

IL COMPENSO E LE SPESE ANTICIPATE DAL CURATORE IN CASO DI FALLIMENTO INCAPIENTE.

<p>a cura di: TULLIO PANNELLA, dottore commercialista e revisore contabile in Napoli, collaboratore: GIOVANNI SIRAGUSA, praticante iscritto all'Ordine dei dottori commercialisti di Venezia, coordinatore: Dott. PIETRO PANNELLA, Presidente aggiunto onorario della Suprema Corte di Cassazione.</p>
--

Sommario: 1. Premessa

2. L'ordinamento precedente relativo alle spese di giustizia sostenute nell'ambito della procedura fallimentare: normativa, giurisprudenza e dottrina

– 2.1. Normativa 2.2 La giurisprudenza della Corte Costituzionale - 2.3 La giurisprudenza della Corte di Cassazione - 2.4 Gli orientamenti della dottrina

3. Il nuovo quadro normativo di riferimento

4. L'art. 146 del Testo Unico – DPR 30/05/02 N° 115 - e la figura del curatore fallimentare quale ausiliario del giudice delegato

5. Conclusioni.

1.Premessa

Sempre più spesso si verificano chiusure di procedure fallimentari per mancanza o insufficienza di attivo.

In questi casi, il problema è di grande rilievo, non solo per i creditori del fallito, ma anche per i curatori che non si vedono riconosciuto un compenso per l'opera professionale prestata a causa del tradizionale e tuttora vigente orientamento della prassi dei Tribunali italiani che non tiene conto delle critiche mosse dalla dottrina e soprattutto dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa sul tema.

Scopo del presente lavoro è di dimostrare che, alla luce del mutato assetto normativo delle spese di giustizia, verificatasi l'incapienza del fallimento, l'erario debba rifondere il compenso al curatore.

Tale tesi, argomentata secondo un'interpretazione sistematica e storica della normativa che tiene conto delle posizioni prese dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel corso del tempo, sostiene che, con la riforma delle spese di giustizia, il legislatore ha incluso il curatore fallimentare tra gli ausiliari del giudice, con la conseguenza che l'erario debba farsi carico, in caso di mancanza o insufficienza di attivo, del pagamento del compenso per l'opera da lui prestata e le spese da lui sostenute ed autorizzate dal G.D. nel corso della procedura.

2. L'ordinamento precedente relativo alle spese di giustizia sostenute nell'ambito della procedura fallimentare: normativa, giurisprudenza e dottrina

2.1 Normativa

Gli articoli 21, terzo comma; 91 e 133, secondo comma del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, c.d. "*legge fallimentare*", disciplinavano le fattispecie verificabili in materia di spese di giustizia sostenute nell'ambito della procedura fallimentare.

Il D.M. 28/07/1992 N° 570 regola la determinazione dei compensi spettanti ai curatori fallimentari. L'art. 4, secondo comma, disciplina, altresì, il rimborso delle spese sostenute dal curatore.

Il terzo comma dell'articolo 21 della legge fallimentare stabiliva che, in caso di revoca del fallimento, "*le spese di procedura e il compenso al curatore sono a carico del creditore istante, che è stato condannato ai danni per avere chiesto la dichiarazione di fallimento con colpa. In caso contrario il curatore può ottenere il pagamento, in tutto o in parte, secondo le modalità stabilite dalle speciali norme vigenti per l'attribuzione di compensi ai curatori, che non poterono conseguire adeguate retribuzioni*".

L'articolo 91, rubricato "Anticipazione delle spese dall'erario", disponeva:
"*1. Se fra i beni compresi nel fallimento non vi è danaro occorrente alle spese giudiziali per gli atti richiesti dalla legge, dalla sentenza dichiarativa di fallimento alla chiusura della procedura, l'erario anticipa tali spese.*"

2. *L'anticipazione delle spese si esegue quanto alle tasse di bollo e alle imposte di registro mediante prenotazione a debito in forza di decreto del giudice delegato per ogni singolo atto della procedura e quanto alle altre spese mediante pagamento eseguito direttamente dai ricevitori del registro agli aventi diritto indicati nel decreto del giudice delegato.*

3. *Le spese anticipate dall'erario per le procedure fallimentari sono annotate in un registro apposito, tenuto dal cancelliere.*

4. *Il cancelliere provvede al recupero delle spese anticipate mediante prelievo dalle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, anche prima della chiusura della procedura fallimentare appena vi siano disponibilità liquide”.*

Il secondo comma dell'articolo 133 l.f. prevedeva, in ipotesi di concordato fallimentare: *“se non vi sono somme liquide, il giudice dispone che si proceda alle spese di omologazione con prenotazione a debito. Per il rimborso delle spese anticipate dall'erario si provvede a norma dell'art. 91”.*

