatore (n.d.r. tout court senza alcuna limitazione) e di disporre la revoca ..."⁵

Se a ciò si aggiunge che anche la nomina della ben più delicata figura dell'arbitro vede la cooperazione necessaria del curatore (recita il n. 7 dell'art. 25 l.f.: il G.D. "su proposta del curatore, nomina gli arbitri, verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge"), ecco allora che i dubbi aumentano: ma come? il "giudice privato" non può che necessariamente nominarsi sulla base della proposta del curatore (ed il G.D. deve seguire l'indicazione del curatore, salvo che il soggetto designato non abbia i requisiti di legge⁶ per adempiere alla delicata funzione), mentre l'avvocato, ad esempio per lo stesso giudizio arbitrale, lo nomina in piena autonomia il G.D.? Effettivamente il Legislatore della novella del 2006, avendo atteso oltre mezzo secolo per riformare la normativa fallimentare, avrebbe potuto fare di meglio su tale delicatissimo aspetto, anziché legiferare così infelicitemente⁷.

E <meglio> anche perché attribuire al curatore la possibilità di nominare il 'proprio' legale solamente nelle specialissime e residuali ipotesi dell'art. 31 l. f., pone seri interrogativi sul perché il Legislatore abbia scelto un ruolo così impulsivo, ed al contempo carico di responsabilità, per il curatore e poi lo abbia privato di un potere così funzionale al suo nuovo operare.

Pensiamo al riguardo soprattutto all'art.

⁴ Fra i più interessanti vi è lo scritto di R. Tiscini, *La Riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Giapichelli, sub commento art. 25, pagg. 141 e ss 2007. V. anche S. Fortunato, *Sulle principali novità della riforma del fallimento*, in Il Diritto Fall. e delle Soc. comm., 2006, parte I, pag. 1033.

⁵ E tale filosofia di fondo ha improntato anche il recente decreto correttivo del 7.09.2007, se si pensi alla modifica del primo comma dell'art. 32 l.f. (sostituente il Comitato dei Creditori al G.D. nel potere di autorizzazione dei delegati del curatore), ovvero a quella del primo comma dell'art. 104 ter l.f. (sostituente il Comitato dei Creditori al G.D. nell'approvazione del programma di liquidazione), ancor di più, a quella di cui al novellato art. 107, secondo comma, l.f. (che assegna al curatore la scelta di attribuire o meno al G.D. la funzione di organo deputato alla vendita dei beni mobili, immobili e mobili registrati).

⁶ Tra tali requisiti si può pensare a quelli di cui all'art. 51 c.p.c.

⁷ Addirittura il nuovo art. 25 n.6 l.f. – anche nella stesura modificata ad opera del citato decreto correttivo del 7.09.2007 – parla di autorizzazione del G.D., necessaria *ad hoc*, non solo per costituirsi in ogni singolo grado, ma anche per "atti determinati", che invece è previsione priva di qualsiasi valenza essendo stata mutuata acriticamente dal precedente articolo 25 n.6 in cui era ancora il G.D. che autorizzava il curatore a compiere gli atti di straordinaria amministrazione, anziché il comitato dei creditori come invece accade adesso.

104^{ter} l.f. in tema di "Programma di liquidazione" allorché impone al curatore di indicare anche "i termini per la realizzazione dell'attivo".

E ci chiediamo come possa poi cercare di rispettare al meglio tali "termini", se poi per le ipotizzate, ad esempio, azioni di risarcitorie di cui alla lettera "c" dell'art. 104^{ter} l.f., non può servirsi del legale con cui solitamente opera e di cui si fida (caso mai essendo dello stesso studio commerciale e legale associato e con cui è indubbio che operi con maggiore speditezza).

La decisione in commento non convince neppure allorché ipotizza che il G.D. possa scegliere di non liquidare alcun compenso all'avvocato nominato dal curatore "ove non riconosca che l'attività posta in essere dal curatore e dal suo legale siano stati coerenti con gli interessi oggettivi della procedura".

