



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

a.a. 2012/2013

ACCERTAMENTO DEL PASSIVO: DALLA DISCIPLINA DEL '42 ALLE NOVITÀ NORMATIVE

RELATORE

CH.MO PROF. ANNALISA LORENZETTO PESERICO

LAUREANDO

VALENTINA BERGAMIN

Alla mia famiglia

INDICE

Parte 1

Verso lo stato passivo

Capitolo 1

Gli adempimenti preliminari

1. La formazione degli elenchi ex art. 89 l.fall.pag. 3
2. L'avviso ai creditori e agli altri interessatipag. 6
3. La domanda di ammissione al passivopag. 16
4. (segue) Gli effetti della domanda di ammissione al passivopag. 33

Capitolo 2

Le attività del curatore e la loro funzione

1. La disciplina originaria.....pag. 41
2. L'esame delle domande tempestive e il progetto di stato passivopag. 42
3. I poteri del curatorepag. 44
4. (segue) La contestazione delle domande.....pag. 48
5. (segue) La c.d. revocatoria in via brevepag. 51
6. Il deposito del progetto di stato passivopag. 53
7. I poteri dei creditori e dei titolari di diritti sui beni a seguito del deposito del progetto di stato passivo.....pag. 58
8. Il regime probatorio delle domande di rivendica e restituzione.pag. 63

Capitolo 3

Il giudice delegato e l'udienza di discussione

1. L'udienza di discussionepag. 69
2. Le possibili decisioni del giudice delegato.....pag. 77
3. (segue) L'ammissione al passivo con riserva.....pag. 82
4. La formazione dello stato passivo e la sua esecutività.....pag. 93
5. L'efficacia del decreto e l'oggetto delle domandepag. 97
6. La previsione di insufficiente realizzopag. 107

Capitolo 4

Gli organi protagonisti dell'accertamento del passivo

1. Il rapporto tra curatore e giudice delegato nell'assetto originario della legge fallimentare e oggipag. 115
2. Il giudice delegatopag. 116
3. Il curatorepag. 118

Capitolo 5

Le domande tardive

1. Gli interventi legislativi subiti dall'art. 101 l.fall.....pag. 125
2. La nozione di domande tardive: termine iniziale e termine finale.....pag. 126
3. (segue) Le domande cc.dd. supertardive.....pag. 128
4. La legittimazione attiva.....pag. 131
5. Il procedimentopag. 133
6. Il trattamento giuridico.....pag. 137

Parte 2

Dallo stato passivo

Capitolo 6

Le impugnazioni

1. La comunicazione dell'esito del procedimento di accertamento del passivo.....pag. 141
2. La correzione degli errori materiali.....pag. 144
3. Le singole impugnazioni: premessapag. 147
4. L'opposizione.....pag. 150
5. L'impugnazione in senso strettopag. 152
6. La revocazionepag. 161
7. Il procedimentopag. 171

Bibliografiapag. 185

Parte 1

Verso lo stato passivo

Capitolo 1

Gli adempimenti preliminari

1. La formazione degli elenchi ex art. 89 l.fall.

L'art. 89 l.fall., sebbene non sia collocato nel Capo riguardante l'accertamento del passivo, bensì in quello precedente relativo alla custodia ed all'amministrazione delle attività fallimentari, disciplina una delle incombenze necessarie per poter procedere alla ricostruzione dello stato passivo¹, cioè la formazione degli elenchi dei creditori e dei titolari di diritti su beni mobili o immobili in possesso o nella disponibilità del fallito. Esso è stato modificato in un primo momento dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e successivamente dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169; le novità più importanti sono state, però, apportate dalla prima riforma, avendo il secondo decreto legislativo (detto “decreto correttivo”) modificato esclusivamente aspetti lessicali della norma: prima del 2006, essa tutelava solo i titolari di diritti reali su beni mobili in possesso del fallito, ma in via interpretativa si riteneva che anche i titolari di diritti personali fossero protetti dalla disposizione; ora l'art. 89 l.fall. e, prima ancora, l'art. 16 l.fall.², che regola il contenuto della sentenza dichiarativa di fallimento, menzionano espressamente i titolari di diritti personali, eliminando qualsiasi dubbio sorto al riguardo. La tutela è stata, inoltre, estesa ai diritti, reali o personali, sui beni immobili del fallito, anche se l'ambito di

¹ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, II, Torino, 2009, 992; FONTANA, *Commento agli artt. 84-90*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, 1380; BONFATTI, *L'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da Ragusa Maggiore e Costa, III, Torino, 1997, 15.

² Con la sentenza dichiarativa di fallimento il tribunale “assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito” (prima della riforma del 2006, “ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali mobiliari su cose in possesso del fallito”) un termine per la presentazione delle domande di ammissione al passivo ovvero di rivendicazione o restituzione dei beni (art. 16, n. 4 l.fall.).

applicazione più importante è ancora quello dei diritti sui beni mobili, dove attivarsi è un onere che serve ad evitare un acquisto a titolo originario in capo ad un altro soggetto.

Per quanto riguarda la disciplina, al primo comma il legislatore ha stabilito che il curatore deve compilare due elenchi: quello dei creditori, in cui vanno indicati i crediti e le eventuali prelazioni, e quello dei titolari di diritti reali e personali su beni mobili o immobili in possesso o nella disponibilità del fallito, in cui vanno indicati i relativi titoli³. Il curatore deve redigere i due elenchi valutando le scritture contabili del fallito e le altre notizie che riesce a raccogliere.

A mio parere, sul curatore grava questo dovere di compilazione degli elenchi in vista dell'invio ai creditori ed agli altri interessati dell'avviso di cui all'art. 92 l.fall., che è necessario per avvertirli della possibilità di presentare le domande che consentono loro di partecipare alla fase di accertamento del passivo⁴: così facendo, il curatore “si prepara il terreno” su cui poi dovrà lavorare, individuando i soggetti che possono partecipare a tale procedimento e che potrebbero essere ancora ignari dell'intervenuto fallimento del soggetto⁵.

La legge fallimentare, prevedendo prima la redazione degli elenchi e poi l'invio dell'avviso, impone al curatore di redigere sempre gli elenchi di cui all'art. 89 e non soltanto in certe circostanze; per questo motivo, la compilazione deve avvenire anche quando l'imprenditore che chiede il proprio fallimento abbia già depositato l'elenco nominativo dei creditori e di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso ex art.

³ Secondo PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 515 e LAMANNA, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006, 77-78, l'indicazione del titolo è necessaria anche per i crediti, nonostante l'art. 89 l.fall. ne faccia espresso riferimento soltanto per i diritti sui beni.

⁴ In adesione, MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, 484; ARMELI, *Sub art. 89*, in *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 64-123*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, 661, che parla di “base informativa provvisoria” predisposta al fine dell'invio della comunicazione di cui all'art. 92.

⁵ Anche LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 74 individua in queste vicende le ragioni che hanno indotto il legislatore a prevedere la fase di compilazione degli elenchi.

14 l.fall.⁶. In realtà, l'obbligo di redigere tali elenchi è spesso disatteso nella prassi, dal momento che i curatori omettono di formare gli elenchi di cui all'art. 89 e inviano direttamente la comunicazione prevista dall'art. 92, motivando tale mancanza nell'impossibilità di reperire le notizie necessarie dalle scritture contabili del fallito⁷. Trattandosi di atti interni alla procedura con funzione essenzialmente documentativa ed informativa e, quindi, privi di efficacia probatoria⁸, l'omissione di tale dovere non priva di tutela i soggetti interessati, che vengono in ogni caso notiziati della possibilità di presentare il ricorso. Infatti, il curatore deve procedere all'invio dell'avviso di cui all'art. 92 "senza indugio" e lo deve spedire a soggetti individuati in base alle medesime fonti dalle quali si devono trarre i nominativi da inserire negli elenchi (vedi *infra*). Il curatore deve in ogni caso identificare questi soggetti, sia che rediga gli elenchi, sia che non lo faccia, circostanza quest'ultima da valutarsi, a mio parere, sul piano della diligenza e della conseguente responsabilità della curatela, che certamente non porterà al risarcimento del danno perché l'interessato, avendo comunque ricevuto l'avviso, non è lesa nei suoi diritti e non subisce alcun danno, ma che può portare alla sostituzione del curatore che non abbia compilato gli elenchi per pura negligenza, visto che la legge gli impone di farlo.

Dopo aver redatto gli elenchi, il curatore deve depositarli in cancelleria, in modo che tutti i portatori di uno specifico e attuale interesse al riguardo possano prenderne visione ed estrarne copia, previa autorizzazione del giudice delegato; l'autorizzazione viene concessa dopo aver sentito il curatore (art. 90, comma 3). Bisogna chiedersi cosa accada nel caso il permesso venga negato, in particolare se l'interessato possa impugnare tale atto ex art. 26 l.fall., che disciplina il reclamo contro i provvedimenti del

⁶ ARMELI, *Sub art. 90*, cit., 666; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 74-75; BONFATTI, *L'accertamento del passivo*, cit., 15.

⁷ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 993.

⁸ ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 1380; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 81.

giudice delegato e del tribunale. Trattandosi di una fase preparatoria, mi sembra preferibile respingere tale soluzione, perché il soggetto, anche se pregiudicato in un primo momento dal diniego, sarà comunque notiziato della sua condizione di creditore o di titolare di diritti, se ne ha i requisiti. Inoltre, anche in mancanza di tale comunicazione, non subisce alcun pregiudizio perché può presentare domanda in via tardiva e dimostrare la causa non imputabile del ritardo, ottenendo lo stesso trattamento giuridico riservato al ricorrente tempestivo (vedi *infra*).

Infine, si ritiene in dottrina che dopo il deposito il curatore possa modificare gli elenchi se viene a conoscenza di altri nominativi, purché non sia ancora scaduto il termine per l'invio dell'avviso di cui all'art. 92⁹: a mio avviso, non è strettamente necessario che gli elenchi vengano integrati con i nuovi nominativi se c'è stata la spedizione della comunicazione, dal momento che i primi vengono redatti ai fini di quest'ultima; il curatore, se vuole, può farlo, ma in caso contrario, non viene in considerazione il profilo della sua responsabilità, giacché la legge non prevede alcun dovere di integrazione degli elenchi. C'è, però, un'ipotesi in cui ritengo che questa regola non valga e sia obbligatoria la modifica degli elenchi: quando c'è stata una cessione del credito ovvero un pagamento con surrogazione dopo la redazione di essi, perché, anche se il credito rimane lo stesso, cambia la persona del creditore. Il curatore dovrà, quindi, aggiornare le liste con i nuovi nominativi, in modo che l'avviso venga inviato agli attuali creditori.

2. L'avviso ai creditori e agli altri interessati

Il curatore, dopo aver compilato gli elenchi di cui all'art. 89, deve inviare ai creditori e agli altri interessati l'avviso previsto dall'art. 92 l.fall. A tal riguardo, la Corte di Cassazione ha in passato affermato che si tratta di un atto dovuto con mera funzione di *provocatio ad agendum* verso coloro che

⁹ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 82.

risultino creditori in base alle scritture contabili del fallito¹⁰: essi vengono così a conoscenza della procedura fallimentare e possono far valere i loro diritti nel concorso. La Corte ha, infatti, rilevato che, inviando tale comunicazione, il curatore non esprime alcun giudizio preventivo sulla fondatezza di una futura richiesta di ammissione al passivo, giudizio riservato alla successiva fase di verifica, e non si pone nemmeno l'interrogativo se il credito sia o meno prescritto poiché il creditore potrebbe in seguito dimostrare l'esistenza di atti interruttivi della prescrizione non ricavabili dal semplice esame delle scritture contabili¹¹.

Per quanto riguarda i soggetti destinatari di tale avviso, l'art. 92 originariamente faceva riferimento ai creditori e agli interessati compresi negli elenchi di cui all'art. 89; a seguito del d.lgs. 5/2006, il legislatore ha, invece, previsto che la comunicazione debba essere data ai creditori e ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito, individuati in base alle scritture contabili dell'imprenditore e ad altre fonti di informazione. È stato, quindi, tolto il riferimento agli elenchi dell'art. 89 e questo sorprende se si pensa che il motivo per cui tali elenchi vengono redatti – si è visto – è l'invio dell'avviso in oggetto¹². In base alla nuova norma il curatore dovrebbe, quindi, ricavare i nominativi non dagli elenchi, ma dalle medesime fonti che hanno fatto da base per la compilazione degli stessi. Secondo un'opinione dottrinale, le ragioni di questa modifica devono essere collegate alla responsabilità del curatore, che non deve trarre i nominativi unicamente dagli elenchi, ma li deve ricercare in qualsiasi fonte di informazione utile a tal proposito (nozione in cui rientrano sicuramente anche le liste dei creditori e dei

¹⁰ Nonostante l'ipotesi non sia stata presa in considerazione dalla Corte di Cassazione nel caso specifico, si deve ritenere che l'avviso abbia la medesima funzione per i terzi titolari di diritti.

¹¹ Cass., 3 luglio 1996, n. 6083, in *Rep. giur. it.*, 1996, voce *Fallimento*, 562.

¹² ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 212.

titolari di diritti¹³); in questo modo si potrebbero evitare alcune situazioni problematiche createsi in passato nell'ipotesi di omissione dell'avviso e conseguente domanda tardiva di un interessato o, nel peggiore dei casi, di tutti gli interessati, dovendo il curatore usare la massima diligenza nel ricercare i soggetti a cui inviare questa comunicazione¹⁴. Un altro autore ha, invece, affermato che le cose non sono sostanzialmente cambiate e che l'ipotesi di spedizione dell'avviso a soggetti diversi da quelli presenti nell'elenco è "abbastanza inverosimile", essendo identici vari elementi degli artt. 89 e 92 l.fall., ossia le fonti di informazione e i destinatari della comunicazione, ed essendo gli elenchi atti interni, modificabili fino alla spedizione dell'avviso ex art. 92¹⁵. A mio avviso, la questione non dovrebbe nemmeno porsi dal momento che, come abbiamo visto, la fase di redazione degli elenchi è una fase preparatoria rispetto al procedimento di accertamento del passivo ed *in primis* rispetto all'invio dell'avviso di cui all'art. 92: il soggetto che forma gli elenchi e che spedisce la comunicazione è sempre il curatore, che procede al primo incombenza per conoscere la situazione che dovrà esaminare ed i soggetti con i quali dovrà rapportarsi. La modifica intervenuta nell'art. 92 sembra deporre, a prima vista, in senso contrario a quanto appena detto, avendo eliminato il riferimento agli elenchi; tuttavia, a ben guardare, le cose non sono cambiate rispetto al passato, avendo il legislatore voluto sottolineare soltanto che il curatore non è vincolato agli elenchi e può inviare la comunicazione anche a soggetti i cui nominativi non sono stati inseriti nelle liste, perché scoperti dopo la redazione di esse. La curatela potrà eventualmente integrare gli elenchi con tali nominativi, ma – si è visto – non è strettamente necessario, non avendo il legislatore previsto alcun dovere di integrazione.

Per quanto riguarda il problema della responsabilità del curatore che non ha

¹³ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 995.

¹⁴ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 93-95.

¹⁵ BOZZA, *Commento agli artt. 92-97*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, cit., 1395-1396.

inviato l'avviso ad alcuni o a tutti gli interessati, questi soggetti possono comunque presentare la propria domanda in via tardiva ex art. 101 l.fall. entro il termine di dodici mesi (o diciotto mesi, in caso di particolare complessità della procedura) dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo ovvero anche oltre questo termine, fino all'esaurimento delle ripartizioni dell'attivo, se provano che il ritardo è dipeso da causa non imputabile. In entrambe le ipotesi, se viene dimostrata la non imputabilità del ritardo, i creditori concorrono alle ripartizioni come se avessero proposto ricorso tempestivo e i terzi titolari di diritti possono chiedere la sospensione dell'attività di liquidazione del bene fino all'accertamento del diritto. Salve le ipotesi in cui le operazioni di ripartizione dell'attivo siano già terminate o il bene sia già stato venduto ed il soggetto non possa ottenerne la restituzione, il soggetto non subisce alcun pregiudizio potendo partecipare al procedimento al pari di un ricorrente tempestivo e non ha diritto al risarcimento del danno, che è inesistente. Tuttavia, a mio avviso, il curatore deve essere considerato responsabile sotto il profilo della diligenza richiestagli in quanto organo della procedura e potrà, quindi, essere revocato dall'incarico con decreto del tribunale, emesso su proposta del giudice delegato oppure su richiesta del comitato dei creditori ovvero d'ufficio (art. 37 l.fall.).

Con la legge delega n. 80 del 2005 il legislatore aveva previsto che si dovessero abbreviare i tempi della procedura di accertamento del passivo e semplificare le modalità di presentazione delle domande di ammissione: per tale motivo con il d.lgs. 5/2006 si era previsto che la comunicazione dell'avviso fosse data, senza indugio, a mezzo posta presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore oppure a mezzo telefax o posta elettronica. Oggi, con l'art. 17, primo comma del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221¹⁶, si è

¹⁶ La nuova disciplina si applica dalla data di entrata in vigore della legge di conversione (19 dicembre 2012) anche alle procedure di fallimento pendenti, rispetto alle quali, alla

compiuto un ulteriore passo verso la speditezza e la semplificazione di tale fase della procedura: la comunicazione deve essere inviata senza indugio all'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) risultante dal registro delle imprese o dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti¹⁷ e, nel solo caso in cui da queste banche dati non risulti l'indirizzo PEC, l'avviso va spedito con lettera raccomandata o telefax.

Per ciò che concerne il termine, il legislatore non dà un'indicazione precisa, ma stabilisce genericamente che il curatore deve inviare l'avviso «senza indugio», conclusione a cui si era giunti già prima del 2006, dal momento che il curatore è un organo pubblico e deve operare, in quanto tale, con la diligenza che la legge gli impone¹⁸; il curatore dovrà, quindi, inviare l'avviso prima della scadenza del termine perentorio, fissato dalla sentenza dichiarativa di fallimento, per la presentazione tempestiva della domanda di ammissione e comunque non a ridosso di esso perché gli interessati devono avere a disposizione il tempo necessario per presentare le loro domande¹⁹. Nell'ipotesi in cui la curatela scopra un nuovo soggetto da avvisare il

medesima data, non è ancora stata effettuata la comunicazione dell'avviso ex art. 92 l.fall.; viceversa, nelle ipotesi in cui tale comunicazione sia già stata eseguita, la nuova disciplina si applica a decorrere dal 31 ottobre 2013. In quest'ultimo caso, il curatore deve fornire ai creditori e ai terzi titolari di diritti sui beni il proprio indirizzo di posta elettronica certificata entro il 30 giugno 2013 e invitarli a comunicare l'indirizzo PEC al quale ricevere le comunicazioni relative alla procedura entro tre mesi, con l'avvertimento che qualsiasi variazione dell'indirizzo va manifestata al curatore e che, se l'indicazione dell'indirizzo non viene fornita, le comunicazioni saranno eseguite soltanto mediante deposito in cancelleria.

¹⁷ L'istituzione dell'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC) delle imprese e dei professionisti, presso il Ministero per lo sviluppo economico, è stata prevista dall'art. 5 del d.l. 179/2012 per “favorire la presentazione di istanze, dichiarazioni e dati, nonché lo scambio di informazioni e documenti tra la pubblica amministrazione e le imprese e i professionisti in modalità telematica”.

Il 9 aprile 2013 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il decreto del Ministero dello sviluppo economico che stabilisce le modalità di realizzazione e gestione operativa dell'INI-PEC (Decreto Ministero dello Sviluppo Economico del 19/03/2013).

¹⁸ BOZZA, *Il procedimento di accertamento del passivo iter processuale*, in *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, di Bozza e Schiavon, Milano, 1992, 68.

¹⁹ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 996; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 210.

giorno prima della scadenza del termine perentorio per la proposizione del ricorso, potrebbe accadere che, nonostante la trasmissione dell'avviso mediante posta elettronica certificata o telefax, strumenti che permettono la ricezione immediata della comunicazione, l'interessato non ne venga subito a conoscenza ovvero, in caso contrario, non sia in grado di presentare il ricorso nei termini. In tal caso ritengo che sia, comunque, dovere del curatore inviare l'avviso il prima possibile, per evitare la revoca dall'incarico ex art. 37 l.fall.²⁰, ma che il soggetto interessato possa presentare il ricorso tardivamente ex art. 101, facendo valere la causa non imputabile del ritardo, se non aveva conosciuto in altro modo l'esistenza del procedimento di accertamento del passivo del suo debitore.

Per ciò che concerne, invece, le modalità di comunicazione, la lettera raccomandata, che era l'unico mezzo previsto fino al 2006 e poi quello principale, è divenuta obsoleta agli occhi del legislatore e, perciò, utilizzabile solo quando non si conosce l'indirizzo PEC del destinatario. È stata eliminata la possibilità di usare anche la lettera semplice, strumento che non dà al curatore la prova del ricevimento dell'avviso da parte degli interessati, prova che serve al curatore per dimostrare di aver usato la massima diligenza ed ai creditori o ai titolari di diritti per dimostrare che la tardività della domanda non è a loro imputabile²¹. Il medesimo problema sorge nell'ipotesi in cui l'avviso sia spedito mediante telefax perché questo consente la prova della spedizione, ma non della ricezione²² e non si capisce come mai il legislatore abbia mantenuto la possibilità di ricorrere a questo mezzo, anche se è ipotizzabile che la scelta sia dipesa da esigenze di

²⁰ Se il curatore usa la massima diligenza e scopre un nuovo soggetto interessato all'ultimo momento utile, non può essere considerato responsabile e revocato dall'incarico, anche se, a mio parere, dovrà avvisarlo il prima possibile cosicché possa presentare ricorso tardivo al più presto; soltanto se non si comporta in tal modo, lo si deve considerare negligente ai fini della revoca.

²¹ In adesione, ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 210, che però prende in considerazione l'utilità della prova del ricevimento soltanto dal punto di vista del curatore.

²² SALETTI, *La formazione dello stato passivo: un tema in evoluzione*, in *Giur. it.*, 2006, I, 431.

celerità (il curatore potrebbe, infatti, venire a conoscenza del nominativo dell'interessato, del quale non possiede l'indirizzo PEC, troppo tardi per poter inviare la lettera raccomandata).

Si ha, invece, la prova del ricevimento se si ricorre allo strumento della posta elettronica certificata²³ o della raccomandata²⁴.