Il secondo comma dell'art. 4 del D.M. 570/92 così recita: *“al curatore spetta, inoltre, un rimborso forfettario delle spese generali in ragione del 5% sull'importo del compenso liquidato ai sensi degli articoli 1,2,3 e 4, nonché il rimborso delle spese vive effettivamente sostenute ed autorizzate dal giudice delegato, documentalmente provate, escluso qualsiasi altro compenso od indennità. Nel caso di trasferimento fuori dalla residenza spetta il trattamento economico di missione previsto per gli impiegati civili dello Stato con qualifica di primo dirigente”.*

2.2 La giurisprudenza della Corte Costituzionale

La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha sempre ritenuto di non potersi gravare l'Erario del pagamento del compenso al curatore in ipotesi di fallimento negativo, secondo un'interpretazione restrittiva dell'articolo 91 della legge fallimentare.

In particolare, la giurisprudenza della Corte escludeva l'illegittimità costituzionale della norma *“de qua”*, relativamente, in via alternativa e/o cumulativa, agli articoli 3, 23, 35, 36, 97 della Costituzione, nella parte in cui non prevede che il compenso del curatore sia posto a carico dell'erario in caso di mancanza o insufficienza dell'attivo (cfr. ordinanza 27

luglio 1994, n. 368; ordinanza 30 dicembre 1993, n. 488; sentenza 22 novembre 1985, n. 302)
(¹) (²).

E' utile qui ripetere le motivazioni adottate dalla Corte Costituzionale nel corso del tempo.

Con sentenza 22 novembre 1985, n. 302, la Corte Costituzionale ha ritenuto costituzionalmente legittima la mancata previsione di un compenso a carico dello Stato, a favore dei curatori fallimentari, nei casi di chiusura del fallimento per mancanza o insufficienza di attivo *“perché nessuna delle disposizioni costituzionali adottate a parametri vale a giustificarla: non l'art. 23, perché la legalità della imposizione di prestazione patrimoniale non vuol significare operosità della prestazione stessa e bando a uffici gratuiti di cui non difettano esempi nella patria legislazione; non l'art. 36, perché il curatore fallimentare non può essere qualificato lavoratore nel senso al sostantivo assegnato nel Titolo III della Parte I della Carta Costituzionale; né infine l'art. 3, perché l'accettazione della nomina di curatore non è rivestita del carattere di obbligatorietà che riviene alla nomina del perito dall'art. 314 comma quarto del codice di procedura penale”*.

La sentenza ha suscitato dubbi e perplessità.

E' stato osservato con delusione (³) che, di fronte all'inerzia del Legislatore e della giurisprudenza, la Corte Costituzionale, nella citata sentenza, ha esplicitamente detto che l'unico rimedio a tale inconveniente è dato dalla prassi diffusa in molti Tribunali, scrivendo: *“i giudici delegati si inducono ad indennizzare i professionisti, cui è affidata la curatela del fallimento che si appalesa privo di attivo suscettibile di ripartizione, con la nomina a curatori di fallimenti, nei quali la ripartizione di attivo sembra probabile”*(⁴).

La stessa Corte, con ordinanza 30 dicembre 1993, n. 488, ha ribadito il precedente orientamento, affermando che:

- *“non è lesa il principio del buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), riferito specificamente all'amministrazione della giustizia, per l'assorbente ragione che sono ben*

(¹) La Corte Costituzionale ha anche escluso l'illegittimità costituzionale dell'articolo 91 della legge fallimentare nella parte in cui non prevede che il compenso del curatore sia posto a carico dell'erario nei casi di:
- revoca della sentenza dichiarativa di fallimento senza attribuzione della responsabilità al creditore procedente (cfr. sentenza. 29 luglio 1996, n. 326; sentenza 22 novembre 1985, n. 302);
- irripetibilità nei confronti del creditore istante e del debitore (cfr. ordinanza 27 luglio 1994, n. 368).

(²) cfr. CESARIS F., “Anticipazione delle spese dall'erario”, in (a cura di) PAJARDI P. e COLESANTI V., “Codice del Fallimento”, Giuffrè, 1997, pag. 552

(³) MAZZOCCA D., “Gli organi: il giudice delegato, il curatore ed il comitato dei creditori”, in (a cura di) RAGUSA MAGGIORE G. e COSTA C. “Le procedure concorsuali. Il fallimento”, UTET, pag 498

note all'ordinamento giuridico fattispecie di incarichi del tutto gratuiti, che - oltre a non confliggere con il principio di legalità della imposizione di prestazione patrimoniale, come già questa Corte (sent. N. 302/85) ha avuto modo di affermare con riferimento proprio alla nomina di curatore fallimentare in una procedura chiusa con insufficienza o carenza di attivo, per giudicare non fondata la questione di costituzionalità del medesimo art. 91 cit. - neppure sono incompatibili con il canone evocato”;