Infatti solo rispetto all'istanza di revoca avanzata dal curatore relativamente al "proprio" avvocato l'art. 25 n.6 l.f., il Legislatore chiarisce espressamente che il risultato dell'istanza (la pronuncia di revoca) sarà eventuale, non così invece rispetto all'istanza di liquidazione delle relative competenze, sempre pertanto dovute (ovviamente salvo che l'avvocato sia inadempiente al contratto di mandato).

Certamente l'entità della relativa liquidazione risentirà di tanti fattori (compreso quello della concreta utilità della attività svolta), ma, in difetto di una espressa previsione normativa (che peraltro sarebbe stata di dubbia costituzionalità), l'eventuale non "coerenza" riguarderà (solo) il rapporto tra G.D. e curatore, considerati anche i principi enunciabili dai comini secondo e terzo dell'art. 32 l.f.: se proprio si ravviserà tale non "coerenza", sarà il curatore che vedrà decurtato il proprio finale compenso di quanto, invece, dovrà comunque liquidarsi all'avvocato.

2. Un cambio culturale è necessario quanto alla portata

La prassi testimonia come un buon rapporto fiduciario e di stima, come generalmente solo l'operare spesso insieme genera, è molte volte alla base dei risultati positivi che i connubi G.D./curatore, prima, e poi curatore/avvocato (soprattutto quando il primo è un commercialista) raggiungono pro creditori sociali.

Quindi, visto che è indubbio che l'autorizzazione a stare in giudizio sia compito del G.D. (salvo che nelle eccezionali ipotesi di cui all'art. 31, 2° comma, l.f.) e che è altrettanto indubbio che la nomina dell'arbitro è, almeno di fatto, congiunta, perché non ricorrere ad una designazione congiunta, come in qualche modo ipotizzato anche nella decisione in rassegna allorché si afferma che diversamente "si potrebbe

pervenire ad una situazione di stallo: diniego di autorizzazione fino al momento in cui non venga indicata al G.D. una scelta da quest'ultimo ritenuta idonea"?

Siamo (invece) certi che, essendo il curatore figura di fiducia del Tribunale, tale situazione di stallo non vi sarebbe e quindi si giungerebbe velocemente a nomine congiunte in cui il curatore potrebbe pertanto contare su avvocati anche di propria conoscenza e fiducia.

In questa logica di mutamento culturale (significante anche – per non dire *in primis* – la massima collaborazione <in orizzontale>, pur se nel rispetto delle diverse funzioni, tra tutte le figure operanti nel sistema <giustizia>), potrebbe anche riflettersi sul fatto che un obiettivo, criterio guida di nomina degli avvocati potrebbe condurre a designare generalmente quello (eventualmente) prescelto dal debitore nella fase *ante* fallimento ove non vi siano ragioni di incompatibilità (come ad esempio nel caso di azione di responsabilità da promuoversi nei confronti degli organi amministrativi della società fallita) o anche solo di inopportunità (come ad esempio nel caso che l'avvocato non sia esperto in una determinata materia).

Così tutto trarrebbe origine da una iniziale libera scelta (non motivata da altre ragioni se non quelle fisiologiche dell'assistenza tecnica) effettuata dal debitore verso un determinato avvocato. Né solo per ciò i creditori concorsuali potrebbero duolersi, essendo indifferente chi sia il difensore della procedura, purché questi svolga al meglio il proprio operato. Ed al riguardo il legale del debitore, se non altro perché conoscerà più approfonditamente la situazione generale, sarà forse colui che più di altri potrà riuscire al meglio nell'attività difensiva richiestagli.

Ed a tacere del fatto che, nell'ipotesi di cause già pendenti *ante* fallimento, si eviterebbe di aggravare la procedura concorsuale (e quindi i creditori) con la duplicazione di alcune voci degli onorari (il precedente avvocato non potrà nuovamente richiedere, a differenza di quello di nuova nomina, lo "studio della controversia").

Insomma così operando sussisterebbe un criterio che, in quanto predeterminato, si appaleserebbe, come accennato, oggettivo, evitando così scelte discrezionali (che in qualunque campo, in quanto tali, sempre da evitare se evitabili) del G.D., che comunque, se del caso congiuntamente al curatore, resterebbe preposto all'individuazione delle ipotesi di incompatibilità o di semplice inopportunità, con conseguente nomina di un diverso legale.