Bisogna ora chiedersi se il soggetto, nel dimostrare la non imputabilità del ricorso tardivo, debba fare riferimento al momento dell'invio ovvero del ricevimento dell'avviso: dalla considerazione per cui la domanda deve essere presentata non appena l'interessato viene a conoscenza della procedura di accertamento del passivo, indipendentemente dal ricevimento della comunicazione, si può dedurre che si deve guardare al momento in cui il soggetto scopre il procedimento. Dunque, se il curatore invia l'avviso prima della scadenza del termine per proporre il ricorso tempestivo, ma il soggetto lo riceve dopo, potrà dimostrare la causa non imputabile del ritardo, perché a questo fine rileva il momento del ricevimento della comunicazione e della conoscenza effettiva della procedura. A mio avviso, la questione si pone oggi solo nell'ipotesi di spedizione mediante lettera raccomandata, perché la PEC ed il telefax assicurano la ricezione immediata della comunicazione. Tuttavia, se il soggetto non controlla la casella PEC o il fax ovvero non ritira subito la raccomandata, deve dimostrare la non imputabilità del ritardo secondo i criteri ordinari (ad esempio, provando che si trovava all'estero oppure che la casella PEC non funzionava a causa di un problema dovuto al gestore del sistema), non potendo ascrivere, in tal caso, la tardività del ricorso al mancato avviso nei termini.

²³ La posta elettronica certificata è il sistema di posta elettronica nel quale è fornita al mittente una documentazione elettronica che attesta l'invio e la consegna di documenti informatici (art. 1, D.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68).

²⁴ In ogni caso, secondo Cass., 8 novembre 2012, n. 19387 e Trib. Milano, 3 dicembre 2012, entrambe in *www.leggiditalia.it*, non vale come prova del ricevimento il foglio stampato dal servizio on line delle Poste Italiane che indica la data di consegna della raccomandata al destinatario poiché solo l'avviso cartaceo recante il timbro postale fa fede della consegna reale.

Diversamente, per quanto riguarda la responsabilità-diligenza del curatore, si deve guardare al momento dell'invio della comunicazione.

Con riguardo ai mezzi di trasmissione dell'avviso, un problema che si poneva in passato e che si pone ancor oggi riguarda la comunicazione per pubblici proclami e cioè la possibilità o meno di un'interpretazione analogica o estensiva dell'art. 126 l.fall. Ci si chiedeva se si potesse far ricorso alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale o in altri giornali a larga diffusione nel caso di notevole difficoltà a procedere alla comunicazione individuale per l'elevato numero di destinatari. In passato si escludeva questa eventualità perché si diceva che tutto questo si traduceva in un inutile duplicato della pubblicità della sentenza di fallimento²⁵; oggi, nonostante la questione si ponga solo in termini di pubblicazione in giornali a larga diffusione, essendo stato espunto dall'art. 126 il riferimento alla G.U., la soluzione deve, comunque, essere negativa. Infatti, a seguito della semplificazione delle modalità di pubblicazione della sentenza di fallimento, che avviene ormai mediante iscrizione nel registro delle imprese (art. 17, secondo comma), non avrebbe senso ricorrere ad una pubblicazione meno efficace e non facilmente accessibile²⁶. Inoltre, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 179/2012, lo strumento principale di comunicazione è divenuto la PEC e questo semplifica di molto le cose, grazie alla possibilità di inviare contemporaneamente a tutti la medesima comunicazione-mail.

L'art. 92 prevede che la comunicazione dell'avviso tramite lettera raccomandata o fax avvenga presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore o dei terzi titolari di diritti, dati che devono essere ricavati dalle scritture del fallito o da altre fonti d'informazione; se la sede dell'impresa è di solito facilmente individuabile, lo stesso non vale per la residenza, che

²⁵ BOZZA, *Il procedimento di accertamento del passivo iter processuale*, cit., 66-67.

²⁶ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 98; BOZZA, *Commento*, cit., 1397; in senso contrario DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 994.

potrebbe essere sconosciuta al curatore, il quale sarebbe costretto a fare proprie ricerche anagrafiche nell'ipotesi in cui debba avvisare un soggetto non imprenditore²⁷. Nonostante sia ormai un'ipotesi remota, perché nella maggior parte dei casi l'invio dell'avviso avverrà tramite PEC, il curatore dovrà comunque indagare sulla residenza degli interessati usando la massima diligenza e facendo tutto il possibile per informarli dell'avvio del procedimento e dei loro poteri al riguardo; eventualmente, potrà pure spedire l'avviso in un luogo diverso dalla residenza, ma in cui è certo che il soggetto riceverà la comunicazione. Tuttavia, nel caso in cui non riesca ad individuare alcun recapito nonostante le ricerche, potrà non notificare l'avviso, senza il rischio di essere revocato dall'incarico ex art. 37 l.fall., avendo usato la massima diligenza.

Il secondo comma dell'art. 92 prevede poi che, se il creditore ha sede o risiede all'estero, la comunicazione può essere effettuata al suo rappresentante in Italia, se esistente (si può ritenere applicabile questa disposizione anche al terzo titolare di diritti, nonostante il silenzio della norma). Oggi la disposizione non prende più in considerazione il caso in cui manchi il rappresentante poiché il curatore può decidere se inviare la comunicazione direttamente all'interessato o al suo rappresentante in Italia; viceversa, l'originario art. 92 l.fall. prevedeva che, se i soggetti non fossero stati residenti nel territorio dello Stato, l'avviso doveva essere inviato al loro rappresentante in Italia e, solo in mancanza di quest'ultimo, spedito personalmente ai primi, con facoltà per il giudice di prorogare, se necessario, il termine di presentazione delle domande²⁸.

Con riferimento all'avviso di cui all'art. 92, rimangono ancora due aspetti

²⁷ BOZZA, *Commento*, cit., 1398.

²⁸ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 996 e BOZZA, *Commento*, cit., 1399 ritengono che il primo comma dell'art. 92 (trasmissione presso la sede o la residenza – estere – del soggetto interessato) fissi la disciplina generale e il secondo comma (trasmissione al rappresentante in Italia) preveda un'eccezione ad essa; in tal modo si arriva alla conclusione che a tutti i casi che non rientrano nell'eccezione, cioè quando manca un rappresentante, si deve applicare la regola del primo comma.

da trattare: il contenuto che deve avere e le conseguenze della sua omissione.

Riguardo il primo, la disposizione stabilisce che l'avviso deve contenere:

- l'avvertenza che i soggetti interessati possono partecipare al concorso presentando domanda ai sensi dell'art. 93;
- la data dell'udienza di esame dello stato passivo e quella entro la quale vanno presentate le domande di insinuazione;
- ogni utile informazione per agevolare la presentazione delle domande (questo punto non era previsto prima del 2006, anche se nella prassi alcuni curatori erano soliti fornire indicazioni utili a facilitare la partecipazione al concorso²⁹);
- l'indirizzo PEC del curatore. Con il d.l. 179/2012 il legislatore ha stabilito che devono essere specificate le conseguenze dell'omessa indicazione dell'indirizzo PEC nei casi previsti dalla legge ovvero della mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario (art. 31-bis, comma 2 l.fall.) e deve essere segnalato l'onere di comunicare al curatore l'eventuale variazione dell'indirizzo PEC.

Infine, l'omissione dell'avviso non determina alcuna nullità del procedimento, ma permette all'interessato che abbia proposto tardivamente la domanda di far valere la non imputabilità del ritardo e di partecipare, quindi, alle ripartizioni alla stregua di un interessato tempestivo (art. 112 l.fall.). Se, però, il ritardo viene imputato al soggetto, nonostante la mancata spedizione dell'avviso, ciò significa che egli era comunque venuto a conoscenza del procedimento e poteva presentare ricorso tempestivamente. Inoltre, il curatore non potrà essere considerato responsabile nell'ipotesi in cui, usando la massima diligenza, non abbia individuato quel soggetto, perché soltanto in caso di negligenza può essere considerato tale e revocato

²⁹ BOZZA, *Commento*, cit., 1400.

dall'incarico. Non rileva, infine, il profilo del risarcimento del danno poiché il soggetto che dimostri la non imputabilità del ritardo non subisce alcun trattamento deteriore rispetto al ricorrente tempestivo; e anche nel caso in cui, pur provando la negligenza del curatore, non riesca a dimostrare la non imputabilità poiché aveva conosciuto in altro modo il procedimento, non avrà diritto ad alcun risarcimento, perché il danno è in parte dipeso pure da lui che poteva presentare tempestivamente la domanda e non l'ha fatto.

3. La domanda di ammissione al passivo

Si è detto che la sentenza dichiarativa di fallimento e l'avviso spedito dal curatore ai creditori e agli altri interessati devono contenere l'indicazione della data entro cui presentare le domande: il riferimento è alle domande di ammissione di un credito e di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, dette anche domande di insinuazione e regolate dagli artt. 93 e 94 l.fall. Esse hanno due finalità processuali: *a)* danno inizio al procedimento giurisdizionale per l'accertamento del passivo, in quanto atti introduttivi di quest'ultimo; *b)* legittimano la partecipazione dei creditori e degli altri interessati alla fase esecutiva – satisfattiva³⁰.

Dalla prima si comprende come, anche nell'ambito di questa procedura, valga il c.d. *principio della domanda*, tipico del processo civile di cognizione: il giudice fallimentare non può pronunciarsi d'ufficio sull'esistenza dei diritti di credito o dei diritti reali o personali su beni mobili o immobili, ma solo su domanda di parte (art. 99 c.p.c.). La validità di questo principio in sede di accertamento del passivo è avallata dalla disposizione dell'art. 118 l.fall., che prevede la chiusura della procedura fallimentare nel caso in cui non vengano presentate domande di insinuazione³¹.

³⁰ RUSSO, *L'accertamento del passivo nel fallimento*, Milano, 1995, 230-231.

³¹ Va sottolineato che il *principio della domanda* è valido in ogni caso, cioè anche con

L'art. 93 l.fall. è stato modificato dal d.lgs. 5/2006 e oggi disciplina – si è visto – sia le domande di ammissione di un credito sia quelle di rivendicazione e restituzione; prima del 2006 queste domande erano disciplinate da due norme distinte: le prime dallo stesso art. 93 e le seconde dall'art. 103, che richiamava gli artt. 93-102. Si tratta, quindi, di una semplice unificazione formale poiché la disciplina era la medesima anche prima della riforma.

La domanda di ammissione al passivo va proposta con ricorso, che, fino all'entrata in vigore della l. 221/2012 (legge di conversione del d.l. 179/2012), andava depositato presso la cancelleria del tribunale e che ora va, invece, trasmesso all'indirizzo PEC del curatore indicato nell'avviso spedito ex art. 92 l.fall. Il ricorso informatico deve essere sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale e formato rispettando le regole tecniche poste dal Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e successive modifiche)³². Nell'ipotesi in cui il ricorso non sia sottoscritto con firma digitale, esso può essere creato e sottoscritto su carta e poi scannerizzato, realizzando così in un secondo momento il formato digitale; inoltre, se il ricorrente non ha un proprio indirizzo PEC, può servirsi dell'indirizzo PEC di un altro soggetto, come quello di un professionista o di un'associazione sindacale o di categoria³³. La riforma

riferimento ai ricorsi dei terzi titolari di diritti: il dubbio potrebbe sorgere dal fatto che l'art. 118 l.fall., riferendosi soltanto alle domande di ammissione, implica che il procedimento non si chiuda nel caso di mancata proposizione di domande di rivendica o di restituzione. Tuttavia, anche in tali ipotesi si deve applicare il principio della domanda poiché siamo di fronte a vere e proprie domande giudiziali proposte in un procedimento avente natura giurisdizionale. L'argomentazione concernente l'art. 118 l.fall. è stata richiamata solamente come ulteriore conferma della validità della regola processuale in questione relativamente ai diritti di credito.

³² In particolare vanno rispettati gli artt. 21, comma 2 e 22, comma 3 che rimandano all'art. 71 C.A.D., che prevede l'adozione di regole tecniche mediante “decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro delegato per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con i Ministri competenti, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, ed il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, previa acquisizione obbligatoria del parere tecnico di DigitPA”.

³³ FONTANA, *Ammissione al passivo solo in modalità telematica*, in *I nuovi fallimenti* -

del 2012, richiedendo la trasmissione della domanda mediante PEC, ha confermato che il ricorso deve avere forma scritta e non può essere proposto oralmente in udienza, conclusione cui si era giunti in via interpretativa anche in precedenza³⁴.

Per quanto riguarda il termine di presentazione della domanda, l'art. 93 stabilisce che il ricorso va proposto almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata ex art. 16, n. 4 l.fall. per l'esame dello stato passivo. Fino alla riforma del 2006, questo termine era considerato ordinario poiché si riteneva che il momento ultimo di proposizione della domanda fosse l'adunanza per l'esame dello stato passivo³⁵, dove il ricorso poteva essere presentato anche oralmente; oggi appare, invece, come un termine perentorio, perché così è stato espressamente stabilito dal legislatore del 2006 all'art. 16, n. 5; tuttavia il mancato rispetto di esso non rende la domanda inammissibile, bensì tardiva ex art. 101 l.fall. La perentorietà del termine è stata stabilita per un'esigenza di maggiore concentrazione nella formazione dello stato passivo, cosicché i soggetti legittimati non presentino ricorso all'ultimo momento e gli organi della procedura (in particolare il curatore, che deve inserire le sue conclusioni nel progetto) possano conoscere anticipatamente il numero delle domande ed esaminarle³⁶.

Il secondo comma dell'art. 93 stabilisce che il ricorso può essere sottoscritto “anche personalmente dalla parte”, per cui non è obbligatorio il patrocinio del difensore nella sede che stiamo esaminando; viene, infatti, lasciata al ricorrente la facoltà di scegliere se farsi assistere da un avvocato,

Le guide del sole, supplemento a *Il Sole 24 ore*, n. 352, 21 dicembre 2012, 28.

³⁴ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 998 faceva derivare il requisito della forma scritta dalla richiesta di deposito in cancelleria della domanda e dalle modalità di trasmissione della domanda (spedizione in forma telematica o con altri mezzi di trasmissione, purché ci fosse la prova della ricezione), incompatibili con la forma orale.

³⁵ Trib. Roma, 3 giugno 1996, in *Giur. merito*, 1997, 993-994; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, 555.

³⁶ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1001; BOZZA, *Commento*, cit., 1405.

nel qual caso il ricorso dovrà essere sottoscritto da quest'ultimo, ovvero se agire da solo, sottoscrivendo personalmente la domanda. Nell'uno e nell'altro caso, se manca la sottoscrizione rispettivamente del difensore o della parte, il ricorso è affetto da nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice³⁷.

La proposizione personale del ricorso, senza il ministero del difensore, è facilitata oggi dalla disposizione, inserita con la riforma del 2006, che impone al curatore di indicare nell'avviso di cui all'art. 92 "ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda". Di conseguenza, essendo l'assistenza del difensore facoltativa ed essendo l'interessato agevolato nel proporre il ricorso senza il patrocinio di un legale, se si avvale comunque di un avvocato non potrà essergli riconosciuto alcun rimborso dei diritti ed onorari di questo³⁸.

Per quanto riguarda la legittimazione attiva, la legge fallimentare stabilisce che i creditori possono proporre la domanda di ammissione al passivo e i titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito possono proporre le domande di rivendicazione o di restituzione. Dall'art. 111 l.fall., che dispone l'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, si può dedurre quali siano i creditori legittimati, perché se essi trovano soddisfazione nella distribuzione dell'attivo significa che sono stati ammessi al passivo e, quindi, che hanno proposto una domanda in tal senso. Pertanto, i creditori legittimati possono essere sia chirografari sia assistiti da cause di prelazione, ma possono pure essere creditori prededucibili, cioè soggetti che fanno valere un credito che in base ad una specifica disposizione di legge deve essere pagato in

³⁷ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 111-112.

³⁸ Cass., 30 gennaio 1979, n. 661, in *Fallimento*, 1979, 432; in dottrina DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 999. In senso contrario, PELLEGRINO, *I giudizi di accertamento del passivo nel fallimento*, Milano, 2006, 162 e, in giurisprudenza, Trib. Messina, 2 febbraio 2005, in *Fallimento*, 2005, 569-570, limitatamente al caso in cui "il ricorso al professionista sia stato necessario in considerazione della natura tecnica delle questioni da trattare".

prededuzione ovvero che è sorto in occasione o in funzione delle procedure concorsuali regolate dalla legge fallimentare (art. 111, comma 2 l.fall.). Rientra in tale ultima categoria anche il debito di massa, cioè il debito assunto direttamente dall'ufficio fallimentare³⁹: se esso è stato contestato in quanto non assunto direttamente dagli organi del fallimento, deve essere fatto valere in sede di accertamento del passivo da chi lo vanta, perché deve essere assicurato il contraddittorio con tutti gli altri creditori⁴⁰.

Può presentare domanda di ammissione al passivo pure il terzo nei cui confronti il debitore aveva adempiuto l'obbligazione, estinguendo il debito, quando l'adempimento è stato in un secondo momento dichiarato inefficace a causa del fallimento del debitore e della conseguente azione revocatoria ordinaria proposta dal curatore (artt. 66-67 l.fall.); questo soggetto torna ad essere creditore del fallito, non avendo ancora trovato soddisfazione, e può, quindi, presentare la domanda di ammissione al passivo⁴¹.

Tra i soggetti che si ritiene abbiano la legittimazione attiva viene ricompreso anche chi agisce in via surrogatoria ex art. 2900 c.c., essendo creditore di un creditore del fallito, quando ricorrono i presupposti sanciti dalla disciplina civilistica⁴². Un parte della dottrina⁴³ ha avanzato dei dubbi sulla possibilità che si verifichi uno dei presupposti dell'azione surrogatoria, ossia l'inerzia del debitore: secondo tale orientamento, il creditore che agisce in tal modo potrebbe presentare soltanto una domanda

³⁹ D'ARGENTO, *La tutela giurisdizionale dei crediti prededucibili*, in www.ilfallimento.it/tesiricerche.

⁴⁰ Cass., 7 settembre 2005, n. 17839, in www.ilcaso.it; in dottrina, LO CASCIO, *L'accertamento del passivo nel fallimento: lineamenti generali*, in *Fallimento*, 2011, 1023.

⁴¹ In adesione, LO CASCIO, *L'accertamento del passivo*, cit., 1023; Trib. Genova, 14 luglio 1992, in *Fallimento*, 1993, 101 e ss.

⁴² Cass., 24 febbraio 1997, n. 1647, in *Rep. giur. it.*, 1997, voce *Responsabilità patrimoniale*, 2.

⁴³ TRISORIO LIUZZI, *La domanda di ammissione del credito*, in *Fallimento*, 2011, 1035-1036; FABIANI, *L'accertamento dello stato passivo. La formazione dello stato passivo: i principi e la domanda*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, 2010, 336, che sottolinea che la nuova struttura del procedimento non agevola la partecipazione del creditore inerte.

tardiva, una volta certo che il suo debitore non si sia attivato tempestivamente. Si deve, tuttavia, concordare con quella parte della dottrina⁴⁴ che ritiene, invece, sempre ammissibile la domanda in via surrogatoria fino al momento in cui il debitore rimane inerte; nel caso di una successiva attivazione del debitore, che presenta anche lui una domanda tempestiva, la domanda del creditore che ha agito in via surrogatoria verrà dichiarata inammissibile dal giudice delegato in sede di decisione, per carenza di legittimazione.

Infine, un'ulteriore ipotesi di legittimazione è stata prevista dal legislatore all'ottavo comma dell'art. 93, che prevede che il ricorso possa essere presentato dal rappresentante comune degli obbligazionisti ex art. 2418, comma 2 c.c., anche per singoli gruppi di creditori, portatori di un comune interesse⁴⁵. In quest'ultimo caso, la nomina del rappresentante non impedisce che la domanda sia proposta individualmente dall'interessato, come precisato dall'art. 2419 c.c.

Circa il contenuto della domanda di insinuazione, l'art. 93, terzo comma disciplina puntualmente quale deve essere quello minimo:

1) indicazione della procedura cui si intende partecipare e generalità del creditore o, anche se non espressamente previsto, di qualsiasi altro legittimato che presenti ricorso. Riguardo alla procedura non sorgono particolari problemi, dovendosi indicare il fallimento cui inerisce il passivo di cui si chiede l'ammissione; circa le generalità, prima della riforma del 2012, si riteneva fosse necessario indicare la residenza o il domicilio⁴⁶, altrimenti risultava impossibile inviare le varie comunicazioni visto che la notifica in cancelleria poteva avvenire

⁴⁴ BOZZA, *Commento*, cit., 1408; NARDONE, *Commento agli artt. 93-97*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, II, Torino, 2010, 1199.

⁴⁵ PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 531.

⁴⁶ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 214; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 157; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1002.

soltanto dopo l'avvenuto deposito dello stato passivo esecutivo⁴⁷. Oggi, invece, si può ritenere non necessaria tale informazione, giacché le notifiche si eseguono all'indirizzo PEC che deve essere necessariamente inserito nel ricorso (vedi *infra*). Se non si seguisse quest'ultima tesi, nel caso non fossero indicati o fossero incerti il domicilio o la residenza, la domanda dovrebbe essere dichiarata inammissibile, con inutile e grave pregiudizio per l'interessato che abbia diligentemente inserito gli altri contenuti nel ricorso: nelle generalità rientrano, quindi, necessariamente cognome e nome o ragione sociale dell'istante ed eventualmente residenza, domicilio o sede dell'impresa;

- 2) determinazione della somma di cui si chiede l'insinuazione al passivo o descrizione del bene oggetto della richiesta di restituzione o rivendicazione (c.d. *petitum mediato*, ossia il "bene della vita" conseguibile dal processo⁴⁸). Vale anche in questa sede il c.d. *principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, per cui il provvedimento finale non potrà avere ad oggetto una somma o un bene di valore superiore, altrimenti sarà viziato di ultrapetizione ex art. 112 c.p.c.⁴⁹. A tal riguardo, l'oggetto dovrà essere determinato o determinabile (l'oggetto è determinabile quando sono state almeno indicate le modalità per poter procedere alla sua determinazione) e dovranno essere indicati gli eventuali interessi relativi ai debiti di valuta, cioè ai debiti che hanno ad oggetto un importo nominale di denaro e che hanno un fondamento autonomo rispetto all'obbligazione pecuniaria cui accedono; non sarà necessario, invece, chiedere gli interessi relativi a debiti di valore, essendo questi già ricompresi nella somma inizialmente

⁴⁷ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 214.

⁴⁸ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 63.