- *né, a maggior ragione, lo sono incarichi (peraltro liberamente accettati) di per sé non gratuiti (quale quello del curatore fallimentare) che presentino soltanto un'alea di mancato realizzo, in concreto, del compenso; d'altra parte la sola prospettiva di qualificazione professionale e di affinamento (v. sent. n.41/77 in tema di insegnamento universitario non retribuito) esclude che l'incarico di curatore fallimentare in procedure (presumibilmente) incapienti debba sistematicamente scontrarsi con il rifiuto del professionista designato (mentre, per altro verso, un'ipotetica violazione dell'art. 36 Cost.. - comunque non evocato - è già stata esclusa nella citata pronuncia);*
- *neppure è ravvisabile alcuna disparità di trattamento rispetto agli avvocati e procuratori nominati d'ufficio a chi è stato ammesso al gratuito patrocinio, ex r.d. 30 dicembre 1923 n.3282, istituto al quale può farsi ricorso anche in caso di procedura fallimentare (ex art. 16, comma 4, r.d. n. 3282/23 cit.), perché la disciplina differenziata (che prevede talora per questi ultimi il diritto all'onorario: v. artt. 11 , n.1) e 40 r.d. n. 3282/23 cit.) trova giustificazione nella diversità del tertium comparationis in ragione, se non altro, della facoltatività dell'incarico in un caso e dell'obbligatorietà dello stesso nell'altro; mentre la denunciata disparità di trattamento interna alla stessa categoria dei curatori fallimentari in ragione dell'esistenza, o meno, di attivo è meramente contingente e fattuale, sì da risultare irrilevante”.*

La Corte Costituzionale, pertanto, ha negato la illegittimità prospettata, richiamando l'orientamento precedente. In particolare, ha chiarito che, in caso di fallimento incapiente, l'incarico del curatore deve essere considerato del tutto gratuito e non sussiste disparità di trattamento rispetto agli avvocati e procuratori nominati d'ufficio a chi è stato ammesso al gratuito patrocinio.

Infine, con ordinanza 27 luglio 1994, n. 368, la Corte, pur adeguandosi alla precedente giurisprudenza, ed in particolare alla sentenza 22 novembre 1985, n. 302, ha detto testualmente:

⁽⁴⁾ Corte Costituzionale, sentenza 22 novembre 1985, n. 302.

- 1) *il fallimento è assimilabile a quei procedimenti di tipo ufficioso (come il processo penale), i quali, a differenza dei procedimenti di tipo dispositivo, impongono la necessaria anticipazione delle spese da parte dell'erario;*
- 2) *nel caso di fallimenti incipienti il compenso del curatore, ancorché assimilabile ai compensi dovuti agli ausiliari del giudice (quali il custode, il perito, l'interprete), resta privo di copertura con conseguente disparità di trattamento del curatore rispetto a questi ultimi, che vengono sempre e comunque retribuiti, restando a carico dell' erario il costo dei compensi anticipati; che analoga disparità di trattamento sussiste nei confronti di avvocati e procuratori chiamati al gratuito patrocinio, la cui attività professionale è comunque compensata;*
- 3) *vi è anche violazione dell'art. 36 Cost. secondo cui ogni prestazione di lavoro, se non volontariamente eseguita per scopi di liberalità, impone una giusta retribuzione il cui conseguimento la legge ordinaria non può in alcun modo ostacolare o vietare.*

Tali considerazioni hanno una portata innovativa e rappresentano un punto di svolta.

Infatti: sebbene la Corte abbia disatteso, ancora una volta, la fondatezza della questione di legittimità costituzionale già in precedenza esaminata e decisa con riferimento all'art. 91 legge fallimentare, osservando che la censura sollevata non comporta nella specie alcun ampliamento del tema proposto, essa ha, tuttavia, incidentalmente rilevato con un "obiter dictum":

- a) l'officiosità del fallimento, quale procedimento di interesse pubblico;
- b) la disparità di trattamento tra curatori ed anche "altri ausiliari" del giudice, oltre che la disparità di trattamento con gli avvocati e procuratori nominati dal giudice delegato nel fallimento privo di attivo;
- c) la violazione dell'articolo 36 della Costituzione.

Detto "obiter dictum" ebbe probabilmente un suo preciso significato: invitare il legislatore ad intervenire in materia.