Certo, come accennato, è necessario un cambio culturale nel rapporto tra G.D. e curatore per dare vita ad una prassi⁸ virtuosa come quelle qui

⁸ Sull'importanza della prassi in materia fallimentare, sia permesso il rinvio all'interessante e saggio di F. Di Marzio, Prassi e Formule di diritto fallimentare: "Il caso del Tribunale di Crotone", Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

suggerita. D'altra parte ciò è richiesto in modo forte dal sistema creato con la nuova normativa fallimentare: oggi il curatore⁹, a differenza di ieri, "compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori" (art. 31 primo comma l.f.) e non è soggetto, al contrario di ieri, all'attività di direzione del G.D. che anzi, in alcune occasioni, ne diventa addirittura diretto, come nell'ipotesi del novellato art. 107, secondo comma, l.f.

3. La nomina del legale nel concordato preventivo

L'occasione del decreto in commento ci spinge naturalmente a chiederci: ma in materia di concordato preventivo, in difetto di una pur minima previsione legislativa, chi lo nomina l'avvocato?

Mentre durante la (eventuale) fase liquidatoria, con avvenuta nomina del liquidatore giudiziale ex art. 182 l.f., la risposta è abbastanza¹⁰ semplice, considerato che il Tribunale, nel designare il l.g., determina anche "le altre modalità della liquidazione" (e quindi verosimilmente anche i criteri di nomina degli avvocati di cui avesse necessità il l.g.), apparentemente più

complessa è la risposta relativamente alla fase temporale che va dalla presentazione della domanda al passaggio in giudicato del decreto di omologa del concordato preventivo.

Orbene, a modesto avviso di chi scrive, la risposta dovrebbe essere più semplice del previsto: atteso che, ex art. 167, primo comma, l.f. "durante la procedura di concordato il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni", non vi è motivo di privarlo di un "si tal potere che, tra l'altro, è anche una delle fondamentali esplicazioni del diritto alla difesa ex art. 24 Cost.

Né di ostacolo a ciò può essere il secondo comma del citato art. 167 l.f., sia perché generalmente il conferimento di un mandato alle liti è un atto di ordinaria amministrazione¹¹, sia perché comunque, ove anche nel singolo caso avesse carattere di straordinarietà, l'incarico professionale risulterebbe validamente conferito (solo) nei confronti/a carico del debitore, essendo invece inefficace rispetto ai creditori anteriori al concordato¹², che, quindi non vedrebbero comunque depauperato a loro danno l'offerta formulata dal debitore concordatario.

* Avvocato dello Studio Legale S.P.S. - Sebastiani Pezzano Soldaini & Associati.

⁹ A maggior ragione dopo l'intervento del Legislatore del 2007.

¹⁰ Solo <abbastanza>, perché ci chiediamo cosa avvenga nell'ipotesi in cui in proposta si determinino anche le modalità della liquidazione (compresi quindi i criteri di nomina degli avvocati), come possibile sempre più alla luce dell'"apertissimo" novellato art. 160 l.f. e comunque considerando che anche *ante* riforma sussisteva – e sussiste anche dopo la novella dell'art. 182 l.f. effettuata dal Legislatore del 2007 – quel primo inciso dell'art. 182 l.f. che lascia sempre salva la possibilità per il debitore concordatario di "disporre diversamente" in proposta.

¹¹ Che il conferimento di un mandato professionale rappresenti generalmente un atto di ordinaria amministrazione lo conferma, oltre il mancato inserimento nell'elenco, pur se non tassativo, di cui alla citata norma, la circostanza che trattasi di un atto per definizione effettuato dall'imprenditore *pro* impresa, e quindi *pro* relativi creditori, salvo dimostrazione in concreto una natura non in linea con tali interessi – e quindi per ciò di carattere straordinario – a prescindere dalla relativa natura continuativa; cfr. proprio sullo specifico argomento le esaustive considerazioni di Cass. 25.06.2002, n. 9262, in Foro it., 2002, I, 3074; v. anche Cass. 20.10.2005, n. 20291, in Giust. Civ. Mass. 2005, 7/8.

¹² Cfr. in argomento Cass. 8.01.1998, n. 92, in Giust. Civ. 1998, I, 983.