⁴⁹ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1002; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 116; Cass., 20 marzo 1972, n. 843, in *Dir. Fall.*, 1972, II, 410-411.

richiesta e potendo il giudice attribuirli anche d'ufficio⁵⁰;

- 3) esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda (c.d. *causa petendi*, ossia il fatto giuridico e la fattispecie che fondano il diritto o il potere fatto valere con la domanda⁵¹). La legge precisa che l'indicazione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere deve essere sintetica, ma questo non esclude che l'esposizione debba essere chiara, precisa ed esaustiva e che si debbano individuare le norme su cui si fonda la domanda⁵².

Nel processo civile di cognizione, con riguardo al titolo, si è soliti distinguere tra diritti auto-determinati ed etero-determinati: i primi si individuano a prescindere dal titolo e dal fatto acquisitivo; i secondi esigono, invece, l'indicazione di questi elementi per la loro identificazione⁵³. Si pensi, come esempio delle prime ipotesi, al diritto di proprietà su un determinato bene: quando affermo di essere proprietario del bene X non è necessario che specifichi se lo sono per un contratto di compravendita ovvero per usucapione ovvero ancora per una successione *mortis causa*, perché faccio riferimento ad un bene determinato e specifico; infatti, quando una di queste fattispecie si è verificata a mio favore, non si possono più verificare le altre perché sono già divenuto proprietario⁵⁴. Si pensi, invece, come esempio delle seconde, al diritto di credito: io potrei avere più crediti nei confronti del medesimo soggetto X

⁵⁰ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 117-118; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 530. In giurisprudenza, Cass. 8 aprile 2004, n. 6939, in *Massim. Giur. it.*, 2004; App. Bologna, 4 marzo 1995, in *Rep. giur. it.*, 1995, voce *Interessi*, 7. Non fa, invece, alcuna distinzione tra debiti di valuta e di valore BOZZA, *Il procedimento di accertamento del passivo iter processuale*, cit., 76.

⁵¹ ATTARDI, *Diritto processuale civile. Parte generale*, Padova, 1999, 130.

⁵² TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, I, Torino, 2009, 900-901.

⁵³ CONSOLO, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Verona, 2008, 241; ATTARDI, *Diritto*, cit., 134.

⁵⁴ Se si vogliono far valere più fatti giuridici a fondamento di un diritto autodeterminato, come il diritto di proprietà, lo si può fare soltanto in via subordinata, per cui se io dico di essere proprietario per usucapione, ma il giudice lo esclude, tale organo potrà prendere in considerazione l'altra fattispecie che ho dedotto in via subordinata e riconoscere in capo a me la proprietà in base ad essa. Si veda, a tal proposito, ATTARDI, *Diritto*, cit., 131.

aventi ad oggetto una uguale somma di denaro Y, crediti sorti da fatti acquisitivi diversi (ad esempio, uno è nato a seguito di un contratto di compravendita o di mutuo e l'altro è dovuto a titolo di risarcimento del danno): essendo molteplici le fattispecie costitutive possibili, c'è l'esigenza di specificare quale sia il credito in questione, precisando la fattispecie in base alla quale è sorto il diritto.

La distinzione, se vale con riferimento ai diritti, non è accettabile sul piano delle domande perché il titolo vale sempre come elemento per la loro identificazione ex artt. 163 e 164 c.p.c.⁵⁵. Nonostante un'opinione dottrinale ritenga che la ripartizione tra diritti auto ed etero determinati non rilevi in sede di processo fallimentare perché qui sia l'omissione sia l'assoluta incertezza del titolo (e non solo la mancanza di esso, come previsto dal c.p.c.) comportano l'inammissibilità della domanda d'insinuazione⁵⁶, si deve ritenere che anche qui valga la tesi summenzionata perché siamo di fronte ad un procedimento giurisdizionale, avente natura speciale e sommaria, che si svolge di fronte ad un giudice terzo ed imparziale ed al quale si devono, quindi, applicare i principi generali del processo civile di cognizione. Con specifico riferimento al ricorso introduttivo, l'art. 94 l.fall. prevede che la domanda di ammissione al passivo ovvero di rivendica o restituzione di un bene produca i medesimi effetti della domanda giudiziale proposta nel processo civile di cognizione: ciò significa che la domanda presentata ex art. 93 è "una vera e propria domanda giudiziale e non una semplice istanza rivolta al giudice delegato"⁵⁷. Se così è, ad essa devono essere applicate le medesime considerazioni che valgono in sede ordinaria, tra cui l'affermazione in base alla quale la distinzione tra diritti auto ed etero

⁵⁵ ATTARDI, *Diritto*, cit., 134.

⁵⁶ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 132-133; ritiene, invece, che valgano le stesse conclusioni del processo civile FABIANI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 337.

⁵⁷ TRISORIO LIUZZI, *La domanda di ammissione*, cit., 1036.

determinati è utile sul piano generale della classificazione dei diritti, ma non vale con riguardo alle domande perché, anche in questa sede, la legge fallimentare specifica che è doverosa l'indicazione della *causa petendi*: tutti i ricorsi, aventi ad oggetto diritti auto-determinati, ma anche etero-determinati, devono precisare qual è il fatto acquisitivo, essendo altrimenti la domanda inammissibile indipendentemente dalla circostanza che esso manchi o sia incerto.

Come si è visto, infatti, l'art. 93, comma 4 l.fall. sancisce l'inammissibilità del ricorso se uno dei requisiti di cui ai n.º 1, 2 o 3 sia omesso o assolutamente incerto, diversamente dall'art. 164, comma 4 c.p.c. che prevede in tali casi la nullità dell'atto di citazione, sanabile *ex tunc* o *ex nunc* a seconda che si tratti di vizi della *vocatio in ius* (attinente ai requisiti che consentono di instaurare il contraddittorio e di difendersi davanti al giudice) o della *editio actionis* (attinente ai requisiti che consentono l'individuazione dell'oggetto della controversia)⁵⁸. L'inammissibilità della domanda può essere rilevata anche d'ufficio e comporta una pronuncia di mero rito, per cui il soggetto interessato potrà riproporre la domanda, come precisato dall'art. 96, primo comma l.fall., anche se la domanda sarà necessariamente tardiva⁵⁹.

Se è certo che possa essere ripresentata la domanda a seguito della dichiarazione d'inammissibilità, perché è la stessa legge fallimentare a stabilirlo, bisogna, però, chiedersi se il soggetto possa ripresentare la domanda prima di tale pronuncia, una volta accortosi del vizio dell'atto. Secondo una parte della dottrina, dovrebbe essere riconosciuta al ricorrente la possibilità di emendare *ex post* i vizi scoperti prima della declaratoria di inammissibilità, sul modello di quanto stabilito in sede di processo ordinario di cognizione dall'art. 164 c.p.c., che prevede sempre

⁵⁸ CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 11-12.

⁵⁹ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 215; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1007.

la sanatoria del vizio o la rinnovazione dell'atto nullo. Si è, infatti, affermato che mentre in quest'ultimo caso l'atto è formato da un legale, la domanda di insinuazione potrebbe essere stata redatta personalmente dall'interessato senza l'ausilio di un avvocato esperto della materia ed è, quindi, maggiormente esposta a errori. Per questa ragione, dovrebbe essere riconosciuta al soggetto la facoltà di riparare il vizio fino all'udienza di formazione del passivo⁶⁰.

In realtà, abbiamo visto che le conseguenze stabilite dagli artt. 93 l.fall. e 164 c.p.c. sono diverse, essendo in un caso sancita l'inammissibilità e nell'altro la nullità del ricorso; inoltre, l'art. 164 c.p.c. prevede sì la facoltà di sanatoria o di rinnovazione dell'atto, ma su impulso del giudice: nella sede che stiamo esaminando non è possibile questo impulso del giudice delegato prima dell'udienza di verifica dello stato passivo, dal momento che quest'organo compare nella scena per la prima volta proprio in tale udienza.

È, dunque, preferibile, al pari di quanto è ammesso nel processo di cognizione⁶¹, consentire al soggetto di ripresentare la domanda esente da vizi: sicuramente questo può avvenire entro il termine perentorio di trenta giorni anteriori all'udienza, ma bisogna chiedersi se la "correzione" così proposta possa avvenire anche in un momento successivo, senza che la domanda sia considerata tardiva. A mio avviso, la soluzione deve essere diversa a seconda del motivo di inammissibilità, perché deve essere sempre assicurato il contraddittorio con gli altri ricorrenti.

Se il vizio riguarda l'indicazione della procedura o le generalità del

⁶⁰ BOZZA, *Commento*, cit., 1414-1415; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1006-1007. In senso contrario, perché escludono qualsiasi possibilità di sanatoria, FABIANI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 340; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 115.

⁶¹ MANDRIOLI, CARRATTA, *Il processo di cognizione*, in *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2012, 24; FIORUCCI, *L'atto di citazione. Requisiti e cause di nullità*, Milano, 2011, 141.

ricorrente, la domanda con l'esatta indicazione di queste può essere ripresentata fino all'udienza di verifica dello stato passivo, perché si tratta di meri vizi procedurali che non intaccano il contraddittorio con gli altri soggetti, visto che il credito o il bene è stato correttamente individuato.

Diversa è l'ipotesi in cui con la riproposizione del ricorso si modifica il bene o la somma di cui si chiede l'accertamento. Se ho sbagliato ad indicare il bene, posso riproporre la domanda soltanto in via tardiva, domanda che potrà essere accertata perché, essendo il bene diverso, non c'è l'ostacolo del giudicato formatosi con il provvedimento di rigetto della domanda tempestiva. Nel caso di modifica della somma pretesa, invece, bisogna distinguere a seconda che la somma richiesta successivamente sia inferiore ovvero superiore: se chiedo meno, posso ripresentare la domanda fino all'udienza perché gli altri soggetti ne possono trarre solo beneficio; se chiedo di più, vado a ledere gli altri soggetti, che non possono più contraddire sulla mia domanda, essendo oggi il contraddittorio assicurato nei trenta giorni anteriori all'adunanza. In quest'ultima ipotesi, deve, quindi, escludersi la possibilità di riproposizione del ricorso dopo la scadenza del termine perentorio di trenta giorni, ma anche la facoltà di presentare una domanda tardiva, perché questa incontra il limite del giudicato formatosi sul provvedimento con cui il giudice ha deciso sulla domanda tempestiva (provvedimento che può essere sia di rigetto sia di accoglimento, in quanto il giudicato copre il dedotto ed il deducibile).

Infine, l'inammissibilità potrebbe essere dovuta ad un vizio della *causa petendi*: rileva qui la distinzione tra diritti auto-determinati e diritti etero-determinati perché il titolo, solo se non è rilevante per l'identificazione del diritto, può essere modificato fino all'udienza, senza alcuna lesione del contraddittorio. Se, invece, il ricorrente modifica il titolo di un diritto etero-determinato, la domanda deve essere considerata nuova e su di essa

deve essere assicurato il contraddittorio; sarà, quindi, necessario proporre il ricorso in via tardiva.

Nelle ipotesi in cui si ammette la riproposizione del ricorso, prima della scadenza del termine perentorio ovvero fino all'udienza (ma non durante la stessa, visto che il contraddittorio tra curatore e ricorrenti si svolge anteriormente ad essa, dopo la riforma del 2012), le due domande, quella sbagliata e quella corretta, devono essere riunite dal giudice delegato ex art. 273 c.p.c., in quanto vertenti sulla stessa causa. Dal momento che esse non si fondono tra loro, il giudice deve esaminarle entrambe, partendo innanzitutto da quella corretta: se la accoglie, la prima viene dichiarata assorbita; se la rigetta o la dichiara inammissibile, passa ad esaminare la seconda, che probabilmente sarà a sua volta dichiarata inammissibile o rigettata, visto che era già stata ritenuta viziata dal ricorrente;

- 4) indicazione del titolo di prelazione e descrizione del bene su cui essa viene esercitata (è da sottolineare come con il decreto legislativo correttivo 169/2007 sia stata eliminata l'indicazione della graduazione del credito, inserita con il d.lgs. 5/2006, perché questa discende direttamente dalla legge e va effettuata al momento del riparto del passivo⁶²). La descrizione del bene è richiesta solamente quando la prelazione ha carattere speciale, cioè quando si esercita su determinati beni mobili o immobili e non su tutti i beni del debitore (art. 2746 c.c.), ed era ritenuta essenziale anche prima del 2006, quando la legge non ne faceva espressa menzione, riferendosi solo alle "ragioni di prelazione"⁶³. Si deve ritenere che non sia necessaria un'esatta individuazione del bene, ma che sia sufficiente l'indicazione delle "componenti essenziali, di fatto e di diritto" così come previsto dalla Suprema Corte ancor prima della

⁶² *Relazione al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.*

⁶³ Cass., 20 marzo 1972, n. 843, in *Dir. Fall.*, 1972, II, 411.

riforma del 2006⁶⁴; se fosse seguita la soluzione opposta, un tal compito sarebbe eccessivamente gravoso per il creditore, che in alcuni casi si vedrebbe costretto ad esaminare l'inventario, con il rischio di divenire creditore chirografario se il bene non è stato individuato correttamente⁶⁵. Quest'ultima è, infatti, la sanzione prevista per il caso in cui il titolo della prelazione e la descrizione del bene siano omessi o assolutamente incerti, conseguenza ricavabile dall'art. 93, quarto comma. La disposizione parla, è vero, di «requisito» al singolare; si ritiene, tuttavia, che sia un errore lessicale sfuggito al legislatore e che la norma si applichi a tutte le ipotesi in cui i due elementi del n. 4 siano viziati⁶⁶.

Se il credito degrada a chirografo, il creditore non potrà far valere la prelazione in via tardiva perché si è formato un giudicato interno sul provvedimento, che copre il dedotto e il deducibile⁶⁷; a mio avviso, non può nemmeno ripresentare il ricorso una volta accortosi dell'errore, a meno che non sia ancora scaduto il termine per proporlo in via tempestiva, nel qual caso le due domande verranno riunite ex art. 273 c.p.c.: se si permettesse al creditore di far valere le ragioni di prelazione fino all'udienza di verifica, gli si consentirebbe di chiedere un qualcosa di più, ipotesi che – si è visto – deve essere respinta perché non garantisce il contraddittorio degli altri ricorrenti. Si potrebbe, infine, ipotizzare che il creditore impugni la decisione sul punto, ma lo si esclude in quanto è la legge ad aver stabilito dei requisiti che non sono stati rispettati a causa dell'inerzia dell'interessato⁶⁸ (a meno che questo

⁶⁴ Cass. 14 gennaio 2004, n. 334, in *Rep. giur. it.*, 2004, voce *Fallimento*, 125; Cass., 3 dicembre 1996, n. 10786, in *Fallimento*, 1997, 1073-1074.

⁶⁵ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 215; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1005; in senso contrario, PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 531 e FABIANI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 336, che ritengono necessaria una precisa descrizione del bene.

⁶⁶ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1006; BOZZA, *Commento*, cit., 1413.

⁶⁷ PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 531.

⁶⁸ PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 531; diversamente, FABIANI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 341 ritiene possibile l'impugnazione quando “il

riesca a provare che la mancata indicazione del titolo e della descrizione del bene siano dovute ad un fatto a lui non imputabile).

L'indicazione di cui al n. 4 dell'art. 93, comma 3 l.fall. è eventuale, come precisato dalla stessa disposizione: se un creditore non la inserisce nella domanda, significa che non ha ragioni di prelazione da far valere (oppure, ma l'ipotesi è remota, non le vuole far valere) e il credito deve essere considerato chirografo. Viceversa, se il credito è gravato da pegno o ipoteca ovvero è privilegiato, il creditore deve necessariamente inserire questo contenuto nel ricorso, pena il verificarsi delle conseguenze già viste. Anche con riguardo alle ragioni di prelazione vale, infatti, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, per cui in assenza di una domanda di parte il giudice non può attribuire il privilegio d'ufficio (art. 112 c.p.c.)⁶⁹;

5) indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata dove ricevere le comunicazioni. Fino al 2012 era prevista l'indicazione del domicilio eletto o, alternativamente, del numero di telefax o dell'indirizzo di posta elettronica: se in passato la ricezione delle comunicazioni tramite e-mail era una facoltà, oggi è divenuta l'unica possibilità poiché la recente riforma ha esteso la giustizia digitale anche ai momenti più importanti della procedura fallimentare, compreso quello dell'accertamento dello stato passivo, per esigenze di rapidità, semplificazione e contenimento dei costi⁷⁰, sulla scia di quanto già iniziato con la riforma del 2006.

Se non viene indicato l'indirizzo PEC o la variazione di esso (la norma precisa che è onere dell'interessato comunicare l'eventuale cambiamento dell'indirizzo PEC) ovvero se non avviene la consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario, si applica

giudice delegato ha ritenuto non proposta la collocazione privilegiata del credito”.

⁶⁹ In adesione, LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 133.

⁷⁰ GRAZIANO, *Un 2012 ricco di riforme che facilitano la gestione*, in *Come gestire le aziende in crisi – le norme e le sentenze*, in *Le Guide+*, supplemento a *Il Sole 24 ore*, dicembre 2012, 11.

la disciplina generale prevista dal nuovo art. 31-bis l.fall., che prevede il deposito in cancelleria delle comunicazioni senza avviso all'interessato; trattandosi, infatti, di una sanzione per un vizio di procedura ascrivibile al soggetto, sarà a carico di quest'ultimo l'onere di informarsi circa l'eventuale presenza di atti in cancelleria. La sanzione è sostanzialmente la medesima che era prevista in passato, anche se in quest'ultimo caso solo le comunicazioni successive all'esecutività dello stato passivo erano effettuate in cancelleria, mentre le altre continuavano a essere inviate alla sede o al domicilio indicati nel ricorso⁷¹; oggi per tutte le comunicazioni, per quelle precedenti al decreto che rende esecutivo lo stato passivo e così pure per lo stesso, vale la disposizione che stabilisce che esse vengano depositate in cancelleria se ricorre una delle situazioni viste.

In aggiunta al contenuto necessario appena illustrato, la domanda di ammissione al passivo può avere anche un contenuto eventuale:

- 1) se si tratta di una domanda di restituzione o rivendicazione, il terzo può chiedere la sospensione della liquidazione dei beni oggetto della domanda, disposizione utile visto che, dopo la riforma del 2006, la liquidazione dell'attivo può iniziare anche prima che sia formato lo stato passivo (art. 93, comma 7 l.fall.);
- 2) i creditori possono dare la loro disponibilità a divenire membri del comitato dei creditori o indicare i soggetti aventi i requisiti per parteciparvi (art. 40 l.fall.);
- 3) i creditori possono chiedere di partecipare alla ripartizione delle somme non rimosse dagli aventi diritto per irreperibilità o altri motivi (art. 117, ultimo comma l.fall.).⁷²

Per quanto riguarda l'onere della prova del diritto che si fa valere con la domanda di ammissione al passivo, l'art. 93, sesto comma stabilisce che i documenti dimostrativi di tale diritto devono essere allegati al ricorso,

⁷¹ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 216.

⁷² NARDONE, *Commento*, cit., 1207-1208; BOZZA, *Commento*, cit., 1412.

disposizione confermata anche dal recente decreto legge che ha puntualizzato che il ricorso è trasmesso all'indirizzo PEC del curatore, "unitamente ai documenti". Inoltre, il legislatore ha previsto che l'originale del titolo di credito allegato al ricorso deve essere depositato presso la cancelleria del tribunale (art. 93, comma 2, ultimo periodo l.fall., aggiunto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228).

Inizialmente, con il d.lgs. 5/2006, si era previsto, al settimo comma, un termine decadenziale per la presentazione dei documenti: essi o venivano allegati al ricorso o dovevano essere depositati entro il termine di quindici giorni antecedenti l'udienza di esame dello stato passivo. Con il decreto correttivo n. 169 del 2007 il legislatore ha abrogato questo comma e ha disposto, all'art. 95, secondo comma, che gli interessati possono presentare documenti integrativi fino alla data dell'udienza. Oggi, tale disposizione è stata ulteriormente modificata poiché il d.l. 179/2012 ha fissato un diverso termine: i documenti integrativi possono essere presentati fino a cinque giorni prima dell'udienza, termine peraltro non perentorio, ma solo ordinatorio, giacché la legge non si esprime nel primo senso⁷³; si ritiene, quindi, che essi possano essere depositati fino all'udienza di verifica e anche durante questa.

La legge fallimentare parla di "documenti" e si deve ritenere che il riferimento sia alla prova documentale come disciplinata dal codice civile agli artt. 2699 e ss.; non sono, però, escluse le prove costituenti visto che l'art. 95, terzo comma prevede che le parti, durante l'udienza, possano richiedere atti di istruzione compatibilmente con le esigenze di speditezza del procedimento: potrà, quindi, essere presentata qualsiasi prova preconstituita o richiesta qualsiasi prova costituenda nel rispetto dei principi generali stabiliti in materia dai codici civile e di procedura civile⁷⁴, sebbene

⁷³ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 392.

⁷⁴ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1012-1013.

la prova documentale rimanga quella principale⁷⁵. Per questo motivo vale anche in questa sede il principio dispositivo di cui all'art. 115 c.p.c.: chi fa valere un diritto deve dare la prova dei fatti che ne costituiscono il fondamento (art. 2697 c.c.) ed il giudice, contrariamente a quanto avveniva prima della riforma del 2006, quando l'art. 95 l.fall. gli consentiva di assumere le opportune informazioni, oggi non può porre a fondamento della decisione prove che non siano state richieste delle parti, se non nei casi previsti espressamente dalla legge⁷⁶.

La parte interessata, oltre a presentare le prove a fondamento della sua pretesa, può anche chiedere al giudice che i titoli al portatore o all'ordine presentati siano restituiti dal cancelliere con l'annotazione dell'avvenuta domanda di ammissione al passivo (art. 93, comma 9 l.fall.).

4. (segue) Gli effetti della domanda di ammissione al passivo

L'art. 94 l.fall. si occupa degli effetti della domanda di ammissione al passivo, prevedendo che essa produca le medesime conseguenze della domanda giudiziale per tutto il corso del fallimento. La norma è stata modificata dal d.lgs. 5/2006, che, per evitare ulteriori incertezze interpretative, ha abrogato il disposto che statuiva che la domanda “impedisce la decadenza dei termini per gli atti che non possono compiersi durante il fallimento”, allineandosi così a quanto era già pacifico in giurisprudenza⁷⁷.

Tuttavia, la situazione non è sostanzialmente cambiata perché la norma fa ora un generico riferimento agli effetti della domanda del processo civile,

⁷⁵ BOZZA, *Commento*, cit., 1416; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1013.

⁷⁶ Così, DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1008-1009; NARDONE, *Commento*, cit., 1213 ritiene, invece, che il curatore debba sopperire alla mancanza di prova causata dalla “dinamica dei rapporti” o da “una particolare prassi generalizzata dell'impresa fallita” e non dalla negligenza del ricorrente.