2.3 La giurisprudenza della Corte di Cassazione

Vicina a questa ultima presa di posizione della Corte Costituzionale si presenta la motivazione della più recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione del 6 novembre 1999 n. 12349. Seppur chiamata a decidere sulla materia della revoca della sentenza

dichiarativa di fallimento, la Suprema Corte osserva, con affermazione che assume valenza di carattere generale, che: *”ove si tenga presente il carattere di officiosità della procedura fallimentare nella quale l'accertamento delle condizioni per la dichiarazione del fallimento si sottrae all'operatività del potere dispositivo delle parti (potendo gli estremi della indefettibile condizione di insolvenza essere esclusi non solo in reiezione dell'assunto del creditore istante, ma anche in dissenso dalla ammissione al riguardo proveniente dal debitore), ed ove si colga, correttamente, in tale peculiarità l'essenziale connotazione differenziale tra la procedura concorsuale e la procedura esecutiva singolare regolata dal codice di procedura civile, si possa e si debba pervenire, in assenza di estremi di responsabilità a carico del creditore istante, a porre a carico dell'Amministrazione dello Stato, quale titolare delle situazioni onerose connesse all'esplicazione di un'attività pubblicistica di organizzazione alla stessa obbligatoriamente incombente, non confondibile con l'esplicazione dell'attività giurisdizionale (che in altra forma e ad altri effetti pure si manifesta nella medesima sede processuale), il costo economico e, quindi, l'obbligo giuridico della corresponsione del compenso dovuto per legge e ritualmente determinato dagli organi competenti, al soggetto che ha prestato un “munus publicum”, da lui non declinabile se non nelle ipotesi rigorosamente previste dalla legge, quale organo della procedura svincolato da qualsivoglia rapporto di parte: in ciò ravvisandosi il titolo giuridico di una speciale obbligazione pecuniaria non espressamente contemplata nella normativa processuale ma agevolmente desumibile dai principi generali”*.

Il principio sopra espresso e l'obiter dictum della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale consentono – ora - ai giudici di orientarsi verso una nuova e diversa soluzione al problema in questione, soprattutto alla luce della novella legislativa.

2.4 Gli orientamenti della dottrina

Sul problema, la dottrina (*ex multis*: CESARIS F., MAZZOCCA D., GALLESIO PIUMA M.E., GRECO I.) ⁽⁵⁾ è stata sempre concorde nell'affermare, con forza, che appare

⁽⁵⁾ cfr.: CESARIS F., “Anticipazione delle spese dall'erario”, in (a cura di) PAJARDI P. e COLESANTI V., “Codice del Fallimento”, Giuffrè, 1997, pag. 552; MAZZOCCA D., “Gli organi: il giudice delegato, il curatore ed il comitato dei creditori”, in (a cura di) RAGUSA MAGGIORE G. e COSTA C. “Le procedure concorsuali. Il fallimento”, UTET, pag 498; GALLESIO PIUMA M.E., “Il curatore”, in (a cura di) PANZANI L. “Il fallimento e le altre procedure concorsuali”, UTET, pagg. 66-67; GRECO I., “Opinioni”, in Il Fallimento, 2 / 1990, p. 203

del tutto iniquo non assicurare un compenso al curatore in quei casi in cui le disponibilità non lo consentono.

Parte della dottrina sostiene che lo Stato dovrebbe farsi carico, in caso di fallimento negativo, del compenso del curatore (Pajardi, Bernoni, Bocchiola, Gocini) secondo un'esegesi evolutiva dell'articolo 91 legge fallimentare.

Altra parte della dottrina (Lo Cascio, 1978) ⁽⁶⁾, negando l'applicabilità diretta del citato articolo, ritiene che la soluzione vada ricercata ricorrendo ai principi generali dell'ordinamento, evidenziando che il fallimento adempie ad un'esigenza sociale del cui soddisfacimento lo Stato si è reso garante nei confronti dei cittadini al di là di quelli che possono essere gli interessi privatistici. In una tale visione, continua la citata dottrina, *"è possibile riconoscere un parallelismo con il procedimento penale, in relazione al quale non può ricorrere alcuna discriminazione, neppure per ciò che attiene agli oneri processuali che possono derivarne e dei quali quindi si deve far carico lo Stato, quando manchino altri soggetti cui si possa addebitarli"* ⁽⁷⁾.

Secondo un interessante contributo di Greco ⁽⁸⁾, è fuori discussione l'onerosità della prestazione eseguita dal curatore. Ciò, anche in virtù di quanto disposto dall'articolo 39 della legge fallimentare ⁽⁹⁾, che sancisce, come dovuto, il compenso al curatore. Egli *"nel momento in cui accetta l'incarico conferitogli dal tribunale fallimentare accetta (e soprattutto intende accettare) un incarico con corrispettivo, di guisa che le circostanze successive, che di quest'ultimo impediscano la corresponsione, lasciano inalterata la natura del negozio"*, pertanto, *"il fatto che il fallimento venga poi revocato senza colpa di alcuno o si chiuda con mancanza di attivo non sembra faccia mutare la natura della prestazione, la quale era e rimane a carattere oneroso"*. *"Sostenere il contrario"*, continua l'autore citato, *"come sembra si sostenga nella sentenza della Corte Costituzionale testé citata (n.d.r. - Corte Cost. Sent. 302/85), significa mutare, a causa dell'inadempimento di una obbligazione, la natura stessa del negozio cui l'obbligazione inerisce, negozio che si tramuterebbe da oneroso in gratuito"*. *"Il problema resta"*, ad avviso di Greco, *"con riferimento all'art. 3 della Costituzione e non in*

⁽⁶⁾ LO CASCIO, "La liquidazione del compenso del curatore fallimentare e del commissario giudiziale nelle procedure concorsuali", in *Quaderni di giur. comm.* n. 13, Milano, 1978, 19 ss.

⁽⁷⁾ GALLESIO PIUMA M.E., "Il curatore", in (a cura di) PANZANI L., "Il fallimento e le altre procedure concorsuali", UTET, pagg. 66-67.

⁽⁸⁾ GRECO I., "Opinioni", in *Il Fallimento*, 2 / 1990, p. 203

⁽⁹⁾ Il primo comma dell'articolo 39 della legge fallimentare stabilisce che *"il compenso e le spese dovuti al curatore, anche se il fallimento si chiude con concordato, sono liquidati ad istanza del curatore con decreto del tribunale non soggetto a reclamo, su relazione del giudice delegato, secondo le norme stabilite con decreto del Ministro per la grazia e giustizia"*.

relazione alla «obbligatorietà» della prestazione, che nella specie non sussiste, a differenza di quanto avviene per il perito, ex art. 314, quarto comma, codice di procedura penale (art. 221, n. 3, nuovo codice), bensì in relazione alla ingiustificata diversità di trattamento fra il curatore che svolga la sua prestazione in un fallimento con attivo sufficiente ed il curatore che esegua l'identica prestazione in un fallimento che si chiuda con mancanza di attivo. La prestazione è certamente identica ed il diverso trattamento non sembra trovare giustificazione”. “Né si dica che il compenso è subordinato alla condizione che sussista un attivo realizzato, poiché la realizzazione o meno dell'attivo costituisce fatto estraneo alla prestazione e, soprattutto, alla natura del negozio, e questa è una situazione in relazione alla quale lo Stato, che attraverso la nomina effettuata dal tribunale fallimentare ha assunto per così dire una diretta responsabilità nei confronti del curatore, non può rimanere inerte”.

3. Il nuovo quadro normativo di riferimento

Con il D.P.R. N° 115 del 30/05/2002: “**Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia**” sono state riunite e coordinate tutte le precedenti norme sulle spese di giustizia. In esso sono disciplinate: tutte le voci di spesa; il patrocinio a spese dello Stato; le procedure per il pagamento da parte dell'erario e dei privati; l'annotazione nei registri; la riscossione, compresa quella delle spese di mantenimento in istituto, delle pene pecuniarie, delle sanzioni amministrative pecuniarie inflitte agli enti, delle sanzioni pecuniarie processuali. La materia è comune al processo penale, civile, amministrativo, contabile e tributario, con differenziazioni di cui si è tenuto conto nel riunire e coordinare le norme.

Come la Relazione al Testo Unico specifica, l'intento del legislatore è stato quello di ordinare in modo organico un quadro normativo confuso e frammentato ⁽¹⁰⁾, disciplinando qualunque fattispecie verificabile in materia di spese di giustizia. In proposito, si rileva anche il chiarimento contenuto nel Preambolo del decreto in esame secondo cui “*con riferimento, infine alla mancanza di una norma di chiusura contenente disposizioni non inserite nel testo*

⁽¹⁰⁾ Come sottolinea la Relazione al Testo Unico, vi era “*confusa frammentazione del quadro normativo, tale da rendere difficile, a volte addirittura impossibile, all'operatore e all'interprete la ricostruzione del sistema e l'individuazione della disciplina applicabile alle singole fattispecie. Si ha di fronte, quindi, una situazione di disordine normativo che rende indispensabile la sistemazione organica in un testo unico per garantire la stessa effettività delle innovazioni che il legislatore ha introdotto via via, seppure in modo frammentario*”

unico che restano in vigore – eccettata dal Consiglio di Stato - si precisa che nel testo unico sono state inserite o espressamente richiamate tutte le norme relative alle spese di giustizia e, di conseguenza, tale norma (di chiusura - ndr) non è necessaria”.