⁷⁷ *Relazione al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.*

ponendo il medesimo problema che sorgeva anche prima: bisogna cercare di capire, infatti, se tutte le conseguenze si estendano alla domanda di insinuazione o se valgano in questa sede solo alcune di esse.

Per procedere alla soluzione del problema, si devono prendere in considerazione i singoli effetti, distinguendoli innanzitutto nelle due tradizionali macro categorie: effetti processuali ed effetti sostanziali. I primi, essendo determinati dalla pendenza della lite, si spiegano nel processo⁷⁸ e sono:

- a) il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), che – si è visto – si estende alla verifica del passivo;
- b) la litispendenza (in senso stretto), ossia la situazione che si viene a creare quando la stessa causa è proposta davanti a giudici appartenenti a uffici giudiziari diversi. Nel processo civile il giudice successivamente adito deve dichiarare con ordinanza la litispendenza e disporre la cancellazione della causa dal ruolo (art. 39, comma 1 c.p.c.); viceversa, in sede di accertamento del passivo difficilmente si verifica tale situazione poiché con la sentenza dichiarativa di fallimento il tribunale nomina il giudice delegato (art. 16 l.fall.) e nell’avviso ai creditori il curatore dà “ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda”⁷⁹;
- c) l’effetto attrattivo di cause in rapporto di continenza, situazione che si crea quando due cause vengono proposte di fronte a due giudici, uno dei quali è competente anche per l’altra (art. 39, comma 2 c.p.c.), o in rapporto di connessione, per cui cause proposte di fronte a giudici diversi possono essere decise in un solo processo (art. 40 c.p.c.), effetto privo di significato nella fase di accertamento del passivo⁸⁰;

⁷⁸ CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, II, 1, Torino, 1980, 282.

⁷⁹ Ritengono che non si estenda questo effetto: MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari dei terzi*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, a cura di Tedeschi, II, Torino, 1996, 729; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve*, cit., 515; BONFATTI, *L'accertamento del passivo*, cit., 37.

⁸⁰ MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve*, cit., 515; BONFATTI, *L'accertamento del*

- d) la *perpetuatio iurisdictionis*, in base alla quale, con riferimento alla competenza e alla giurisdizione, non rilevano i mutamenti della legge o dello stato di fatto successivi alla proposizione della domanda (art. 5 c.p.c.). Non ha senso estendere questo principio in sede fallimentare, perché – si è visto – il giudice delegato deve essere nominato e la nomina avviene con la sentenza dichiarativa di fallimento, che è precedente alla proposizione della domanda⁸¹;
- e) la successione a titolo particolare nel diritto controverso ex art. 111 c.p.c., per il quale la causa prosegue tra le parti originarie anche quando si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi successivamente alla proposizione della domanda. Potendosi verificare la medesima situazione in sede di accertamento del passivo, si ritiene applicabile la stessa disciplina, che fa comunque salvo il diritto d'intervento del cessionario⁸². In particolare, questa considerazione richiede delle specificazioni con riguardo alla cessione del credito o al pagamento con surrogazione, in base al momento in cui esse intervengono. Abbiamo già visto che se la successione avviene prima dell'invio dell'avviso di cui all'art. 92 l.fall., ma dopo la redazione degli elenchi di cui all'art. 89, il curatore deve necessariamente procedere alla modifica di questi e inviare l'avviso al nuovo creditore⁸³. Il problema si pone quando la successione è posta in essere dopo la spedizione dell'avviso e la conseguente proposizione della domanda da parte del creditore originario: la legge fallimentare prevede espressamente, all'art. 115, comma 2, che se ciò avviene dopo l'emanazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo e prima

passivo, cit., 37; MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo*, cit., 729 ritiene che l'effetto attrattivo in questione possa avere rilevanza solo con riguardo alla domanda introduttiva di una delle fasi eventuali della verifica, a cognizione piena ed esauriente.

⁸¹ Ritengono che non si estenda questo effetto: MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo*, cit., 729; BONFATTI, *L'accertamento del passivo*, cit., 37.

⁸² Cass., 26 luglio 1966, n. 2072, in *Dir. Fall.*, 1967, II, 29; RAGUSA MAGGIORE, *Passivo (accertamento)*, in *Enc. dir.*, 1982, XXXII, 185.

⁸³ Se la successione a titolo particolare avviene prima della redazione degli elenchi, non si pongono problemi perché il curatore indica direttamente il nuovo soggetto nelle liste.

della ripartizione dell'attivo, il curatore deve attribuire le quote di riparto ai cessionari (o terzi nella surrogazione). Nulla, invece, è disposto per quanto riguarda la cessione o la surrogazione che sia posta in essere prima del decreto di esecutività: se il curatore non ne viene informato, non sorge alcuna questione ed il decreto farà riferimento al creditore originario; viceversa, se la curatela ne viene a conoscenza, ci si chiede se possa modificare il nominativo, cosicché il decreto attribuisca il credito al nuovo soggetto e non a quello originario, ovvero se quest'ultimo debba proporre una propria domanda, che a questo punto della procedura sarà necessariamente tardiva. In quest'ultimo caso, però, il ricorso sarebbe probabilmente dichiarato inammissibile perché su quel determinato diritto si è già statuito a favore di un altro soggetto, dal momento che si è formato il giudicato ex art. 96, comma 5. A mio avviso, essendo la *ratio* sottesa a questa situazione la medesima che è alla base dell'art. 115 l.fall., ossia quella di tutelare il cessionario visto che il creditore originario non ha più interesse, perché è già stato soddisfatto, si deve applicare estensivamente questa norma e consentire al curatore (o al giudice delegato, se la successione avviene dopo che il curatore ha depositato il progetto di stato passivo ex art. 95, comma 2) di modificare il nominativo. In tal modo si permette al nuovo creditore di partecipare alla ripartizione dell'attivo, senza alcun pregiudizio per gli altri ricorrenti, perché il contraddittorio è stato comunque assicurato sul diritto di credito, che rimane lo stesso, dal momento che a cambiare è solo il soggetto titolare di esso;

- f) l'immodificabilità della domanda inizialmente proposta e la conseguente cristallizzazione del tema decisorio, che non valgono in questa sede poiché l'art. 101 l.fall. consente di presentare le cc.dd. domande tardive fino al termine di dodici mesi successivi al deposito del decreto di esecutività dello stato passivo (o di diciotto mesi in caso di procedura

particolarmente complessa)⁸⁴. Tuttavia, le domande tardive presentate dai medesimi soggetti che hanno proposto ricorso tempestivamente non sono indipendenti dalle domande inizialmente avanzate, perché l'art. 96, comma 5 l.fall. stabilisce che il decreto con cui il giudice delegato rende esecutivo lo stato passivo ha efficacia di giudicato ai fini del concorso; com'è noto, il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, per cui in sede di ricorso tardivo si potranno presentare soltanto domande nuove e non ciò che ci si è dimenticati in precedenza (vedi *infra*). Si verifica, quindi, pure in tale sede una sorta di cristallizzazione, anche se di minor portata rispetto a quella che si attua nel processo civile di cognizione.

Venendo ora agli effetti sostanziali della domanda, essi si possono suddividere in più categorie, a seconda del modo in cui si ricollegano alla domanda giudiziale⁸⁵.

a) Effetti prodotti dalla sola domanda. In questa categoria rientrano:

1. l'interruzione istantanea della prescrizione ex art. 2943 c.c. Tra tutti gli effetti sostanziali, dottrina e giurisprudenza si sono concentrate soprattutto sulla possibilità o meno di estendere questo effetto alla domanda di accertamento del passivo, propendendo per la soluzione positiva⁸⁶ e ritenendo che lo stesso si produca anche nei confronti dei coobbligati solidali del fallito ex art. 1310, comma 1 c.c.⁸⁷. La giurisprudenza, in particolare, si è chiesta se la domanda di insinuazione sia l'unico strumento idoneo ad interrompere la

⁸⁴ ZOPPELLARI, *Sub. art. 94 l.fall.*, in *La legge fallimentare: commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2007, 682.

⁸⁵ CONSOLO, *Profili generali*, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2010, 111 e ss.

⁸⁶ In dottrina, NARDONE, *Commento*, cit., 1216; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve*, cit., 514; MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo*, cit., 730; BONFATTI, *L'accertamento del passivo*, cit., 37; ZOPPELLARI, *Sub. art. 94 l.fall.*, cit., 682. In giurisprudenza, Cass., 8 aprile 1992, n. 4304, in *Rep. giur. it.*, 1992, voce *Prescrizione e decadenza civile*, 67; Cass., 20 novembre 2002, n. 16380, in *Rep. giur. it.*, 2002, voce *Prescrizione e decadenza civile*, 34.

⁸⁷ Cass., 8 luglio 2008, n. 18675, in *Massim. Giur. it.*, 2008; Cass., 22 marzo 2003, n. 4217, in *Massim. Giur. it.*, 2003; Cass., 8 aprile 1992, n. 4304, cit.

prescrizione dei crediti che possono essere ammessi al passivo, dando una risposta positiva, poiché né la dichiarazione di fallimento né qualsiasi atto di costituzione in mora stragiudiziale sono idonei ad interrompere la prescrizione⁸⁸. La soluzione data è, a mio avviso, corretta, visto che l'interruzione della prescrizione ha luogo o quando il titolare del diritto compie un atto che importa l'esercizio di esso (art. 2943 c.c.) o quando il soggetto passivo riconosce il diritto altrui (art. 2944 c.c.)⁸⁹. La sentenza dichiarativa di fallimento non è idonea a produrre tale effetto perché viene pronunciata dal giudice su ricorso del debitore oppure di uno o più creditori ovvero su richiesta del pubblico ministero (art. 6 l.fall.); ne deriva, quindi, che il titolare del diritto potrebbe non aver chiesto il fallimento. In ogni caso, anche se lo avesse fatto, non ha esercitato il suo diritto, bensì ha chiesto soltanto il fallimento del debitore, tanto che il suo credito non viene nemmeno accertato in questa prima fase della procedura. Per quanto riguarda, invece, l'atto di costituzione in mora stragiudiziale, con esso il creditore esercita sicuramente il proprio diritto; tuttavia, dopo la sentenza dichiarativa di fallimento può far valere il credito solo in sede di accertamento del passivo, essendo le azioni esecutive individuali inammissibili⁹⁰;

2. l'impedimento della decadenza, quando la norma prevede l'esercizio del diritto entro un termine di decadenza. Anche la domanda di ammissione al passivo impedisce che maturino le decadenze⁹¹: si pensi al caso del fideiussore, il quale rimane obbligato se la domanda

⁸⁸ Cass., 6 febbraio 2002, n. 1586, in *Foro it.*, 2002, I, 3437; Cass., 22 novembre 1990, n. 11269, in *Rep. giur. it.*, 1990, voce *Prescrizione e decadenza civile*, 39. In dottrina, MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo*, cit., 730 ritiene che anche il riconoscimento del diritto da parte del fallito possa interrompere il corso della prescrizione.

⁸⁹ TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di Anelli e Granelli, Milano, 2011, 222.

⁹⁰ Cass., 22 novembre 1990, n. 11269, cit.

⁹¹ FABIANI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 338.

viene depositata entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale (art. 1957 c.c.)⁹²;

3. la scelta di una tra le obbligazioni alternative, quando questa può essere compiuta dall'attore, il quale, nel caso in esame, si identifica con il creditore che esprime la sua opzione con la domanda di insinuazione;

4. la costituzione in mora del debitore, che – si è visto – vale anche per la domanda di insinuazione e che produce, come unico effetto, l'obbligo di pagamento degli interessi moratori su somme di denaro (art. 1224 c.c.) dovute ai creditori garantiti da ipoteca, pegno o privilegio, ma non anche a quelli chirografari ex art. 55 l.fall.

b) Effetti prodotti dalla pendenza del processo, una volta introdotta la domanda⁹³. Fa parte di questa categoria l'effetto sospensivo permanente della prescrizione, in base al quale il corso della prescrizione rimane sospeso fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza (art. 2945, comma 2 c.c.): vale in proposito la medesima soluzione vista per l'effetto interruttivo della prescrizione⁹⁴, per cui la domanda di ammissione al passivo, oltre ad interrompere la prescrizione, ne sospende il decorso fino alla cessazione (o alla revoca⁹⁵) del fallimento, secondo quanto precisa oggi l'art. 94 l.fall., che ha recepito un orientamento della giurisprudenza formatosi prima del 2006^{96, 97}.

⁹² Cass., 8 febbraio 2005, n. 2532, in *Guida al diritto*, 12/2005, 53.

⁹³ Questa categoria comprende pure la trasmissione agli eredi dell'azione per impugnare il matrimonio ex art. 127 c.c. e l'impedimento alla divisione dell'eredità ex art. 715 c.c., effetti che sono incompatibili con quella particolare domanda che è l'insinuazione nel fallimento.

⁹⁴ In dottrina, MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo*, cit., 730; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve*, cit., 514-515; BONFATTI, *L'accertamento del passivo*, cit., 37. In giurisprudenza, Cass., 11 settembre 1997, n. 8990, in *Rep. giur. it.*, 1997, voce *Prescrizione e decadenza civile*, 45; Cass., 22 novembre 1990, n. 11269, cit.; Cass., 7 aprile 1983, n. 2449, in *Fallimento*, 1983, 1039.

⁹⁵ Cass., 30 gennaio 1985, n. 585, in *Rep. giur. it.*, 1985, voce *Prescrizione e decadenza civile*, 36.

⁹⁶ NARDONE, *Commento*, cit., 1216.

⁹⁷ Esiste un'ulteriore categoria di effetti sostanziali, la quale non rileva nella sede che

stiamo esaminando: si tratta degli effetti prodotti dalla domanda, che si perfezionano solo con l'eventuale sentenza favorevole al proponente. Appartengono a questo gruppo:

- il risultato che si ottiene dalla trascrizione della domanda nell'ipotesi in cui questa sfoci in una sentenza favorevole, ossia la prevalenza sulla posizione di tutti quei terzi che successivamente alla trascrizione della domanda abbiano iscritto e trascritto l'atto a loro favore. Tale effetto è incompatibile con le finalità della fase di accertamento del passivo;
- l'anatocismo, ossia il fenomeno in base al quale gli interessi scaduti producono ulteriori interessi. Esso non può applicarsi alle domande di insinuazione aventi per oggetto un credito chirografo, perché in questo caso, ex art. 55 l.fall., "la dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento" (si veda ZOPPELLARI, *Sub. art. 94 l.fall.*, cit., 683).

Capitolo 2

Le attività del curatore e la loro funzione

1. La disciplina originaria

L'art. 95 l.fall. ha sempre disciplinato e disciplina tuttora la fase successiva alla presentazione delle domande d'insinuazione e di rivendica-restituzione, ossia la fase riguardante la formazione dello stato passivo. Il legislatore ha, però, ritenuto opportuno modificare tale disposizione, prima recependo, con la riforma del 2006-2007, quello che già da tempo accadeva nella prassi e, poi, nel 2012, adeguando la procedura alle nuove tecnologie, il tutto in una logica di maggiore celerità e semplificazione.

Prima del 2006, a seguito della compilazione degli elenchi ex art. 89 l.fall. e la proposizione dei ricorsi, il cancelliere formava un elenco di questi ultimi in base all'ordine di arrivo (c.d. cronologico) e lo consegnava al giudice delegato, che esaminava le domande e formava lo stato passivo "provvisorio". Il giudice doveva farsi assistere dal curatore in questa attività, che non era previsto si svolgesse nel contraddittorio degli istanti, dovendo il giudice sentire soltanto il fallito ed assumere le opportune informazioni, prima di redigere lo stato passivo⁹⁸. In tale elenco il giudice doveva indicare separatamente i crediti che intendeva ammettere, specificando le eventuali cause di prelazione, e quelli che non intendeva ammettere in tutto o in parte, rendendo note le ragioni dell'esclusione. Successivamente, almeno tre giorni prima dell'udienza di esame dello stato passivo, depositava quest'ultimo in cancelleria affinché i creditori potessero prenderne visione e conoscere il provvedimento che il giudice delegato intendeva assumere nei loro confronti⁹⁹.

⁹⁸ PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, Padova, 1992, 207.

⁹⁹ RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, II, Napoli, 1974, 603.

Quella appena illustrata era la disciplina prevista dalla legge fallimentare nella sua versione originaria; nella realtà dei fatti, però, essa era costantemente disattesa poiché le domande venivano esaminate direttamente all'udienza di verifica del passivo, durante la quale doveva, invece, secondo la disciplina legislativa, essere analizzato ed eventualmente modificato e integrato lo stato passivo già formato ex art. 95, alla presenza del curatore e con l'intervento del fallito (art. 96 l.fall., versione originaria). Inoltre, nella prassi, il curatore, nei giorni precedenti l'adunanza, esaminava informalmente le domande, che venivano poi sottoposte alla valutazione del giudice delegato durante l'udienza di verifica; e in questa il curatore aveva un ruolo fondamentale e non di mera presenza come previsto dalla legge, avendo egli studiato approfonditamente i ricorsi. In tal modo si realizzava, nella sostanza, un ampio contraddittorio tra il curatore, il fallito intervenuto e i creditori, che potevano presentare contestazioni, osservazioni o nuovi documenti¹⁰⁰.

Per porre fine a queste prassi *contra legem*, il legislatore ha deciso di regolarle, prevedendo che le due fasi di predisposizione dello stato passivo "provvisorio" e di discussione di esso non siano affidate entrambe al giudice delegato, ma la prima al curatore e la seconda al giudice; e allo scopo di attuare i principi costituzionali dell'imparzialità-terzietà del giudice e del contraddittorio, il legislatore ha mutato radicalmente il ruolo di questi organi all'interno della procedura di accertamento del passivo (vedi *infra*).

2. L'esame delle domande tempestive e il progetto di stato passivo

Il legislatore del 2006 ha, innanzitutto, modificato la rubrica dell'art. 95 l.fall., che ora non fa più riferimento in generale alla formazione del

¹⁰⁰ PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo*, cit., 209-211; BOZZA, *Il procedimento di accertamento del passivo iter processuale*, cit., 105-107.

passivo, ma menziona specificamente il progetto di stato passivo, richiamando quello che nella prassi veniva chiamato stato passivo “provvisorio” e che doveva essere redatto dal giudice delegato. Oggi la norma stabilisce che è il curatore a dover esaminare in un primo momento le domande presentate dai creditori e dai terzi titolari di diritti su beni mobili o immobili di proprietà o in possesso del fallito e a dover predisporre poi due elenchi, separando così le domande dei primi da quelle dei secondi. Tale organo deve, inoltre, esporre le sue conclusioni in merito ad ogni domanda, indicando il provvedimento che, secondo lui, il giudice delegato dovrà assumere¹⁰¹, e spiegare le ragioni per cui la domanda andrebbe accolta o rigettata, dal momento che l’art. 95 richiede espressamente che le conclusioni siano motivate. Nel d.d.l. Trevisanato si richiedeva la motivazione solo nel caso in cui le conclusioni fossero difformi rispetto a quanto domandato, ma il d.lgs. 5/2006 ha ampliato questa disposizione, prevedendo che tutte le conclusioni siano motivate e, quindi, anche quelle che si riferiscono ad una domanda a cui il curatore aderisce totalmente. Si deve concordare con l’opinione che ritiene inutile questa discordanza tra il testo del d.d.l. ed il testo definitivo poiché il curatore, aderendo alla domanda del soggetto, non farà altro che riscrivere le medesime ragioni da questo esplicate o, addirittura, richiamare *in toto* la domanda¹⁰²; comunque, una motivazione minima, nel senso appena visto, ci deve essere, perché la legge lo richiede espressamente. Se manca, e questo varrà a maggior ragione nell’ipotesi in cui il parere sia di rigetto, viene violato il diritto di difesa del soggetto istante, essendo la motivazione finalizzata alla realizzazione del contraddittorio tra le parti (in tal caso le parti sono il soggetto pregiudicato ed il curatore), oltre che a far conoscere i criteri seguiti al giudice delegato ed a far esaminare l’operato del curatore al

¹⁰¹ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 362.

¹⁰² BOZZA, *Commento*, cit., 1434.

tribunale e al comitato dei creditori¹⁰³, al fine di valutare se la curatela ha adempiuto ai suoi doveri con la diligenza richiestagli dalla natura dell'incarico e, in caso negativo, procedere alla revoca ex art. 37 l.fall. In ogni caso, il soggetto leso potrà chiedere al giudice delegato di ordinare al curatore di integrare il progetto di stato passivo, motivando le sue conclusioni¹⁰⁴.

Da quanto visto emerge che, nonostante la legge parli in maniera unitaria di progetto di stato passivo, questo è composto da due elenchi, cosicché il curatore possa prendere in considerazione contemporaneamente le domande delle due categorie di soggetti e pronunciarsi nello stesso momento sia sui crediti fatti valere sia sui ricorsi dei terzi volti alla sottrazione dei beni. Ciò rappresenta una garanzia soprattutto per i creditori, che possono in tal modo controllare l'elenco delle domande dei terzi e contestare eventualmente le loro pretese sui beni¹⁰⁵, ed è il motivo per cui i due elenchi, anche se hanno ad oggetto domande diverse, sono entrambi contenuti nel progetto di stato passivo e regolati unitariamente.

3. I poteri del curatore

Con la riforma del 2006 il legislatore ha riconosciuto al curatore i poteri processuali tipici della parte convenuta, eccetto quelli estranei alle finalità del procedimento di accertamento del passivo (in particolare, non può proporre una domanda riconvenzionale, cioè una propria ed autonoma domanda rispetto alla quale rivestirebbe la veste di attore, e non può chiamare in causa terzi¹⁰⁶). Di fronte alle domande dei creditori e dei terzi titolari di diritti, il curatore può comportarsi in vari modi:

¹⁰³ TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 959.

¹⁰⁴ NARDONE, *Commento*, cit., 1223.

¹⁰⁵ BOZZA, *Commento*, cit., 1433-1434.

¹⁰⁶ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1022; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve*, cit., 524; BOZZA, *Il procedimento di accertamento del passivo*, in *Fallimento*, 2007, 1054.

- a) può rilevare i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere ex art. 95, comma 1 l.fall. (cc.dd. eccezioni in senso stretto);
- b) può contestare genericamente le domande presentate, facendone valere l'inefficacia o negandone i fatti costitutivi (cc.dd. mere difese);
- c) può non contestare le domande e pronunciarsi per il loro accoglimento, quando ritiene che le domande d'insinuazione o di rivendica/restituzione siano fondate; in tal caso, motiverà le sue conclusioni chiedendo l'accoglimento dei ricorsi.