Alla materia fallimentare si riferiscono gli articoli 299, 146 e 147 del DPR 115/2002.

L’articolo 299 ha espressamente abrogato gli articoli 21, terzo comma; 91; 133, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, c.d. “legge fallimentare”, a partire dal 1° luglio 2002 (data di entrata in vigore del Decreto stesso).

Le predette disposizioni sono state sostituite dagli articoli 146 e 147 del Testo Unico, collocati nella parte IV “Processi Particolari”.

L’art. 146, intitolato “Prenotazioni a debito, anticipazioni e recupero delle spese”, a differenza dell’abrogato articolo 91 della legge fallimentare, indica tassativamente, secondo uno schema chiuso di previsione, le ipotesi in cui le spese della procedura sono da prenotarsi a debito o da anticiparsi a cura dell’erario, disponendo che:

1. Nella procedura fallimentare, che e' la procedura dalla sentenza dichiarativa di fallimento alla chiusura, se tra i beni compresi nel fallimento non vi e' denaro per gli atti richiesti dalla legge, alcune spese sono prenotate a debito, altre sono anticipate dall'erario.

2. Sono spese prenotate a debito:

a) l'imposta di registro ai sensi dell'articolo 59, comma 1, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131;

b) l'imposta ipotecaria e l'imposta catastale ai sensi dell'articolo 16, comma 1, lettera e), del decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 347;

c) il contributo unificato;

d) i diritti di copia.

3. Sono spese anticipate dall'erario:

a) le spese di spedizione o l'indennità di trasferta degli ufficiali giudiziari per le notificazioni a richiesta d'ufficio;

b) le indennità e le spese di viaggio spettanti a magistrati e ad appartenenti agli uffici per il compimento di atti del processo fuori dalla sede in cui si svolge;

c) le spese ed onorari ad ausiliari del magistrato;

d) le spese per gli strumenti di pubblicità dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria.

4. Le spese prenotate a debito o anticipate sono recuperate, appena vi sono disponibilità liquide, sulle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo.

5. Il giudice delegato assicura il tempestivo recupero.

L'articolo 147, rubricato “recupero delle spese in caso di revoca del fallimento”, stabilisce che: *“in caso di revoca della dichiarazione di fallimento, le spese della procedura fallimentare e il compenso al curatore sono a carico del creditore istante, se condannato ai danni per aver chiesto la dichiarazione di fallimento con colpa; sono a carico del fallito persona fisica, se con il suo comportamento ha dato causa alla dichiarazione di fallimento”*.

4. L'art. 146 del Testo Unico – DPR 30/05/02 N° 115 - e la figura del curatore quale ausiliario del giudice delegato

Come sopra evidenziato, l'articolo 146 del Testo Unico include tra le spese anticipate dall'erario “le spese ed onorari ad ausiliari del magistrato”.

Con il presente scritto, che si propone di dimostrare che il curatore deve essere considerato un “ausiliario del magistrato”, va precisato quanto segue.

L'articolo 3 del DPR 115/2002 definisce al punto n) "ausiliario del magistrato": *il perito, il consulente tecnico, l'interprete, il traduttore e qualunque altro soggetto competente, in una determinata arte o professione o comunque idoneo al compimento di atti, che il magistrato o il funzionario addetto all'ufficio può nominare a norma di legge”*.

Non cita espressamente la figura del curatore, né la esclude.

La Relazione al Testo Unico osserva: *“Nell'ambito della previsione delle spese anticipate, non è stato previsto l'anticipo delle spese ai curatori, perché in contrasto con il d.m. 28/07/1992, n. 570, che, all'art. 4, prevede oltre all'acconto generale solo il rimborso.*

E' evidente che tale relazione considera il curatore quale soggetto al quale vanno “rimborsate” le spese da lui anticipate, ed autorizzate dal giudice, oltre a quelle generali in ragione del 5% sull'importo del compenso liquidato. Ciò, ai sensi del secondo comma dell'art. 4 del D.M. del 28/07/1992, N° 570, richiamato nella stessa relazione in commento.

La stessa relazione, con riferimento alla definizione di ausiliario del magistrato, così si esprime: *la lettera c) del comma 3, con la previsione degli ausiliari del magistrato, fa*

riferimento alla ipotesi del consulente per la stima dei beni e del coadiutore nelle operazioni manuali di inventario”.

Siffatta definizione sarebbe riduttiva e generica, se si dovesse ritenere che il curatore, come ogni altro “soggetto” nominato dal giudice, non appartenesse alla categoria degli ausiliari del magistrato.

Occorre, pertanto, una precisazione: l’enunciato scritto nella suddetta relazione : “*fa riferimento alle ipotesi*” del consulente tecnico e del coadiutore, deve intendersi: fa riferimento – a mo’ d’esempio – ai casi di nomina del consulente tecnico e del coadiutore manuale, ma non esclude (né lo poteva) gli altri disparati casi concreti, necessitati e/o opportuni del momento, come ad esempio: la nomina del traduttore, del custode dei beni che non possono materialmente essere detenuti dal curatore, dell’esperto di operazioni finanziarie, etc..

Ciò che è importante qui sottolineare è che nella relazione non si esclude, “*apertis verbis*”, il curatore tra i soggetti “ausiliari del magistrato”.

Se il relatore al Testo unico *de quo* lo avesse fatto, avrebbe sovvertito il concetto sulla reale figura del curatore fallimentare, inducendo dottrina e giurisprudenza a ripensare l’esegesi sulla natura e sulla funzione del curatore fallimentare.

Una interpretazione che nega la possibilità di considerare il curatore come “ausiliario del magistrato” condurrebbe “*per absurdum*” alla conseguenza che, in virtù dell’articolo 146 del Testo Unico, al curatore non competerebbe nemmeno il rimborso di quelle spese da lui anticipate ed autorizzate dal giudice delegato, che erano in precedenza liquidate a norma dell’articolo 91 della legge fallimentare, nonché dell’art. 4 del D.M. del 28/07/1992, N° 570.

Invero, se si dovesse ritenere che l’art. 146 del T.U. non prende in considerazione, né disciplina in alcun modo le spese anticipate dal curatore e l’onorario di lui, non si potrebbero applicare neppure le disposizioni di cui al D.M. 570/92, dato che tali disposizioni, avendo natura regolamentare, hanno bisogno per la loro applicazione del supporto della legge che le giustifichi. Del resto, sarebbe incomprensibile l’affermazione insita nella relazione al Testo unico, innanzi riportata, laddove si richiama l’art. 4 del D.M. 570 del 28/07/1992, che prevede il rimborso al curatore delle spese da lui sostenute ad autorizzate dal giudice delegato.

Ricorre, quindi, la necessità di esporre delle riflessioni come contributo alla tesi della qualifica del “*curatore fallimentare*”, quale “*ausiliario*” del Giudice, attesa la discussione sul punto, in relazione alla interpretazione dell’art. 3 del D.P.R. N° 115 del 30/05/2002, lett. n), collegata a quella del 2° comma, lett. c), dell’art. 146 della stessa legge.

Va premesso che il curatore fallimentare rientra nella categoria degli “*Amministratori Giudiziari*”, essendo stata tale qualificazione adottata dal legislatore sin dal 1942: ossia con il R.D. 16/03/1942 N° 267 (istitutivo della legge fallimentare) il quale, in virtù dell’art. 27, così stabiliva : “*Presso ogni Tribunale è istituito il ruolo degli amministratori giudiziari, fra i quali è scelto il curatore fallimentare*”.

Con la soppressione dei ruoli, in forza del D. Lgs. n. 153/46 (il quale ritenne che la nomina potesse cadere su professionisti – come avvocati e dottori commercialisti - iscritti nei rispettivi albi professionali) non poteva – come non può - ritenersi mutata la natura sociale, amministrativa e giuridica del curatore, quando fu definito “organo” (persona cui sono affidati compiti specifici nell’ambito di una organizzazione) del fallimento.

Ed invero, la dottrina e la giurisprudenza, anche della Suprema Corte di Cassazione, hanno attribuito risalto all’attività del curatore fallimentare per la delicatezza dei compiti amministrativi, giudiziari e tributari, tale da qualificarlo “organo” dell’Amministrazione fallimentare. Ma tale denominazione non esclude, **anzi, rafforza** il concetto che il curatore sia da considerarsi un amministratore di beni altrui e perciò “ausiliario” del Tribunale prima, e del Giudice Delegato poi.

Infatti, ad eccezione dell’attività di amministrazione ordinaria, sulla quale egli è tenuto a dare comunque contezza nella relazione mensile prevista dall’art. 33, ultimo comma, della legge fallimentare, ogni altra attività di natura patrimoniale non gli è consentita senza l’autorizzazione preventiva del Tribunale o del Giudice Delegato. Ciò induce a ritenere (per quasi unanime dottrina) che l’ Ufficio fallimentare, nelle sue essenziali funzioni di natura amministrativa, comprende 4 distinti “organi”:

- 1) il Tribunale (nella sua composizione collegiale);
- 2) il Giudice Delegato (membro del Collegio e da questo delegato);
- 3) il Curatore;
- 4) il Comitato dei creditori.