In dottrina ci si è chiesti se il giudice delegato sia vincolato dalle conclusioni del curatore, in particolare dalla sua mancata contestazione e se debba necessariamente accogliere la domanda in quest'ultimo caso.

Chi ha escluso il vincolo, ha posto l'accento, alternativamente, su tre situazioni¹⁰⁷:

- a. il giudice può, comunque, intervenire sulla decisione sollevando eccezioni rilevabili d'ufficio e ribaltando così la richiesta del curatore di accogliere il ricorso¹⁰⁸. Si pensi al caso in cui il curatore non si sia accorto che il contratto da cui derivava il credito era nullo e si sia pronunciato per l'ammissione al passivo del creditore. In tal caso, se dagli atti risulta la nullità ed il giudice delegato se ne accorge, non può essere costretto ad accogliere il ricorso a causa della svista della curatela: essendo la nullità rilevabile d'ufficio, potrà farla valere e rigettare la domanda d'insinuazione di quel soggetto;
- b. il curatore non ha la disponibilità dei diritti della massa e non può vincolare di conseguenza il giudice, perché si può dare rilievo al comportamento processuale di una parte (nel caso in esame, alla mancata contestazione della curatela) solamente se con quella condotta il soggetto

¹⁰⁷ LAMANNA, *La non contestazione della domanda d'insinuazione o di rivendica/restituzione nella verifica del passivo*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 58-59 (in tale articolo l'autore critica tutte e tre le posizioni: *vedi infra* nel testo).

¹⁰⁸ BOZZA, *Commento*, cit., 1445; *Idem*, *Il procedimento di accertamento del passivo*, cit., 1061.

dispone del diritto¹⁰⁹;

- c. il credito non può essere in nessun caso ammesso, se non è stato rispettato il principio dell'onere della prova¹¹⁰, dal momento che il soggetto interessato non ha dimostrato l'esistenza del suo diritto. In tal caso, non si può ritenere che il giudice delegato debba, comunque, accogliere la domanda soltanto perché il curatore si è espresso in tal senso.

Viceversa, chi ha sostenuto la seconda tesi ha rilevato che, nel processo ordinario di cognizione, il giudice può valutare nel merito la domanda solo quando il convenuto contesta il diritto fatto valere, mancando altrimenti la materia del contendere e venendo contemporaneamente meno l'interesse dell'attore alla decisione del giudice. La carenza di contestazione del curatore (insieme a quella dei creditori) produrrebbe, quindi, in ambito fallimentare "l'effetto sostanziale di determinare l'accoglimento della domanda nel merito"¹¹¹. Secondo questa dottrina, tale linea di pensiero risultava avallata dalla disposizione inserita con la riforma del 2006, che prevedeva che il giudice dovesse motivare il suo decreto nel caso in cui il curatore avesse contestato la domanda; si riteneva, dunque, che la norma presupponesse "un impedimento per il giudice delegato a rigettare la domanda di insinuazione discostandosi dalle conclusioni espresse concordemente dalle parti, e ciò proprio in congruente e piena applicazione

¹⁰⁹ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 238-239 (è d'obbligo sottolineare che tale opinione era già stata espressa nell'edizione precedente dell'opera – del 2006).

¹¹⁰ MANFEROCE, *I diritti dei creditori e la nuova posizione del curatore nell'accertamento dello stato passivo*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare: scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, a cura di Fabiani e Patti, Milano, 2006, 170.

¹¹¹ Così, LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 363 e 366. A tal riguardo, si deve ricordare che la legge processuale prevede alcune ipotesi di azione costitutiva c.d. necessaria, ipotesi in cui il soggetto interessato può ottenere l'effetto costitutivo soltanto rivolgendosi ad un giudice. In tali casi, il processo di cognizione deve svolgersi anche quando le parti sono d'accordo e non sono sorte contestazioni (si pensi, ad esempio, all'azione costitutiva volta ad ottenere la cessazione degli effetti civili del matrimonio). Di conseguenza, la tesi dell'autore citato non ha fondamento perché, anche in mancanza di contestazione, il giudice deve accertare i presupposti della domanda ed emettere un provvedimento che sarà di accoglimento o di rigetto a seconda del fatto che essi sussistano o meno.

del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato”¹¹². Con il decreto correttivo del 2007 il legislatore ha, però, abrogato tale disposizione, stabilendo implicitamente che il decreto deve essere sempre motivato.

Oggi, comunque, il problema non ha più ragioni di porsi poiché l’art. 45 della l. 18 giugno 2009, n. 69 ha modificato l’art. 115 c.p.c., prevedendo che il giudice debba porre a fondamento della decisione, oltre alle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, anche “i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita”, salvi i casi in cui la legge disponga diversamente. Ora che è stato codificato il principio di non contestazione¹¹³, si deve pensare al fatto non contestato non come “un fatto da considerare provato”, bensì come “un fatto che può essere posto a base della decisione ancorché non provato”¹¹⁴; questo, però, non implica che il fatto sia sicuramente vero e che la domanda debba essere in ogni caso accolta, perché dagli atti processuali potrebbe emergere il contrario¹¹⁵.

La medesima disciplina vale in sede di accertamento del passivo poiché quello dettato oggi dall’art. 115 c.p.c. è un principio generale, applicabile non solo al processo ordinario di cognizione, ma anche ai procedimenti speciali e sommari¹¹⁶. Inoltre, il curatore riveste oggi il ruolo di convenuto, per cui l’art. 115 c.p.c. richiama implicitamente tale organo-parte processuale quando fa riferimento ai “fatti non specificamente contestati dalla parte costituita”.

La mancata contestazione della domanda da parte del curatore avrà

¹¹² LAMANNA, *La non contestazione*, cit., 60-61.

¹¹³ Prima della l. 69/2009, il principio di non contestazione trovava, comunque, applicazione perché le Sezioni Unite avevano sancito la non necessità di prova del fatto non contestato (Cass. 23 gennaio 2002, n. 761, in *Rep. giur. it.*, 2002, voce *Lavoro e previdenza (controv.)*, 193).

¹¹⁴ CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 129.

¹¹⁵ BALENA, *Commento all’art. 115 c.p.c.*, in *La riforma della giustizia civile: commento alle disposizioni della Legge sul processo civile n. 69/2009*, a cura di Balena, Caponi, Chizzini e Menchini, Torino, 2009, 35.

¹¹⁶ TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, 92-93; GIANI, *La non contestazione nel processo civile tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, in *www.ilcaso.it*, 2010, 13.

rilevanza processuale sul piano dell'accertamento dei fatti e non anche sulla loro qualificazione giuridica. Il giudice delegato potrà, dunque rigettare la domanda ritenuta fondata dalla curatela, in quanto il principio in esame esonera soltanto il creditore o il terzo titolare di un diritto dall'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa¹¹⁷. La domanda potrebbe, comunque, essere stata contestata dagli altri creditori o terzi¹¹⁸ ovvero dal giudice, quando gli sia possibile rilevare d'ufficio fatti estintivi, modificativi o impeditivi della pretesa (il principio di non contestazione non lo priva, infatti, del potere d'ufficio, che gli sia per regola generale attribuito¹¹⁹).

4. (segue) La contestazione delle domande

Come accennato, il primo comma dell'art. 95 l.fall. consente al curatore di rilevare i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere (cc.dd. eccezioni in senso stretto) ovvero di far valere l'inefficacia della domanda o negare il fatto costitutivo di essa (cc.dd. mere difese): così facendo, il curatore contesta il diritto fatto valere e si orienta verso il rigetto del ricorso. In entrambe le ipotesi possiamo parlare di eccezione poiché questo concetto identifica, innanzitutto, la difesa di cui si avvale il convenuto per far rigettare la domanda e, quindi, anche la semplice negazione dei fatti avversari. Inoltre, l'eccezione, c.d. in senso proprio, consiste nella deduzione di fatti giuridici estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere dall'attore, che possono essere sollevati o solo dalla parte (eccezioni in senso stretto) o anche dal giudice (eccezioni in senso lato).

L'art. 95 stabilisce che il curatore «può» sollevare eccezioni, ma non si

¹¹⁷ DIMUNDO, QUATRARO, *Formazione, verifica ed esecutività dello stato passivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, III, Torino, 2012, 441-442.

¹¹⁸ FERRI, *Le eccezioni e le prove*, in *Il fallimento*, 2011, 1079.

¹¹⁹ FERRI, *Le eccezioni e le prove*, cit., 1078-1079 (nota 29); DIMUNDO, QUATRARO, *Formazione*, cit., 443.

tratta di una mera facoltà, bensì di un vero e proprio onere¹²⁰; infatti, il giudice delegato decide sulle domande “nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore”: il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.) vale anche in sede di accertamento del passivo e il giudice delegato non potrà decidere sulla base di eccezioni non sollevate dal curatore, tranne nel caso in cui esse siano rilevabili d’ufficio¹²¹.

Abbiamo assistito ad un’inversione di rotta rispetto all’impianto originario della legge fallimentare, che lasciava al giudice un ampio potere inquisitorio: oggi, quest’organo può decidere solo *iuxta alligata et probata* ed eventualmente sollevare le eccezioni in senso lato¹²².

In passato si è molto discusso su cosa si dovesse intendere per eccezioni in senso stretto e in senso lato, finché non è intervenuta la Suprema Corte per chiarire i dubbi: essa ha stabilito che i casi in cui le eccezioni sono rilevabili soltanto dalla parte sono eccezionali, riscontrandosi esclusivamente quando le disposizioni di legge lo prevedono espressamente o quando l’eccezione corrisponde all’esercizio di un’azione costitutiva. Solo in questi due casi possiamo parlare di eccezioni in senso stretto, non essendoci nel nostro ordinamento alcun criterio generale d’individuazione di esse. Contrariamente, nelle ipotesi che non integrano queste due fattispecie, l’eccezione sarà sollevabile anche dal giudice, a condizione che il fatto

¹²⁰ BOZZA, *Commento*, cit., 1435; PAGNI, *L’accertamento dello stato passivo. La formazione dello stato passivo: il ruolo del curatore e del giudice delegato*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio e Fabiani, cit., 356.

¹²¹ Va sottolineato che anche l’art. 112, prima parte c.p.c. si applica alle eccezioni, per cui la mancata pronuncia su un’eccezione di merito integra il vizio di omissione parziale di pronuncia e conseguente violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Diversamente, nel caso in cui il giudice non abbia pronunciato su un’eccezione di rito, la sentenza non è censurabile per violazione dell’art. 112 c.p.c. Su quanto detto, si vedano: Cass., 23 gennaio 2009, n. 1701, in *Massim. Giur. it.*, 2009; Cass., 21 febbraio 2006, n. 3667, in *Massim. Giur. it.*, 2006; Cass., 6 dicembre 2004, n. 22860, in *Massim. Giur. it.*, 2004.

¹²² DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1029.

risultati acquisito agli atti e provato¹²³.

Volendo fare alcuni esempi, devono essere sicuramente eccepiti dal curatore la compensazione ex art. 1242, comma 1 c.c., l'annullabilità del contratto ex art. 1442, comma 4 c.c., la rescindibilità del contratto ex art. 1449, comma 2 c.c., l'inadempimento ex art. 1460, comma 1 c.c. e la prescrizione ex art. 2938 c.c. Viceversa, possono essere rilevate anche d'ufficio la nullità del contratto ex art. 1421 c.c., la simulazione, l'adempimento¹²⁴ e l'interruzione della prescrizione¹²⁵.

Opinioni contrastanti ha creato in passato l'eccezione di data certa ex art. 2704 c.c. poiché la Corte di Cassazione l'aveva inizialmente classificata tra le eccezioni in senso stretto "in sintonia con il ruolo ed i compiti svolti dal curatore, che dal complesso dei dati sottoposti al suo esame può correttamente identificare il momento genetico dell'atto (e quindi la sua antecedenza o meno alla dichiarazione di fallimento), e stabilire quindi se ricorrono o meno le condizioni per sollevare eccezione relativa alla sua inopponibilità, per mancata certezza della data di redazione"¹²⁶; solo alcuni giudici di merito avevano, però, seguito questa pronuncia¹²⁷, mentre la maggior parte di loro¹²⁸, così come la dottrina maggioritaria¹²⁹, aveva

¹²³ Le tre pronunce più importanti a tal proposito, tutte delle Sezioni Unite, sono: Cass., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Rep. giur. it.*, 1998, voce *Procedimento civile*, 158; Cass., 25 maggio 2001, n. 226, in *Rep. giur. it.*, 2001, voce *Regiudicata civile*, 31; Cass., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Rep. giur. it.*, 2005, voce *Procedimento civile*, 282.

¹²⁴ CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 20.

¹²⁵ Cass., 27 luglio 2005, n. 15661, cit.

¹²⁶ Cass., 2 settembre 2004, n. 17691, in *Fallimento*, 2005, 880 (si trattava, però, di un caso di revocatoria fallimentare e non di accertamento del passivo).

¹²⁷ Trib. Milano, 17 luglio 2008, in *Fallimento*, 2008, 1471; Trib. Milano, 25 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 1210.

¹²⁸ Trib. Vicenza, 13 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli, 27 dicembre 2008, in *Corr. merito*, 2009, 351; Trib. Roma, 21 novembre 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, II, 720; Trib. Padova, 5 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 729.

¹²⁹ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1030-1031; NARDONE, *Commento*, cit., 1226; MINUTOLI, *La nuova verifica del passivo ed il potere di condizionamento sul giudice delegato della non contestazione del curatore*, in *Fallimento*, 2007, 607; FARINA, *Preclusioni e decadenze in sede di impugnazioni a stato passivo*, in *Fallimento*, 2008, 668, nota 4; BOZZA, *Il procedimento di accertamento del passivo*, cit., 1062, nota 19; MONTANARI, *Le eccezioni in senso stretto e la revocatoria nel giudizio sommario di verifica dello stato passivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005,

continuato a ritenerla rilevabile d'ufficio. Oggi quest'orientamento è stato accolto anche dalla Suprema Corte, che negli ultimi anni ha affermato che la data certa è un elemento costitutivo del diritto di partecipare al concorso e la sua mancanza può, quindi, essere sollevata dal giudice¹³⁰. Va sottolineata la correttezza di tale soluzione anche alla stregua dei criteri visti e indicati dalla Cassazione: non esiste alcuna previsione di legge che affermi che la carenza di data certa debba essere rilevata dalla parte¹³¹.

5. (segue) La c.d. revocatoria in via breve

L'art. 95, comma 1 l.fall. stabilisce che, oltre alle cc.dd. eccezioni in senso stretto, il curatore può eccepire "l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione". Si tratta di una disposizione ridondante, visto che quest'ipotesi rientra tra i "fatti impeditivi"¹³², ma non inutile poiché ha chiarito definitivamente i limiti di questo istituto. Esso, infatti, non era previsto espressamente nel vigore dell'originaria legge fallimentare, ma era comunque opinione consolidata che il giudice delegato, in sede di accertamento del passivo, potesse escludere un credito o una garanzia a suo dire revocabili, senza che il curatore proponesse formalmente l'azione revocatoria¹³³. Il legislatore del

fasc. 1S, 134-135. In senso contrario, LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 403; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 535; COSENTINO, *Il ruolo del curatore e del giudice nel procedimento di verifica del passivo*, in www.tribunale.milano.it, 9.

¹³⁰ Cass., 26 luglio 2012, n. 13282, in *CED*, 2012; Cass., 8 novembre 2010, n. 22711, in *Foro it.*, 2011, I, 67; Cass., 14 ottobre 2010, n. 21251, in *Foro it.*, 2011, I, 67 (anche Cass. 21 novembre 2011, n. 24432, in *CED*, 2011 afferma che l'antiorità del credito di cui si chiede l'ammissione al passivo non forma oggetto di un'eccezione in senso stretto, ma con riferimento al giudizio di opposizione allo stato passivo).

¹³¹ In questo senso si è espresso anche COSTANTINO, *La data certa del credito nell'accertamento del passivo: «della Corte il fin è la meraviglia»*, in *Foro it.*, 2011, I, 75.

¹³² DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1035; BOZZA, *Commento*, cit., 1436-1437; PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 356.

¹³³ Cass., 26 luglio 2002, n. 11029, in *Rep. giur. it.*, 2002, voce *Fallimento*, 687; Cass., 21 dicembre 1990, n. 12155, in *Rep. giur. it.*, 1990, voce *Fallimento*, 368; Cass. 24 luglio 1964, n. 2024, in *Giust. civ. - Massim.*, 1964, 921-922.

2006 ha voluto assegnare questo potere esclusivamente al curatore, che potrà sollevare la relativa eccezione in tutte le ipotesi in cui il titolo del credito o della prelazione sia inefficace. Un esempio in cui si vede tutto questo, anche se il titolo non è inefficace, ma ha i requisiti per diventarlo a seguito dell'accoglimento dell'azione, si ha quando sussistono i requisiti della revocatoria ex artt. 66 e 67 l.fall., nel qual caso non sarà necessario che il curatore si attivi con un'azione revocatoria entro il termine decadenziale previsto dall'art. 69-bis (tre anni dalla dichiarazione di fallimento o cinque anni dal compimento dell'atto, se antecedente alla prima), perché potrà eccepire la revocatoria in via incidentale (c.d. revocatoria in via breve), peraltro anche se il termine di prescrizione dell'azione è ormai decorso. In questo modo il curatore non persegue l'obiettivo di rendere inefficace il titolo del credito o della prelazione, ma ha unicamente lo scopo di escludere dallo stato passivo il diritto fatto valere con la domanda; similmente il giudice delegato si limiterà a constatare che esistono i presupposti della revocatoria ordinaria e per questo non ammetterà al passivo la pretesa¹³⁴, con una decisione avente efficacia solo in sede di accertamento del passivo¹³⁵.

Opportuna è stata, inoltre, la specificazione che l'eccezione revocatoria è rilevabile anche se è prescritta la relativa azione: si tratta di una vera e propria presa di posizione del legislatore che ha risolto la questione sull'applicabilità o meno del termine di prescrizione di cinque anni a tale eccezione. Secondo la dottrina prevalente essa era imprescrittibile, potendo essere opposta anche quando fosse prescritta l'azione per farla valere, ex art. 1442, comma 4 c.c., poiché la regola *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum* esprimeva un principio di carattere generale¹³⁶; viceversa, una dottrina minoritaria e la giurisprudenza di legittimità

¹³⁴ BOZZA, *Commento*, cit., 1437; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 222.

¹³⁵ NARDONE, *Commento*, cit., 1228.

¹³⁶ GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2004, 166; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, 381-384.

ritenevano che quella regola, essendo dettata solo in tema di annullabilità del contratto, fosse eccezionale e non suscettibile di applicazione analogica¹³⁷.

La disposizione in commento è applicabile non solo all'eccezione revocatoria opposta in presenza dei requisiti di cui agli artt. 66-67 l.fall, ma anche all'eccezione di rescindibilità del contratto, altra ipotesi in cui il titolo della domanda è inefficace; la norma deroga in tal caso all'art. 1449 c.c., che prevede che ordinariamente l'azione e l'eccezione revocatoria si prescrivono in un anno dalla conclusione del contratto. Non è, invece, applicabile alle eccezioni di inesistenza, nullità o simulazione del negozio, di inadempimento ex art. 1460 c.c., di avvenuto adempimento dell'obbligazione, di prescrizione o decadenza e di pendenza della condizione sospensiva poiché in tali ipotesi il legislatore non ha stabilito alcun termine di prescrizione per le rispettive azioni¹³⁸.

6. Il deposito del progetto di stato passivo

Il secondo comma dell'art. 95 della legge fallimentare, che disciplina i momenti in cui il curatore deve depositare il progetto di stato passivo e i creditori o i terzi titolari di diritti possono presentare osservazioni scritte e documenti integrativi, dimostra, a mio parere, come la materia fallimentare, in generale, e quella di accertamento del passivo, in particolare, siano in continua evoluzione nella realtà, tanto da richiedere un incessante intervento legislativo. La norma in questione è stata, infatti, modificata ben tre volte negli ultimi sei anni e, con l'ultima riforma del 2012, il legislatore è, in parte, tornato sui suoi passi, ristabilendo alcune regole che aveva

¹³⁷ Cass., 16 febbraio 1998, n. 1635, in *Foro it.*, 1999, I, 552 aveva stabilito che sia l'azione revocatoria sia l'eccezione revocatoria si prescrivevano in cinque anni dalla dichiarazione di fallimento. Oggi il d.lgs. 5/2006 ha dettato una disciplina particolare per entrambe le ipotesi, rispettivamente agli artt. 69-bis e 95 l.fall.

¹³⁸ NARDONE, *Commento*, cit., 1227.

fissato nel 2006 e tolto nel 2007, anche se ora le ha coordinate con la nuova disciplina. Vediamo, dunque, nel dettaglio le varie riforme che si sono succedute negli ultimi anni.

Inizialmente, la legge fallimentare stabiliva che lo stato passivo doveva essere depositato in cancelleria dal giudice che lo aveva predisposto almeno tre giorni prima dell'udienza di verifica di esso (peraltro fissata nei cinquanta giorni successivi alla sentenza dichiarativa di fallimento). Come abbiamo visto, non è più il giudice che deve redigere il progetto di stato passivo, ma il curatore e, quindi, dal 2006 si è stabilito, giustamente, che sia quest'ultimo a dover procedere al suo deposito nella cancelleria del tribunale. Tale incombenza deve essere compiuta almeno quindici giorni prima dell'udienza di esame dello stato passivo, la cui data è stata fissata dal tribunale, nella sentenza con cui ha dichiarato il fallimento, entro centoventi ovvero centottanta giorni, nel caso di particolare complessità della procedura, dal deposito della sentenza ex art. 16, n. 4 l.fall.

Da questo breve quadro emerge un fatto che è stato molto criticato in dottrina: mentre i creditori e i titolari di diritti sui beni del fallito hanno novanta giorni di tempo per decidere se proporre ricorso e predisporre la domanda di ammissione al passivo, il curatore potrebbe avere solo quindici giorni per redigere gli elenchi e depositare il progetto di stato passivo, nel caso le domande siano state presentate all'ultimo momento utile e la procedura sia caratterizzata da un elevato numero di ricorsi¹³⁹. Questo termine, oltre per il fatto di essere breve e creare disquilibrio tra la posizione dei creditori-terzi titolari di diritti e quella del curatore, era stato criticato anche perché coincideva con il termine, fissato dall'art. 93, comma 7 l.fall., per il deposito dei documenti non presentati con la domanda; di conseguenza, se i creditori o i terzi producevano i documenti a ridosso della

¹³⁹ SCARSELLI, *L'accertamento del passivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, di Bertacchini, Gualandi, Pacchi e Scarselli, Milano, 2011, 304; MINUTOLI, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, 81.

scadenza, il curatore doveva depositare il progetto senza poter tener conto di questi e, quindi, al “buio”¹⁴⁰. Nel 2007, con il decreto correttivo, è stato abrogato il settimo comma dell’art. 93 ed è stata eliminata la possibilità di depositare i documenti fino a quindici giorni prima dell’udienza: oggi la legge differenzia tra documenti “dimostrativi” e “integrativi” del diritto, imponendo di allegare unicamente i primi alla domanda di ammissione al passivo e consentendo di presentare i secondi fino a cinque giorni prima dell’udienza di verifica. Il legislatore non ha, però, ritenuto opportuno seguire la prima critica della dottrina e ha deciso di mantenere inalterato il termine di quindici giorni per il deposito del progetto¹⁴¹, probabilmente tenendo conto delle esigenze di celerità della procedura che hanno ispirato le riforme degli ultimi anni (a tale scopo ed al fine di creare un maggior equilibrio, sarebbe stato probabilmente opportuno diminuire il termine di presentazione delle domande, visto che tutta la procedura fallimentare è ora divenuta telematica e non solo la fase di accertamento del passivo).

Siffatto termine è da sempre considerato ordinatorio e non perentorio, mancando qualsiasi indicazione in tal senso (art. 152, comma 2 c.p.c.)¹⁴². Nonostante ciò, risulta comunque importante il rispetto di esso poiché, in caso contrario, il curatore incorrerebbe in una grave violazione dei suoi doveri di diligenza e rischierebbe la revoca dall’incarico ex art. 37 l.fall. o, comunque, la diminuzione del suo compenso¹⁴³. Inoltre, nell’ipotesi di mancato o tardivo deposito, l’udienza di verifica deve essere rinviata dal

¹⁴⁰ MINUTOLI, *Il nuovo procedimento*, cit., 81.

¹⁴¹ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1039.

¹⁴² LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 392; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1039; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 228; TEDESCHI, *L’accertamento del passivo*, cit., 960; NARDONE, *Commento*, cit., 1232. Ritiene, invece, che il termine sia perentorio BOSTICCO, *Il progetto di stato passivo*, in *Fallimento*, 2011, 1069.

¹⁴³ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1040; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 393; BOZZA, *Commento*, cit., 1441; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 538 ritiene che, se la non tempestività dell’adempimento è grave, l’unica sanzione “adeguata” sia la rimozione immediata dall’incarico.

giudice delegato per un periodo almeno pari ai giorni di ritardo e, dunque, rispettando il lasso di quindici giorni tra il deposito e l'adunanza, in modo da consentire ai creditori di esercitare il loro diritto di difesa, essendo tale termine previsto allo scopo di consentire ad essi di visionare le conclusioni del curatore e presentare le osservazioni e i documenti a sostegno delle loro domande¹⁴⁴.

Il d.lgs. 5/2006 aveva poi stabilito che il curatore, entro il medesimo termine, dovesse anche comunicare l'avvenuto deposito ai creditori, ai titolari di diritti sui beni ed al fallito, suscitando numerose perplessità in dottrina, visto che questo dovere è stabilito dalla legge e tutti sono messi nella condizione di conoscere il momento ultimo in cui la curatela può procedere a tale incombenza¹⁴⁵. Opportunamente, quindi, con il d.lgs. 169/2007 è stata eliminata tale comunicazione, che è stata re-inserita dal d.l. 179/2012, anche se in termini diversi. Oggi, il secondo comma dell'art. 95 stabilisce, infatti, che, entro il termine di quindici giorni prima dell'udienza di verifica, il curatore deve depositare il progetto di stato passivo nella cancelleria del tribunale e trasmetterlo ai creditori ed ai titolari di diritti sui beni all'indirizzo PEC indicato nella domanda. Si tratta di una novità molto importante, che va nel verso dell'accelerazione della procedura, poiché questi soggetti non dovranno più perdere tempo per andare in cancelleria a farsi consegnare copia del progetto, ma lo riceveranno direttamente "a casa", potendo così usufruire pienamente dei giorni messi a loro disposizione per preparare le difese.

Il legislatore del 2012 ha stabilito, inoltre, che il curatore deve depositare il progetto di stato passivo "corredato dalle relative domande": la motivazione di tale previsione può essere rinvenuta nel fatto che oggi, come abbiamo visto, i ricorsi non sono più proposti mediante deposito in cancelleria, ma

¹⁴⁴ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 228; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1040; NARDONE, *Commento*, cit., 1231; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 538-539; BOZZA, *Commento*, cit., 1440-1441.

¹⁴⁵ BOZZA, *Commento*, cit., 1439; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 228.

sono trasmessi direttamente all'indirizzo PEC del curatore; sarà, quindi, quest'ultimo che dovrà poi procedere al loro deposito, di modo che il giudice possa valutare se la curatela ha preso in considerazione tutte le domande presentate. Potrebbe, comunque, capitare che il curatore non abbia né preso in considerazione nel progetto né depositato in cancelleria la domanda di un istante: la legge non stabilisce cosa accade in tal caso, ma, essendo stabiliti dalla legge degli specifici termini, l'istante "ignorato" sa in quale momento dovrebbe essergli spedita la comunicazione dell'esito del procedimento da parte del curatore. Non ricevendola, egli può recarsi in cancelleria, dove è stato depositato lo stato passivo, e controllare l'esito della sua domanda, che non ci sarà dal momento che il curatore non ha né esaminato né depositato la stessa. A questo punto ha tre possibilità:

- può fare opposizione ex art. 98 l.fall., ma così facendo non ottiene una piena tutela perché perde un grado del giudizio;
 - può proporre reclamo ex art. 36 l.fall. Tale norma permette al fallito e ad ogni altro interessato di proporre reclamo contro il comportamento omissivo del curatore, quando c'è stata violazione di legge (nel caso specifico, la legge imponeva alla curatela di esaminare e depositare tutte le domande, ma non è stato rispettato tale dovere). Se il reclamo viene accolto dal giudice delegato, il curatore deve dare esecuzione al provvedimento del primo, ossia deve esaminare e depositare la domanda "ignorata". Probabilmente, però, quando si arriva alla decisione del reclamo, il procedimento di accertamento del passivo sarà terminato, senza alcuna possibilità di ricevere tutela;
 - può riproporre subito la domanda in via tardiva e far valere la causa non imputabile del ritardo, ottenendo così lo stesso trattamento di un creditore tempestivo ovvero potendo chiedere la sospensione delle attività di liquidazione del bene fino all'accertamento del diritto. Questa soluzione è quella preferibile, perché assicura all'istante una piena tutela.
- Riguardo alle conseguenze del deposito del progetto senza il

contemporaneo, o comunque tempestivo, deposito delle domande, ritengo che non siano le medesime viste per il mancato o tardivo deposito del primo: il giudice delegato, durante l'udienza di verifica, dovrà ordinare al curatore di procedere al deposito di esse ed eventualmente fissare una seconda udienza in cui procedere alla verifica della coincidenza tra domande presentate e domande esaminate nel progetto. Siffatto comportamento della curatela incide, comunque, sulla sua responsabilità, ma la revoca dall'incarico risulta, a mio parere, eccessiva se il curatore ha, comunque, preso in considerazione tutte le domande e ne ha solo omesso il deposito: tale comportamento influirà esclusivamente sul suo compenso.

7. I poteri dei creditori e dei titolari di diritti sui beni a seguito del deposito del progetto di stato passivo

L'art. 95, comma 2 l.fall. stabilisce, inoltre, che i creditori, i titolari di diritti sui beni ed il fallito possono esaminare il progetto di stato passivo, specificazione opportuna solo riguardo al fallito, dal momento che alle altre due categorie di soggetti tale progetto deve essere inviato telematicamente ed è una conseguenza normale il fatto che possano esaminarlo; il fallito, invece, potrà analizzarlo solo richiedendone una copia alla cancelleria. Comunque, non si capisce il motivo di questa disparità di trattamento: il legislatore poteva prevedere la trasmissione telematica del progetto anche al fallito, non ostandovi alcuna ragione contraria, anche se probabilmente ci sarebbero delle difficoltà pratiche nell'individuazione del suo indirizzo PEC. Infatti, se il fallimento è stato dichiarato su richiesta del fallito ex art. 14 l.fall., egli deve comunicarlo e gli può essere inviato il progetto, senza che sorgano particolari problemi. Diversamente, se il fallimento è stato dichiarato su iniziativa dei creditori o del pubblico ministero, il curatore potrebbe non conoscere l'indirizzo PEC del fallito: nonostante sia stato previsto l'obbligo, per tutte le società di persone e di capitali (art. 16,

comma 6 d.l. 185/2008, convertito con la l. 2/2009) e di recente anche per le imprese individuali (art. 5 d.l. 179/2012, convertito con la l. 221/2012), di comunicare al registro delle imprese il proprio indirizzo di posta elettronica certificata, tale obbligo potrebbe non essere stato rispettato. In tal caso è prevista sì l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, ma anche se essa fosse irrogata, non è detto che il soggetto, dopo averla pagata, provveda alla regolarizzazione della propria situazione e, quindi, alla comunicazione al registro delle imprese dell'indirizzo PEC.

Il secondo comma dell'art. 95 l.fall. stabilisce poi che i medesimi soggetti che possono esaminare il progetto possono presentare al curatore osservazioni scritte e documenti integrativi fino a cinque giorni prima dell'udienza di verifica; le modalità di presentazione sono le medesime previste dall'art. 93 per la proposizione del ricorso. Come abbiamo visto, la possibilità di presentare documenti integrativi è stata inserita con il d.lgs. 169/2007 quando è stata soppressa la norma che consentiva di esibire tutti i documenti, e non solo quelli integrativi, fino a quindici giorni prima dell'udienza di verifica. Il termine era, invece, diverso per le osservazioni, le quali potevano essere sollevate fino a cinque giorni antecedenti la medesima udienza. Con il decreto correttivo è stato parificato il termine di presentazione delle osservazioni scritte e dei documenti integrativi, stabilendo che essi potevano essere presentati in cancelleria fino all'udienza; infine, con il d.l. 179/2012 si è ristabilito che possono essere presentati fino a cinque giorni prima dell'udienza.

In tutte e tre le versioni dell'art. 95, il termine deve essere considerato ordinario poiché la legge non ha specificato il contrario. Per questo motivo, perfino sotto il vigore dell'originaria versione si riteneva che gli interessati potessero presentare osservazioni e documenti fino all'udienza e anche durante essa, dal momento che il procedimento di accertamento del passivo è l'unico a cui tutti gli interessati prendono parte attivamente (diversamente dal procedimento ordinario di cognizione, "in cui

l'intervento dei terzi è episodico e formalizzato”) e a ciascuno deve essere assicurato il contraddittorio incrociato delle contrapposte pretese¹⁴⁶. Il legislatore del 2007 aveva poi recepito questo indirizzo dottrinale, ma nel 2012 è tornato alla prima previsione riformatrice, probabilmente considerando che ora il progetto di stato passivo viene inviato direttamente agli interessati e questi non devono perdere tempo per recarsi in cancelleria. Comunque, anche oggi non si è previsto tale termine come perentorio e, quindi, la possibilità di una molteplicità di udienze di verifica non è esclusa, anche se le prassi dei tribunali dovrebbero “avere come lume” le esigenze che sono alla base della riforma, ossia semplificazione, concentrazione e celerità della procedura di accertamento del passivo.

Le osservazioni scritte sono definite da una parte della dottrina come “fonti informative sui fatti allegati dall’istante, e dunque come elementi di prova”¹⁴⁷. Quest’opinione è criticabile perché non si capisce quale sia il significato dell’espressione “elementi di prova”. Non si può ritenere, infatti, che le osservazioni scritte siano argomenti di prova, perché questi sono definiti dal legislatore come quegli elementi che possono essere desunti dalle risposte che le parti danno al giudice nell’interrogatorio non formale, dal rifiuto ingiustificato delle parti a consentire le ispezioni ordinate dal giudice ovvero dal contegno delle parti nel processo (art. 116, comma 2 c.p.c.). Non si può nemmeno pensare che si tratti di elementi di prova nel senso di mezzi istruttori, perché a questi il legislatore si è riferito specificamente, parlando prima di documenti e poi di atti di istruzione in generale. Appare, quindi, preferibile pensare alle osservazioni scritte come a delle contestazioni che le parti sollevano rispetto alle conclusioni del curatore e con le quali esercitano il loro potere di difesa. La ragione per cui il legislatore ha previsto che esse debbano essere scritte è che, nel procedimento che stiamo esaminando, il contraddittorio è scritto. Pertanto,

¹⁴⁶ Così, BOZZA, *Commento*, cit., 1451.

¹⁴⁷ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 389-390.

correttamente si ritiene che nelle osservazioni siano ricomprese anche le eccezioni in senso stretto, anche perché l'art. 95, al terzo comma, prevede che il giudice decide su ciascuna domanda "avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati"¹⁴⁸; bisogna, però, tener conto che, per poter eccepire un fatto impeditivo, estintivo o modificativo, bisogna avervi interesse, per cui si deve senz'altro escludere che i creditori possano sollevare l'eccezione di interruzione della prescrizione, se il curatore non ha precedentemente eccepito la prescrizione del credito.

Il legislatore non ha nemmeno specificato che cosa si debba intendere per "documenti integrativi" ed una parte della dottrina ha ritenuto che essi consistano nella documentazione che è divenuto necessario presentare a sostegno della propria pretesa, a seguito delle eccezioni formulate dal curatore¹⁴⁹. Secondo l'orientamento maggioritario, invece, poiché la norma parla di documenti integrativi senza specificare alcunché si dovrebbe ritenere che il riferimento sia all'integrazione della domanda in generale¹⁵⁰. A mio avviso, quest'ultima opinione non può essere seguita, visto che, nel momento in cui si cercano degli esempi di documenti che integrano la domanda in generale, non se ne trovano: in tutti i casi si tratterebbe di documenti dimostrativi della pretesa. Si pensi ad esempio agli estratti conto: non si possono considerare come semplici documenti integrativi della domanda, che non provano nulla, perché gli stessi dimostrano che non c'è stato il pagamento. Essendo il documento una fonte di prova, è sbagliata, quindi, la stessa scelta del legislatore di distinguere tra documenti dimostrativi ed integrativi, perché anche questi ultimi dimostrano qualcosa. La soluzione preferibile è, dunque, quella di ritenere che il legislatore abbia

¹⁴⁸ BOZZA, *Commento*, cit., 1447-1448; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 391; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1043.

¹⁴⁹ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 231.

¹⁵⁰ NARDONE, *Commento*, cit., 1232; BOZZA, *Il procedimento di accertamento del passivo*, cit., 1057; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 961.

inteso riferirsi con l'espressione "documenti integrativi" ai documenti che è divenuto necessario produrre a seguito delle contestazioni del curatore, documenti che, anche se "integrativi", sono a tutti gli effetti mezzi di prova. Si pensi, come esempio, al caso in cui il curatore eccepisca la prescrizione del credito: soltanto dopo la rilevazione di tale eccezione, il creditore avrà interesse a produrre, ad esempio, un'intimazione di pagamento che dimostri che il suo credito non si è prescritto.

Dopo la presentazione di osservazioni e documenti da parte dei creditori, dei titolari di diritti sul bene e del fallito, deve essere data la possibilità al curatore di contro-dedurre e di eccepire altri fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, come risultante dalle integrazioni degli interessati.

A seguito dei primi interventi riformatori del 2006-2007, si è molto discusso riguardo alla questione sul termine entro il quale il curatore può sollevare eccezioni in senso stretto; l'art. 95 stabilisce, infatti, che il curatore può eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere in sede di redazione del progetto di stato passivo e, quindi, in teoria, non oltre il termine stabilito per il suo deposito.

Secondo un primo orientamento, essendo previsto che nell'udienza di verifica si attui il contraddittorio incrociato tra gli interessati, ma anche tra questi ed il curatore, deve essere consentito a tutti questi soggetti di modificare le conclusioni originarie nell'udienza di verifica¹⁵¹. Secondo un diverso orientamento, invece, non dovrebbe in nessun caso essere consentito al curatore di presentare nuove eccezioni o, comunque, di modificare le conclusioni presentate, perché il giudice deve decidere nei limiti delle conclusioni esposte nel progetto di stato passivo¹⁵². Infine, un terzo orientamento ha preferito una soluzione intermedia, ritenendo che il curatore, nell'udienza di verifica, possa solo modificare e integrare le

¹⁵¹ BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 309.

¹⁵² MANFEROCE, *I diritti dei creditori*, cit., 170.

eccezioni formulate nel progetto di stato passivo, consequenziali al diritto di difesa esercitato dagli altri interessati, di cui non ha potuto tener conto quando ha compilato lo stato passivo, e non possa, invece, eccepire nuovi fatti¹⁵³.

Con il d.l. 179/2012 è stato stabilito che le osservazioni e i documenti integrativi possono essere presentati fino a cinque giorni prima dell'udienza e non più anche nell'adunanza di verifica; è venuta meno, dunque, la norma che consentiva l'equiparazione del curatore agli interessati, quanto al termine di presentazione delle eccezioni, poiché in precedenza di fronte alle difese sollevate in udienza dai secondi, il primo poteva immediatamente replicare. In assenza di un'espressa presa di posizione del legislatore, si deve ritenere che oggi, a maggior ragione, il curatore possa presentare le proprie eccezioni fino all'udienza, avendo a disposizione, prima di tale momento, cinque giorni per esaminare le osservazioni e i documenti prodotti dagli interessati; dopo tale esame, ritengo che egli possa modificare o integrare le eccezioni in precedenza formulate o eccepire nuovi fatti che emergono dalla nuova documentazione presentata, entro l'udienza e non durante la stessa, perché questa deve essere preordinata alla sola verifica del giudice delegato e perché, diversamente opinando, si vanificherebbe lo sforzo del legislatore di rendere più celere la procedura.

8. Il regime probatorio delle domande di rivendica e restituzione

Sotto il vigore dell'originaria legge fallimentare, l'art. 103 disciplinava solo le domande di rivendicazione, restituzione e separazione di beni mobili, disponendo che alle stesse si applicassero le disposizioni degli articoli da 93 a 102, oltre alle previsioni particolari previste dalla norma; se, invece, il ricorso riguardava beni immobili, si applicava il rito ordinario, essendo i

¹⁵³ BOZZA, *Commento*, cit., 1451; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 404; NARDONE, *Commento*, cit., 1232; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 964.

diritti reali immobiliari sottratti alla competenza funzionale del tribunale fallimentare¹⁵⁴. Con il d.lgs. 5/2006, è stata eliminata la possibilità di proporre le domande di separazione e le domande di restituzione-rivendicazione sono state disciplinate unitariamente alle domande di ammissione al passivo negli articoli 93 e seguenti della legge fallimentare, indipendentemente dal fatto che il diritto fatto valere riguardi beni mobili o immobili. L'art. 103 prevede ora solo delle disposizioni particolari e specifiche, applicabili a tali domande e non anche alle domande di insinuazione; com'è stato sottolineato da parte della dottrina, si tratta di disposizioni slegate tra loro, con cui sono stati recepiti alcuni principi che già la dottrina¹⁵⁵ e la giurisprudenza¹⁵⁶ ritenevano vigenti in materia¹⁵⁷.

Perché la domanda sia accolta e inserita nel progetto di stato passivo, il ricorrente deve dimostrare l'opponibilità al fallimento del titolo, provando innanzitutto di avere un atto avente data certa anteriore al fallimento; comunque, è necessaria una doppia prova: l'istante non deve solo dimostrare il diritto reale o personale alla restituzione del bene, ma anche l'esistenza attuale del diritto e "l'affidamento al debitore in base ad un atto che non sia incompatibile con il diritto alla restituzione"¹⁵⁸. Nel fare questo, egli deve rispettare l'art. 103, che stabilisce che ai procedimenti che hanno ad oggetto le domande in questione si applica il regime probatorio previsto nell'art. 621 c.p.c., dettato in materia di opposizione di terzi all'esecuzione: il ricorrente non potrà provare il suo diritto mediante testimoni (o

¹⁵⁴ FERRARO, *Commento agli artt. 101-103*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, II, cit., 1320.

¹⁵⁵ PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo*, cit., 349-355.

¹⁵⁶ Cass., 9 luglio 2004, n. 12684, in *Rep. giur. it.*, 2004, voce *Fallimento*, 288 aveva affermato che, "poiché la dichiarazione di fallimento attua un pignoramento generale dei beni del fallito, le rivendiche dei beni inventariati proposte nei confronti del fallimento hanno la stessa natura e soggiacciono alla stessa disciplina delle opposizioni di terzo all'esecuzione, regolate per l'esecuzione individuale dagli artt. 619 c.p.c. e ss.", trovando, quindi, applicazione anche l'art. 621 c.p.c.

¹⁵⁷ MONTANARI, *Commento agli artt. 98-103*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, cit., 1567-1568.

¹⁵⁸ TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 952.

presunzioni ex art. 2729, comma 2 c.c.), salvo che l'esistenza del diritto stesso sia resa verosimile dalla professione o dal commercio esercitati dall'istante o dal fallito. L'art. 621 c.p.c. fa riferimento in particolare al diritto sui beni "pignorati nella casa o nell'azienda del debitore", ma si ritiene che tale condizione non sia applicabile nella fase di accertamento del passivo, perché l'art. 103 richiama solo il "regime probatorio" dell'art. 621 c.p.c. e non anche i requisiti qui previsti¹⁵⁹.

A mio avviso, tale limitazione deve trovare applicazione soltanto con riguardo ai beni mobili perché, ammettendo che essa valga anche per i titolari di beni immobili, si comprime la tutela riservata a questi soggetti in sede ordinaria. Difatti, se essi non presentano alcuna domanda di rivendica o di restituzione del bene e questo viene venduto, possono in ogni caso far accertare il loro diritto nei confronti dell'acquirente in un ordinario processo di cognizione, senza alcuna limitazione del diritto alla prova, dal momento che la proprietà non passa. Di conseguenza, ritenere applicabile l'art. 621 c.p.c. anche con riferimento ai beni immobili significa scoraggiare i soggetti interessati ad attivarsi in sede di accertamento del passivo ed incentivarli a proporre un'ordinaria azione di accertamento dopo la vendita, ponendo così nel nulla i risultati raggiunti nella procedura fallimentare. Diverse conclusioni valgono, invece, per i titolari di diritti su beni mobili, che non hanno altra possibilità se non quella di attivarsi in sede di accertamento del passivo, pena l'acquisto a titolo originario del bene da parte del terzo acquirente in buona fede (art. 1153 c.c.).