Il Tribunale è l’effettivo “titolare” della procedura esecutiva concorsuale, mentre **il Giudice Delegato** soprintende a tutte le concrete operazioni patrimoniali, avvalendosi dell’opera **del Curatore**, la cui attività “di amministrazione” dirige e controlla. **Il Comitato dei creditori** va sentito in ogni caso previsto dalla legge processuale, costituendo la sua funzione di controllo una più diretta e palmare tutela degli interessi della “massa”.

Nelle regole processuali civili (R.D. 28/10/40 N° 1443), il “custode” cui è attribuito il compito di conservare ed amministrare i beni pignorati o sequestrati; il “notaio” al quale il Giudice affida l’incarico di compiere determinati atti processuali di natura patrimoniale; ogni

“*persona*” tenuta ai compimenti di atti di natura patrimoniale, che il Giudice non è in grado di compiere da solo (artt. 65 e 68 c.p.c.); ogni “*soggetto*” investito dal Giudice dell’amministrazione di beni, anche immobili (artt. 591 e 592 c.p.c.), sono definiti “**Ausiliari**” del Giudice.

E’ evidente, quindi, che, per la legge civile, **il curatore fallimentare, che è amministratore giudiziario per eccellenza, è un importante ”ausiliario” del Giudice,** nel conservare, gestire e liquidare il patrimonio mobiliare ed immobiliare del fallito.

Il Testo Unico che raccoglie tutte le disposizioni legislative in materia di spese di giustizia, promulgato col D.P.R. 30/05/2002, N° 115, non poteva certo ignorare la “*figura*” del curatore fallimentare che include nell’enunciato “**ausiliario del magistrato**”, e la definisce come soggetto competente in una determinata professione che il magistrato può nominare a norma di legge.

Ciò si legge nella disposizione dell’art. 3, lett. n), del Testo Unico, là dove l’opportuna esegesi filologica (necessaria per l’adattamento di detta disposizione al processo civile) sostituisce alla parola “*magistrato*” quella di “*giudice*” e alla parola “*può*” la locuzione “*ha il potere*”.

In proposito, va osservato che se l’espressione “*il giudice può*”, secondo una interpretazione comunemente intesa, induce a ritenere insita in essa una facoltà per il giudice di compiere o meno l’atto giuridico del suo ufficio, non mancano casi di norme legislative, che, pur contenendo l’espressione “*il giudice può*”, vogliono significare solamente l’attribuzione della “*potestas*”: ossia “*il giudice ha il potere*”.

“Ex multis” si propongono due esempi:

1°) nell’art. 48 del codice civile, in tema di nomina del curatore allo scomparso, l’espressione “*il giudice può*” sta a significare che il giudice ha il “*potere di nominare*” un curatore allo scomparso, senza comprendere anche facoltà di scelta su “*se debba o meno*” procedere alla nomina;

2°) nell’art. 61 c.p.c., in tema di nomina del consulente tecnico, l’inciso “*quando è necessario*” esclude la facoltà di scelta del giudice: se c’è necessità, al giudice non resta che procedere alla nomina. Sicché la locuzione “*il giudice può farsi assistere*” sta a significare: “*il giudice ha il potere*” di farsi assistere ecc.. La conferma dell’esattezza di quanto detto proviene dallo stesso legislatore, il quale, all’art. 191 c.p.c., così si esprime: “*Nei casi di cui all’art. 61 e segg., il giudice nomina un consulente tecnico. Ciò, in buona sostanza, vuol dire: “quando v’è necessità, il giudice ha il potere di nominare e deve nominare il consulente”.*”

5. Conclusioni

Alla luce delle riflessioni e dei rilievi di politica legislativa emersi in giurisprudenza ed in dottrina nel lungo percorso di 50 anni di storia patria, alla stregua delle suesposte meditate considerazioni, deve ritenersi che il Legislatore attuale, nel disciplinare l'antica "*vexata questio*" (circa l'inclusione o meno delle spese e dell'onorario del curatore tra quelli da anticipare dall'Erario, nelle procedure concorsuali prive di danaro), ha ritenuto di darvi risposta positiva, per evidenti esigenze di giustizia sociale, tributaria e fiscale.

Tali esigenze del moderno Legislatore democratico vanno rinvenute - in parallelo - in tema di gratuito patrocinio, là dove, con l'art. 131, 4° co. del Testo Unico 115/02, ha sancito che le spese e gli onorari dovuti al difensore della parte ammessa al gratuito patrocinio sono anticipate dall'Erario.

In tal modo, si è corretto un antico orientamento giurisprudenziale, ingiusto ed ingiustificabile, quale era quello di addossare al professionista l'onere, che, per giustizia distributiva, andava - come ora va - posto a carico della collettività, trattandosi di attività professionale ed onerosa, prestata per un interesse pubblico.