Il primo comma dell'art. 103 stabilisce, poi, che se il bene rivendicato o richiesto in restituzione non è stato acquisito all'attivo della procedura, ossia non è stato "reperito ed inventariato all'attivo"¹⁶⁰, il ricorrente può

¹⁵⁹ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 223. Diversamente, TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 952 ritiene che i concetti di casa e di azienda debbano essere intesi in senso estensivo.

¹⁶⁰ STASI, *Le domande di rivendica e restituzione*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, III, cit., 527.

modificare l'originaria domanda, chiedendo l'ammissione al passivo del controvalore del bene alla data di apertura del concorso. Si tratta di una *mutatio libelli* possibile anche nel corso dell'udienza di verifica dello stato passivo, ma non successivamente, ossia nelle eventuali fasi del giudizio di impugnazione¹⁶¹. In dottrina si ritiene che tale disposizione sia applicabile solo nel caso in cui la perdita del bene sia imputabile al debitore fallito e non anche nell'ipotesi di non imputabilità, nel qual caso l'obbligazione si estingue¹⁶²; ritengo che tale conclusione sia corretta perché è un principio generale quello in base al quale "l'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile" (art. 1256, comma 1 c.c.). Parte della dottrina ricava, inoltre, dall'art. 103 la possibilità della trasformazione in senso inverso della domanda, cioè da una domanda di insinuazione ad una domanda di rivendica o restituzione¹⁶³. Non sono d'accordo con tale opinione perché si tratterebbe di una *mutatio libelli*, che – si è visto – è inammissibile se non viene presentata entro il termine perentorio di proposizione del ricorso. Anche la trasformazione da una domanda di rivendica o restituzione ad una domanda d'insinuazione integra un'ipotesi di *mutatio libelli*, ma è prevista dalla legge e vale come eccezione al principio generale. Quella in senso inverso, invece, non è stata prevista dal legislatore e non può essere ricavata in via interpretativa. In tal caso, il soggetto dovrà proporre una domanda tardiva, che sarà ammissibile perché il diritto che si fa valere è diverso da quello fatto valere tempestivamente.

Diversa è la disciplina nell'ipotesi in cui il bene sia stato acquisito all'attivo fallimentare, ma successivamente il curatore ne abbia perso il possesso: l'art. 103 prevede che il titolare del diritto possa chiedere che il

¹⁶¹ Così, MONTANARI, *Commento*, cit., 1571.

¹⁶² STASI, *Le domande di rivendica e restituzione*, cit., 527; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 918; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 572.

¹⁶³ STASI, *Le domande di rivendica e restituzione*, cit., 527; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 918.

controvalore sia corrisposto in prededuzione.

Un'ulteriore modifica dell'art. 103 è stata realizzata dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che ha aggiunto il secondo comma, che fa salva la disciplina dettata dall'art. 1706 c.c. in tema di acquisti del mandatario senza rappresentanza. Secondo quanto è stabilito dall'art. 78, comma 2 l.fall., il contratto di mandato si scioglie per effetto del fallimento del mandatario; il mandante deve, però, essere tutelato in qualche modo e, a tal riguardo, si deve distinguere tra mandato con rappresentanza e senza rappresentanza. Nella prima ipotesi, il mandatario ha una procura e agisce in nome del mandante: quest'ultimo potrà esercitare la normale azione di rivendicazione endofallimentare; nel secondo caso, invece, il mandatario ha agito in nome proprio e trova, quindi, applicazione l'art. 1706 c.c., che stabilisce, al primo comma, che il mandante può rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario senza rappresentanza, "salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto del possesso di buona fede". Di conseguenza, il mandante potrà agire in rivendica solo se il bene mobile si trova ancora nel patrimonio del mandatario fallito; in caso contrario il curatore dovrà cercare di recuperare la cosa e, se l'esito della ricerca è negativo, ne sarà corrisposto il valore al mandante.

Il secondo comma dell'art. 1706 c.c. si occupa, infine, dell'ipotesi in cui il mandatario ha acquistato beni immobili o mobili registrati: egli ha l'obbligo di ritrasferirli al mandante e, se non lo fa, si applicano "le norme relative all'esecuzione dell'obbligo di contrarre". Secondo una parte della dottrina, il mandante deve proporre una domanda di rivendica ex art. 103 l.fall. ed il curatore sarà condannato ad adempiere ex art. 2932 c.c.¹⁶⁴. Tuttavia, l'azione di cui all'art. 2932 c.c. è un'azione costitutiva che serve a trasferire la proprietà di un bene e, soltanto dopo il suo accoglimento, il proprietario può proporre una domanda di rivendica del bene. Il mandante

¹⁶⁴ FERRARO, *Commento*, cit., 1331-1332; NONNO, *Commento all'art. 103*, in *La legge fallimentare: commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, 1153.

deve, quindi, proporre l'azione di cui all'art. 2932 c.c. al giudice ordinario prima che sia pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento. Se successivamente si apre il procedimento di accertamento del passivo, il mandante per evitare che il bene mobile registrato o immobile sia venduto deve necessariamente proporre una domanda di rivendica ex art. 103 l.fall. A questo punto, si possono verificare tre situazioni:

- a) la sentenza con cui il giudice ordinario ha pronunciato ex art. 2932 c.c. è passata in giudicato prima della sentenza dichiarativa di fallimento. In questo caso, non sorgono particolari problemi perché la proprietà è passata in capo al mandante, il quale può proporre una propria domanda ex art. 103 l.fall. ed ottenere così la rivendica del bene;
- b) il giudice ordinario ha deciso ex art. 2932 c.c. prima della dichiarazione di fallimento, ma la sentenza non è ancora passata in giudicato quando il giudice delegato decide sul ricorso proposto ex art. 103 l.fall. Egli dovrà ammettere la domanda con riserva ex art. 96, comma 2, n. 3 l.fall.;
- c) il giudizio ex art. 2932 c.c. è ancora pendente quando il giudice delegato deve decidere sulla domanda di rivendica. In base alla dottrina summenzionata, il giudice dovrebbe pronunciarsi ex art. 2932 c.c., ma perché ciò accada dovrebbe essere proposta la domanda costitutiva pure in sede di accertamento del passivo. Tuttavia, essendo la medesima causa già pendente di fronte ad un giudice diverso, ex art. 39 c.p.c., il giudice successivamente adito, cioè il giudice delegato, dovrebbe dichiarare la litispendenza. La tesi summenzionata deve, quindi, essere respinta e, a mio avviso, si deve ritenere che, dovendo essere comunque assicurata una qualche forma di tutela al mandante, il giudice delegato debba accogliere con riserva la domanda ex art. 96, n. 3 l.fall. Così facendo, si estendono le ipotesi di ammissione con riserva di cui all'art. 96, n. 3 anche a questo caso, in cui la pronuncia ex art. 2932 c.c. non è anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento.

Capitolo 3

Il giudice delegato e l'udienza di discussione

1. L'udienza di discussione

La sentenza dichiarativa di fallimento, emessa dal tribunale, deve contenere determinate informazioni, ritenute essenziali, che incidono sulla fase di accertamento del passivo (art. 16, comma 1 l.fall.). In particolare ed ai fini che qui interessano, il tribunale deve nominare il giudice delegato, organo che avrà un ruolo fondamentale nell'udienza di discussione, ossia l'adunanza in cui dovrà pronunciarsi sulle domande di ammissione al passivo presentate dai creditori e dai terzi titolari di diritti su beni mobili o immobili di proprietà o in possesso del fallito. Il tribunale deve, inoltre, fissare il luogo e la data di tale udienza nella medesima sentenza: la legge stabilisce un termine perentorio entro il quale essa deve svolgersi, ossia centoventi giorni dal deposito della sentenza o, nel caso di particolare complessità della procedura, centottanta giorni aventi la medesima decorrenza.

Il terzo comma dell'art. 95 l.fall. stabilisce che il giudice delegato, nell'udienza di esame dello stato passivo, “decide su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati”. Abbiamo già visto che le conclusioni del curatore, che possono consistere anche nel rilievo di eccezioni, sono contenute nel progetto di stato passivo depositato quindici giorni prima dell'udienza e che possono essere modificate per contro-dedurre alle osservazioni scritte e ai documenti integrativi presentati dai creditori e dai terzi titolari di diritti, a mio avviso, nei cinque giorni anteriori all'adunanza (e non durante l'udienza, a seguito della riforma del 2012). Abbiamo visto, inoltre, che le eccezioni “formulate

dagli altri interessati” possono essere sollevate, sotto forma di osservazioni, non solo dai creditori e dai titolari di diritti, ma anche dal fallito, visto che il secondo comma dell’art. 95 permette anche a quest’ultimo di presentare osservazioni scritte o documenti integrativi. In base a questa premessa, risulta chiaro che il giudice delegato, nell’udienza di discussione, ha in mano quasi tutto il materiale su cui basare la decisione. “Quasi” perché la norma dice che egli deve decidere tenendo conto anche delle eccezioni rilevabili d’ufficio, ossia dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto che si fa valere, la cui formulazione non sia preclusa al giudice dalla legge.

Il giudice delegato, tuttavia, si trova di fronte a due limiti in quest’attività. Infatti, la sentenza richiamata, con cui la Suprema Corte¹⁶⁵ ha fissato i criteri distintivi tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato, ha anche stabilito che i fatti estintivi, modificativi o impeditivi della pretesa, che le parti o il giudice sollevano, devono risultare acquisiti agli atti e provati *rite et recte*, distinguendo così tra potere di allegazione e di rilevazione: il primo compete esclusivamente alle parti, il secondo è proprio anche del giudice. L’altro limite lo troviamo, invece, nel secondo comma dell’art. 101 c.p.c., aggiunto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, che stabilisce che il giudice che intende basare la sua decisione su una questione rilevata d’ufficio deve assegnare alle parti un termine entro cui proporre osservazioni, affinché sia loro assicurato il diritto al contraddittorio¹⁶⁶. Avendo il procedimento di accertamento del passivo natura giurisdizionale al pari del processo di cognizione, esso deve rispettare i principi tipici di quest’ultimo, in particolare il principio del contraddittorio.

L’art. 101 c.p.c. deve essere, però, adattato al contesto che stiamo esaminando e non applicato alla lettera, altrimenti il giudice dovrebbe

¹⁶⁵ Cass., 3 febbraio 1998, n. 1099, cit.

¹⁶⁶ Anche PAGNI, *L’accertamento dello stato passivo*, cit., 376 ritiene che vada applicato l’art. 101 c.p.c., come modificato nel 2009.

fissare un termine tra i venti e i quaranta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di memorie. In primo luogo, questo termine risulterebbe troppo ampio rispetto ai dieci giorni a disposizione delle parti ex art. 95, comma 2 ed ai cinque giorni a disposizione del curatore per la presentazione di osservazioni scritte, secondo l'interpretazione preferibile (vedi *supra*). In mancanza di un'espressa disciplina legislativa, il termine dovrà essere, quindi, fissato discrezionalmente dal giudice tenendo presenti le esigenze di celerità che sono alla base delle riforme degli ultimi anni. Inoltre, si deve tener conto che le parti qui non devono depositare memorie, bensì presentare osservazioni scritte.

Un interrogativo che sorge riguarda le modalità di trasmissione di queste e, conseguentemente, la necessità di fissare un unico termine per gli interessati ed il curatore o due termini: se si ritiene che le osservazioni vadano presentate rispettando il secondo comma dell'art. 95 l.fall., il giudice delegato stabilirà un primo termine entro cui gli interessati dovranno trasmettere le loro osservazioni all'indirizzo PEC del curatore ed un secondo termine entro cui il curatore inoltrerà queste ultime al giudice, insieme alle sue considerazioni; diversamente, secondo l'interpretazione più aderente al codice di procedura civile, il giudice delegato dovrà fissare un unico termine entro cui il curatore e gli interessati presenteranno le loro osservazioni direttamente al giudice mediante deposito in cancelleria.

Ritengo preferibile seguire la prima soluzione esposta perché più confacente alla disciplina fallimentare, che assicura "l'ultima parola" al curatore, dal momento che, essendo inviati a lui le osservazioni ed i documenti degli interessati, è il primo ad esaminarli. In ogni caso, quando il giudice delegato rileva un'eccezione e procede nella maniera appena illustrata, deve anche disporre il rinvio dell'udienza, consentito dal terzo comma dell'art. 96 l.fall., che prevede uno slittamento in avanti di massimo otto giorni. Anche in questo caso, il legislatore non ha specificato nulla e, quindi, lo si deve considerare un termine ordinatorio potendo il giudice, in

base alle esigenze specifiche del procedimento, non rispettarlo. Si deve, comunque, notare che il termine per la presentazione delle osservazioni di cui sopra deve essere fissato dal giudice tenendo conto pure del termine massimo di otto giorni di rinvio dell'udienza perché, altrimenti, il giudice dovrebbe fissare l'udienza di rinvio dopo la scadenza di questo termine, violando l'art. 96, comma 3, anche se – si ripete – non si tratta di un termine perentorio. La legge stabilisce che non è necessario dare avviso del rinvio, disposto dal giudice durante l'adunanza, né agli assenti né agli intervenuti.

Rimane, infine, da valutare la situazione in cui si trova il giudice quando solleva un'eccezione d'ufficio, ma all'udienza non sono presenti il curatore o le persone “interessate” o entrambe queste categorie di soggetti, situazione che, possiamo immaginare, difficilmente si realizzerà nella realtà¹⁶⁷.

La legge consente tutte e tre queste ipotesi perché il terzo comma dell'art. 95 l.fall. specifica che l'udienza di esame dello stato passivo potrebbe svolgersi anche in assenza di parti, riferendosi, quindi, non solo alla mancata partecipazione dei creditori, dei titolari di diritti o del fallito, ma anche del curatore. Questo è in linea con la natura giurisdizionale che la fase di accertamento del passivo ha assunto dal 2006: nel processo ordinario di cognizione il convenuto può non costituirsi in giudizio senza che ne derivino conseguenze negative, ex artt. 171, ultimo comma e 291 c.p.c.; lo stesso deve valere anche per il curatore¹⁶⁸, che riveste il ruolo di convenuto, anche se, in tal caso, si deve ritenere che ci possano essere delle

¹⁶⁷ Della stessa opinione sono: BOZZA, *Commento*, cit., 1444-1445, che ritiene “strano che la parte che tutela prevalentemente l'interesse pubblico a che lo stato passivo raffiguri la esatta consistenza dei crediti che possono partecipare al concorso, possa assentarsi nel momento in cui potrebbe sorgere la necessità di prendere o rivedere le sue conclusioni per realizzare lo scopo che giustifica la sua partecipazione al procedimento”; COSTA, *L'accertamento del passivo e dei diritti personali e reali dei terzi su beni mobili e immobili*, in *Il diritto fallimentare riformato: commento sistematico*, a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2007, 359.

¹⁶⁸ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 234; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1046.

conseguenze “negative” per il suo compenso, trattandosi di un organo della procedura, che deve operare con la massima diligenza¹⁶⁹.

In ogni caso, se le parti decidono di non presenziare all’adunanza, significa che non sono interessate a prendere parte attivamente al contraddittorio di fronte al giudice e devono, quindi, accettare il rischio che il giudice sollevi eccezioni d’ufficio; essendogli siffatto potere riconosciuto dalla legge, i soggetti dovrebbero esserne a conoscenza e di conseguenza il giudice, dopo aver rilevato d’ufficio l’eccezione, procederà nello svolgimento dell’udienza, senza assegnare alcun termine per la presentazione di nuove osservazioni.

All’inizio ho posto l’accento sul fatto che il giudice delegato, all’udienza di discussione, ha in mano quasi tutto il materiale su cui basare la propria decisione e ho osservato che il “quasi” è dovuto alla possibilità per il giudice di sollevare eccezioni d’ufficio. In realtà, possiamo individuare altre due ragioni e, conseguentemente, altre due attività che possono compiersi durante l’udienza. Innanzitutto, le parti che sono presenti all’udienza possono chiedere al giudice delegato di procedere ad atti di istruzione: il giudice ammetterà le prove richieste soltanto se, secondo il suo parere, discrezionale e non sindacabile, sono compatibili con le esigenze di speditezza del procedimento (art. 95, comma 3 l.fall.). Infatti, alla luce delle ragioni che hanno ispirato le riforme degli ultimi anni, il legislatore non ha potuto prevedere una fase istruttoria come quella del processo ordinario, ossia un’istruttoria completa e completamente rispettosa del principio del contraddittorio¹⁷⁰, e ha per questo previsto che sia il giudice a decidere se quelle prove sono utili, se possono essere assunte in breve tempo e se sono compatibili con il diritto di difesa delle altre parti¹⁷¹. Tuttavia, nell’assunzione dei singoli mezzi di prova, il giudice e le parti devono,

¹⁶⁹ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 435.

¹⁷⁰ NARDONE, *Commento*, cit., 1235.

¹⁷¹ BOZZA, *Commento*, cit., 1445; PAGNI, *L’accertamento dello stato passivo*, cit., 369.

comunque, rispettare gli artt. 2697 e ss. del codice civile e 191 e ss. del codice di procedura civile ovvero le norme processuali tipiche, dettate per i giudizi aventi ad oggetto il rapporto che è in discussione nell'accertamento del passivo¹⁷²; potrebbe, addirittura, rivelarsi necessario il rinvio dell'udienza, quando non sia possibile l'assunzione della prova nella stessa. In secondo luogo, il giudice può sentire il fallito, che ne abbia fatto richiesta, durante l'udienza stessa, senza bisogno di disporre il rinvio. Nemmeno oggi si può considerare tale soggetto parte della fase di accertamento del passivo, ma egli può, comunque, decidere di partecipare attivamente per mettere a disposizione del curatore e del giudice le sue conoscenze. A sostegno di tale tesi, che potrebbe risultare contraddetta dai poteri riconosciuti al fallito dall'art. 95 l.fall., analoghi a quelli assegnati alle parti, si rinvergono alcuni elementi letterali: nell'assegnare i poteri la norma non parla di parti, bensì nel secondo comma elenca i soggetti (creditori, titolari di diritti sui beni e fallito) e nel terzo comma parla genericamente di interessati, facendo riferimento alle parti solo con riguardo alla richiesta di mezzi di prova. Si deve ritenere che questo potere non sia riconosciuto al fallito, perché altrimenti la legge avrebbe seguito lo stesso metodo usato precedentemente, ossia avrebbe elencato i soggetti o avrebbe parlato di interessati. Inoltre, la legge non prescrive che il progetto di stato passivo "provvisorio" sia inviato pure al fallito: anche se questo è criticabile in vista dei poteri che poi l'art. 95 gli assegna, è un elemento rilevante perché, se il legislatore gli avesse riconosciuto tale ruolo, avrebbe previsto l'invio anche a questo soggetto¹⁷³.

¹⁷² NARDONE, *Commento*, cit., 1235.

¹⁷³ In adesione, TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 947-949 ritiene che il fallito non si possa considerare parte in senso formale della verifica del passivo, perché non ha la legittimazione ad impugnare lo stato passivo ex artt. 98-99 l.fall. e perché, dopo la sentenza che ne dichiara il fallimento, perde l'amministrazione e la disponibilità dei suoi beni (art. 42 l.fall.) e non può stare in giudizio, tranne per le questioni da cui dipende una sua imputazione di bancarotta o nei casi previsti dalla legge (art. 43 l.fall.); BOZZA, *Commento*, cit., 1443; FABIANI, *L'efficacia dello stato passivo*, in *Fallimento*, 2011, 1094. In senso contrario, NARDONE, *Commento*, cit., 1220-1221 e

Quando il giudice ha in mano tutto il materiale e lo ha esaminato, deve decidere su ciascuna domanda, rispettando il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato dettato dall'art. 112 c.p.c.: tale norma è richiamata implicitamente dallo stesso art. 95 l.fall., che specifica che il giudice decide “nei limiti” e, quindi, senza andare oltre il *thema decidendum* fissato dalle parti¹⁷⁴.

Tra i limiti troviamo anche le conclusioni del curatore, espresse nei due elenchi, stato passivo e stato delle domande, compresi nel progetto: abbiamo visto che è utile la redazione contemporanea dei due elenchi in vista del controllo dei creditori soprattutto sulle domande presentate dai terzi titolari di diritti, che, se accolte, portano all'esclusione del bene e, quindi, ad un minor attivo da liquidare.

Bisogna ora chiedersi come si comporti il giudice delegato di fronte ai due elenchi, ossia se il giudice li valuti separatamente o meno, perché i due elenchi interferiscono tra loro. A mio parere, non è necessario che il giudice proceda alla valutazione contemporanea, anzitutto perché il contraddittorio è già stato assicurato alle parti nella fase precedente l'udienza e, quando si arriva al momento della decisione, la legge non consente più di difendersi. Inoltre, le domande dei due elenchi hanno ad oggetto diritti diversi ed il loro accoglimento comporta conseguenze diverse. Infatti, da un punto di vista strettamente economico e attinente ai motivi di fatto, il giudice non può decidere di rigettare la domanda di un terzo solo perché ci sono molti creditori e ha bisogno di attivo, come non può accogliere la domanda di un terzo perché i creditori sono pochi; e lo stesso ragionamento vale per le domande dei creditori.

Il giudice delegato deve decidere in base al materiale che ha a disposizione e deve accertare il diritto fatto valere con la domanda di ammissione al

1234 ritiene che il fallito intervenga attivamente non come parte processuale, ma nemmeno come mero informatore del giudice.

¹⁷⁴ NARDONE, *Commento*, cit., 1234; BOZZA, *Commento*, cit., 1445.

passivo ovvero di rivendica-restituzione come se fosse un giudice di cognizione che sta decidendo sulla domanda di accertamento di un diritto, anche se qui la decisione non ha forza di giudicato esterno, avendo efficacia solo endofallimentare ex art. 96, ultimo comma l.fall. Questa conclusione è, poi, confermata dal fatto che l'art. 95 afferma che il giudice decide "su ciascuna domanda" e, quindi, indipendentemente dalle altre. Probabilmente prima deciderà su tutte le domande di un tipo e poi sulle altre, anche se non si può escludere che non sia così, vista la mancanza di interferenze tra le une e le altre; potrebbe addirittura accadere che il giudice non sia in grado di prendere in considerazione tutte le domande in un'unica adunanza, ad esempio per l'elevata presenza di ricorsi, e decida sulle domande dei creditori in un'udienza e su quelle dei titolari di diritti nel prosieguo di essa, dopo averne disposto il rinvio.

Se quanto appena affermato vale come regola generale, si deve, però, sottolineare che ci possono essere dei casi in cui è necessaria la contemporanea valutazione dei due elenchi per ragioni di carattere giuridico. Si pensi all'ipotesi in cui il creditore fa valere il diritto di ipoteca su un determinato bene, che è convinto essere del suo debitore; se un terzo soggetto propone domanda di rivendica di quel bene, sostenendo di esserne il proprietario, nel caso in cui la domanda di quest'ultimo fosse accolta, il creditore ne sarebbe pregiudicato. In ipotesi di questo genere, in cui la domanda di un creditore è giuridicamente connessa alla domanda di un terzo, sarà necessario esaminare insieme i due ricorsi per avere una visuale completa ed evitare decisioni discordanti.

Di tutte le operazioni compiute durante l'udienza di discussione, comprese quelle disciplinate nell'art. 96 l.fall., deve essere redatto verbale, al quale vanno allegati le osservazioni scritte e i documenti integrativi inizialmente trasmessi al curatore ex art. 95, comma 2 ovvero presentati a seguito del rilievo ufficioso del giudice delegato.

2. Le possibili decisioni del giudice delegato

Il giudice delegato, dopo aver esaminato il progetto provvisorio redatto dal curatore ed il materiale presentato da quest'ultimo e dagli interessati, forma lo stato passivo definitivo, decidendo sui ricorsi proposti ex art. 93 l.fall. con decreto. Oggi questo provvedimento deve sempre essere motivato, indipendentemente dall'esito della pronuncia, e non solo quando la domanda è stata contestata dal curatore, com'era stato ingiustamente stabilito con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5¹⁷⁵. La motivazione è, infatti, importante ai fini dell'impugnazione della decisione, perché consente di verificare le ragioni su cui si fonda e la correttezza del ragionamento del giudice¹⁷⁶; per tale motivo ed essendo necessario coordinare la norma con l'art. 111, comma 6 Cost., che stabilisce che tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati, anche sotto il vigore della prima riforma si era ritenuto che il decreto dovesse essere motivato pure nell'ipotesi in cui il giudice delegato si fosse adeguato alle conclusioni del curatore o nel caso in cui le contestazioni provenissero non dalla curatela, bensì dai creditori, dai titolari di diritti o dal fallito¹⁷⁷.

L'art. 96 l.fall. prevede, poi, che la motivazione sia sintetica, ma, essendo utile al fine appena indicato, deve essere chiara per consentire ai soggetti legittimati di usufruire consapevolmente dei mezzi indicati all'art. 98 l.fall.¹⁷⁸; comunque, non deve necessariamente essere esaustiva, essendo sufficiente una sommaria (ma comprensibile) enunciazione delle ragioni del provvedimento¹⁷⁹.

¹⁷⁵ *Relazione al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.*

¹⁷⁶ CONSOLO, *Profili generali*, cit., 261-262; APRILE e GHEDINI, *Sub art. 96 l.fall.*, in *La legge fallimentare: commentario teorico-pratico. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, disposizioni integrative e correttive*, a cura di Ferro, Padova, 2008, 174.

¹⁷⁷ SALETTI, *La formazione dello stato passivo*, cit., 434; BOZZA, *Commento*, cit., 1454.

¹⁷⁸ BOZZA, *Commento*, cit., 1455; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 973.

¹⁷⁹ ZORZI, *Difetto di motivazione del provvedimento di esclusione del credito e riflessi sul giudizio di opposizione allo stato passivo*, in *Fallimento*, 2009, 611 (nota a Trib.

Riguardo alle conseguenze del difetto di motivazione, perché omessa o insufficiente, si è affermato in giurisprudenza che esso non comporta l'ammissione del credito in sede di opposizione allo stato passivo, bensì che la motivazione sia resa al termine di questo giudizio impugnatorio, dopo che il tribunale ha proceduto all'accertamento pieno del diritto. In sede di opposizione, infatti, non si può ammettere al passivo un diritto soltanto perché il provvedimento di rigetto era affetto da un vizio di motivazione, ammissione che sarà possibile solo se sostenuta da ulteriori ragioni valide¹⁸⁰.

L'art. 96, comma 1 l.fall., così come modificato dal d.lgs. 5/2006, elenca le possibili decisioni che può assumere il giudice delegato durante l'udienza di discussione, riprendendo quanto prevedeva la legge fallimentare originaria, oltre a ciò che era pacifico in dottrina e giurisprudenza sotto il suo vigore. Oggi, infatti, il ricorso sia dei creditori che dei titolari di diritti sui beni di proprietà o in possesso del fallito può essere:

- a) dichiarato inammissibile, nei casi previsti dall'art. 93 l.fall., cioè quando nella domanda non sono stati indicati o risultano incerti la procedura a cui si vuole partecipare, le generalità dell'istante, il *petitum* o la *causa petendi*, ovvero negli altri casi in cui il provvedimento incorre in vizi generali di natura processuale¹⁸¹;
- b) accolto, nel qual caso il diritto viene accertato come esistente ed il ricorrente viene autorizzato a partecipare alla fase di ripartizione dell'attivo patrimoniale;
- c) rigettato esplicitamente. Secondo una parte della dottrina¹⁸² configura un'ipotesi di rigetto anche l'omessa pronuncia su una domanda o una parte di essa. In realtà, in tal caso è preferibile applicare la medesima

Vicenza, 21 maggio 2008).

¹⁸⁰ Trib. Vicenza, 21 maggio 2008, cit., 609.

¹⁸¹ NARDONE, *Commento*, cit., 1237; SALETTI, *La formazione dello stato passivo*, cit., 434.

¹⁸² BOZZA, *Commento*, cit., 1455.

disciplina che si ritiene valga nel processo ordinario di cognizione, dal momento che l'accertamento del passivo è un procedimento di natura giurisdizionale, a cui sono applicabili i principi generali del processo civile, se non sono derogati espressamente dalla legge fallimentare. Pertanto, l'omissione totale di pronuncia comporta il diniego di giustizia e rileva soltanto sul piano della responsabilità civile del giudice¹⁸³. Diversamente, l'omissione parziale integra violazione dell'art. 112 c.p.c. e deve essere fatta valere in sede di impugnazione (nella sede che stiamo esaminando mediante opposizione al decreto che rende esecutivo lo stato passivo), tranne nell'ipotesi in cui nel provvedimento del giudice sia implicita una risposta negativa, ipotesi che configura un vero e proprio rigetto¹⁸⁴;

d) accolto con riserva, nei casi previsti dal secondo comma dell'art. 96 e negli altri previsti specificamente dalla legge.

Le pronunce di accoglimento o di rigetto possono essere totali o parziali e attengono al merito della domanda. Per quanto riguarda, invece, la dichiarazione d'inammissibilità di un ricorso, il legislatore del 2006 ha stabilito espressamente che, in tale ipotesi, si può riproporre la domanda. Tale regola era pacificamente applicata anche in precedenza, quando la pronuncia d'inammissibilità non era prevista dalla legge fallimentare, ma era comunque ritenuta ammissibile dalla dottrina¹⁸⁵ e dalla giurisprudenza¹⁸⁶, in base ai principi del diritto processuale civile: con tale decisione il giudice non entra nel merito della pretesa, ma la rigetta in rito. Nonostante ciò, l'espressa previsione è opportuna per evitare che sorgano dubbi in proposito; la riproposizione successiva del ricorso, esente da vizi,

¹⁸³ GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del c.p.c.*, a cura di Allorio, I, Torino, 1973, 1274; MANDRIOLI, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, in *Diritto processuale civile*, Torino, 2011, 90.

¹⁸⁴ In dottrina, MANDRIOLI, *Nozioni introduttive*, cit., 95; in giurisprudenza, Cass., 24 giugno 2003, n. 10001, in *Massim. Giur. it.*, 2003.

¹⁸⁵ BOZZA, *Il procedimento di accertamento del passivo iter processuale*, cit., 109-110.

¹⁸⁶ Per un caso di pronuncia di inammissibilità, si veda Trib. Lanciano, 27 settembre 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 434.

avverrà con domanda necessariamente tardiva ex art. 101 l.fall.¹⁸⁷; e non è neppure possibile una rimessione in termini, dal momento che questo istituto trova applicazione, ex art. 153, comma 2 c.p.c., solo nei casi in cui l'istante sia incorso in decadenze per causa a lui non imputabile e, se il ricorso è inammissibile, significa che il soggetto non ha usato la massima diligenza. Essendo, dunque, decorso il termine previsto dall'art. 93 l.fall. e non essendo applicabile la rimessione in termini, si applica la deteriore disciplina prevista dall'art. 101 l.fall.

Il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 ha riformato ulteriormente l'art. 96 l.fall., abrogandone il secondo comma, che era stato aggiunto solo l'anno prima e che prevedeva che, nel caso il provvedimento fosse di accoglimento del ricorso, in esso dovesse essere indicato pure il grado dell'eventuale diritto di prelazione. Tale disposizione aveva un senso perché l'art. 93 l.fall. stabiliva che il creditore doveva indicare nella domanda la graduazione del credito; nel momento in cui quest'onere è stato eliminato dal decreto correttivo, perché si è detto che deriva direttamente dalla legge e non richiede, quindi, alcun accertamento del giudice prima della fase di liquidazione dell'attivo, è stato abrogato anche il secondo comma dell'art. 96.

Secondo una parte della dottrina, il legislatore non doveva rimuovere tale norma e doveva lasciare che fosse il giudice delegato ad affrontare la questione e non il curatore in sede di ripartizione dell'attivo, per evitare un aggravio delle attività di quest'ultimo ed il rischio di un successivo contenzioso con conseguente rallentamento della fase di riparto¹⁸⁸. A mio avviso, l'abrogazione della norma ha comportato sicuramente più lavoro per il curatore, ma non anche un necessario rallentamento della procedura.

¹⁸⁷ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 241; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1045; BOZZA, *Commento*, cit., 1455; PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 373.

¹⁸⁸ PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 374; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 241; BONFATTI, CENSONI, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare. Appendice al manuale*, Padova, 2008, 39.

Dopo la riforma del 2006, al termine della fase di accertamento del passivo, il giudice formava lo stato passivo, mettendo già nell'ordine i vari diritti di credito, ed il curatore non doveva far altro che seguire questo assetto nei vari piani di riparto che presentava ex art. 110 l.fall. Con il decreto correttivo, invece, il progetto di stato passivo è divenuto una semplice lista non ordinata delle domande che il giudice delegato ritiene di accogliere e sarà, quindi, il curatore a dover mettere nell'ordine i diritti ammessi direttamente nel progetto di riparto che viene depositato in cancelleria ogni quattro mesi ex art. 110 l.fall. Si badi, però, che il giudice delegato, quando pronuncia sulla domanda e la accoglie, decide anche in merito alle eventuali cause di prelazione fatte valere dai ricorrenti, per cui l'attività del curatore non potrà che essere una mera esecuzione materiale di quanto deciso dal primo in sede di accertamento del passivo.

Da questo quadro sorge, comunque, spontanea una domanda: quand'è che si svolge il contraddittorio sulla graduazione dei diritti di prelazione, se esso non è più assicurato nel procedimento di accertamento del passivo? Infatti, anche se il grado discende dalla legge e il giudice delegato ha già accertato l'esistenza o meno della causa di prelazione, il curatore potrebbe sbagliare e collocare il credito in una posizione sbagliata. Per tale motivo, il terzo comma dell'art. 110 permette ai creditori di proporre reclamo al giudice delegato contro il riparto ai sensi dell'art. 36 l.fall. e stabilisce che, in sua mancanza, il progetto diventa esecutivo. Il contraddittorio risulta, quindi, garantito mediante il reclamo, che, nel caso sia promosso, porta sicuramente ad un allungamento dei tempi e del contenzioso, come affermato dalla dottrina summenzionata.

Bisogna, però, prendere in considerazione anche la situazione contraria, che si ha quando nessun creditore propone reclamo avverso il progetto e che dovrebbe essere la situazione normale, dal momento che il curatore, essendo anche un organo della procedura, dovrebbe operare con la massima diligenza. In tale ipotesi, il grado della prelazione non viene accertato né

prima (nella fase di accertamento del passivo) né dopo (durante la ripartizione dell'attivo): se ne può desumere che il curatore abbia applicato correttamente la legge, perché altrimenti, se avesse attribuito un grado superiore o inesistente, gli altri creditori avrebbero sicuramente impugnato il riparto e, se avesse attribuito un grado inferiore, il reclamo sarebbe stato proposto dal soggetto leso. Ne consegue un risparmio in termini di tempo e un acceleramento della procedura, che è positivo nel caso sia stato comunque ed in qualche modo assicurata una forma di contraddittorio¹⁸⁹.

Criticabile è pure l'opinione secondo cui, ancor oggi, il giudice delegato dovrebbe individuare il grado della prelazione, visto che il creditore indica nella domanda alcuni elementi che consentono tale individuazione¹⁹⁰. A mio parere, se il giudice procedesse a questa valutazione, dovrebbe necessariamente mettere in ordine i crediti ammessi e rischierebbe di cadere, quindi, nel vizio di ultrapetizione o, comunque, di incorrere in un comportamento *contra legem*, a seguito dell'abrogazione espressa del secondo comma dell'art. 96 l.fall.

3. (segue) L'ammissione al passivo con riserva

Abbiamo visto che il giudice delegato può decidere di accogliere la domanda non puramente e semplicemente, ma ammettendo il relativo credito con riserva, con due importanti effetti: nelle ripartizioni parziali devono essere trattenute e depositate le somme assegnate ai creditori

¹⁸⁹ Ritengono positiva la modifica apportata nel 2007 anche: MONTANARI, *La verifica del passivo fallimentare nell'assetto scaturito dal decreto correttivo della riforma*, in *Fallimento*, 2008, 497; APRILE e GHEDINI, *Sub art. 93 l.fall.*, in *La legge fallimentare*, cit., 165, che ritengono che l'indicazione del grado possa essere solo provvisoria in sede di accertamento del passivo, visto che è legata alla quantificazione della massa passiva ed agli esiti della liquidazione; BERNARDI, *La riforma della riforma fallimentare: appunti e riflessioni*, in *www.ilcaso.it*, 2007, 6, che sottolinea che, al momento del riparto, lo stato passivo è integrato dai provvedimenti di accoglimento dei ricorsi tardivi e l'attivo da distribuire è definitivamente formato.

¹⁹⁰ PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 374-375.

ammessi con riserva (art. 103 l.fall) e, poi, a questi soggetti è assicurato il diritto di voto nel concordato fallimentare (art. 127 l.fall.).

L'ammissione con riserva era possibile anche sotto il vigore della legge fallimentare del 1942, che prevedeva soltanto due casi in cui il giudice poteva procedere in tal modo (art. 95, comma 2 l.fall.):

- 1) quando mancavano i documenti giustificativi;
- 2) quando i crediti erano sottoposti a condizione, situazione a cui la legge equiparava l'ipotesi in cui il credito potesse esser fatto valere nei confronti del fallito solo dopo l'escussione dell'obbligato principale (art. 55, comma 3 l.fall.).

Oggi, a seguito della riforma apportata con il d.lgs. 5/2006, l'art. 96, comma 2 l.fall. prevede quattro categorie di situazioni in cui il giudice può ammettere un credito con riserva:

- 1) nei casi contemplati specificamente da leggi speciali, come previsto, ad esempio, dall'art. 88 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602 per i crediti tributari iscritti a ruolo su cui sono sorte contestazioni;
- 2) quando i crediti sono condizionati o nell'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'art. 55 l.fall., ossia di crediti che si possono far valere contro il fallito solo dopo aver escusso il debitore principale.

Il credito è condizionato quando l'efficacia o la risoluzione del contratto o del patto da cui sorge è subordinata ad un evento futuro o incerto (art. 1353 c.c.). Potendo, quindi, la condizione essere sia sospensiva che risolutiva, bisogna chiedersi se l'art. 96 si riferisca ad entrambi questi istituti o soltanto al primo: il dubbio nasce perché, se il contratto è sottoposto a condizione risolutiva, il negozio è efficace e, solo se si realizza l'evento, il credito viene meno. Anche se la legge non distingue (il che farebbe propendere per l'applicazione della norma ad entrambe le condizioni¹⁹¹), ritengo che il giudice debba ammettere puramente e

¹⁹¹ Su quest'argomento e sul fatto che l'art. 113 l.fall., nel disciplinare i riparti parziali, dal 2006 si riferisce genericamente ai creditori ammessi con riserva e non fa più

semplicemente il credito sottoposto a condizione risolutiva poiché il nuovo art. 113-bis l.fall. collega lo scioglimento della riserva al momento in cui “si verifica l’evento”. Infatti, se si dovesse applicare alla lettera la legge fallimentare, si dovrebbe aspettare il momento in cui l’evento dedotto nella condizione sopravviene, ma nello stesso istante in cui ciò accade il contratto si risolve, con effetti retroattivi al tempo in cui è stato concluso (art. 1360 c.c.). Di conseguenza, se il giudice delegato ammette con riserva il credito condizionato e scioglie la riserva quando si realizza l’evento, si passa da un accoglimento con riserva ad un rigetto della domanda perché, una volta sciolta la riserva, il giudice non può far altro che accertare che il contratto si è risolto e che il soggetto non è più titolare del diritto di credito. Sorge, quindi, spontanea una domanda: qual è il senso di tutto questo? Perché ammettere con riserva un credito che verrà necessariamente escluso quando si verifica la condizione o, peggio ancora, rimane ammesso con riserva se l’evento non si verifica? È difficile, se non impossibile, trovare il motivo per cui il legislatore debba aver voluto prevedere un tale meccanismo. Senza considerare il fatto che, nel momento in cui il giudice pronuncia il provvedimento di ammissione con riserva, il contratto da cui deriva il credito è efficace.

In base a quanto detto ed essendo l’ammissione con riserva funzionale ad una futura ammissione, si deve concludere che non può essere pronunciata con riferimento ad un credito condizionato risolutivamente, che dovrà essere, dunque, ammesso puramente e semplicemente. Nel caso in cui, dopo l’ammissione, si verifichi l’evento dedotto in condizione, la sopravvenuta risoluzione del contratto con efficacia retroattiva comporterà l’automatica esclusione del credito dal passivo e, se c’è già stata la ripartizione dell’attivo, il soggetto dovrà restituire il

riferimento soltanto ai crediti sottoposti a condizione sospensiva, si basano gli autori che ritengono applicabile l’art. 96 l.fall. anche nell’ipotesi di condizione risolutiva: si vedano LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 446; SCARSELLI, *L’accertamento del passivo*, cit., 313.

pagamento ricevuto. Infatti, l'art. 114, comma 2 l.fall. stabilisce che i creditori che hanno percepito somme non dovute devono restituirle insieme agli interessi legali maturati dal momento del pagamento¹⁹².

Diversamente, nell'ipotesi in cui il credito è sottoposto ad una condizione sospensiva, il contratto da cui deriva non può produrre effetti fino al momento in cui si verifica l'evento: qui c'è soltanto una possibilità che il credito debba essere ammesso al passivo, ma non una certezza, dipendendo il credito da un fatto futuro ed incerto. Questo è il vero ambito di applicazione dell'art. 96, comma 2, n. 1: il credito deve essere ammesso con riserva e, nel momento in cui si verificherà l'evento, la riserva sarà sciolta ex art. 113-bis.

Riguardo all'altra ipotesi in cui il credito può essere fatto valere contro il fallito solo dopo l'escussione dell'obbligato principale, situazione che si ha ad esempio nel caso di una fideiussione, quando il fallito è fideiussore, ci si è chiesti se sia un'ipotesi di credito condizionato, visto che la legge assimila le due ipotesi. A mio avviso, se così fosse, la legge non avrebbe avuto bisogno di specificare tale ipotesi, rientrando già nella norma; anzi, qui è proprio la norma che crea una condizione, collegando l'ammissione pura all'evento "escussione del debitore principale" e prevedendo, per tale motivo, l'applicazione della medesima disciplina¹⁹³. Non si può, quindi, ricavare dalla legge fallimentare una nozione di condizione più ampia di quella civilistica, che permetta di fare riferimento a situazioni non richiamate espressamente, anche perché il rischio è quello di una riserva atipica, che non è valida (vedi *infra*);

¹⁹² In adesione GUIZZI, *Il passivo*, in *Diritto fallimentare: manuale breve*, Milano, 2008, 282, che ritiene esperibili le azioni di ripetizione di indebitato. In senso contrario, BOZZA, *Commento*, cit., 1460-1461, ritiene, invece, che l'unico modo per ottenere la restituzione sia l'ammissione con riserva.

¹⁹³ Della stessa opinione è NARDONE, *Commento*, cit., 1242, che differenzia le due ipotesi perché la condizione sorge con il credito, mentre l'incapienza del debitore principale nasce dopo il fallimento. In senso contrario BOZZA, *Commento*, cit., 1461-1462 e, in giurisprudenza, sotto il vigore della disciplina del 1942, Cass. 25 agosto 1998, n. 8428, in *Fallimento*, 1999, 604.

3) quando non è stato prodotto il titolo del credito a causa di un fatto non riferibile al creditore, salvo il caso in cui venga presentato entro il termine assegnato dal giudice. La legge parla specificamente di “titolo del credito”, facendo riferimento al documento dimostrativo del diritto del creditore ex art. 93, comma 6 l.fall.¹⁹⁴, che deve essere decisivo per l’ammissione della pretesa¹⁹⁵. Infatti, non avrebbe senso aspettare la produzione di tale elemento probatorio quando il materiale che il giudice ha a disposizione giustifica già l’esclusione¹⁹⁶ o l’ammissione del diritto o una pronuncia di inammissibilità della domanda. Sarà, quindi, onere del creditore dimostrare l’esistenza del titolo ed indicarne il contenuto possibilmente già nella domanda iniziale o, comunque, non oltre il termine per la presentazione di osservazioni scritte e documenti integrativi, potendo all’udienza procedere solo al deposito definitivo del titolo e non all’indicazione di esso¹⁹⁷. Si tratta, come detto, di un onere e, quindi, il soggetto deve esercitare correttamente tale potere per usufruire dei suoi effetti positivi.

Data la formulazione poco felice della norma, ci si deve chiedere come debba comportarsi il giudice di fronte alla mancata produzione del titolo. Una parte della dottrina¹⁹⁸ ha affermato che l’assegnazione di un termine per la produzione del titolo è facoltativa per il giudice, il quale potrebbe ammettere il credito direttamente con riserva nel caso ci siano esigenze di durata del procedimento che depongono in tal senso. Tuttavia, se così

¹⁹⁴ BOZZA, *Commento*, cit., 1464; BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 301.

¹⁹⁵ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 242.

¹⁹⁶ Difficilmente si realizzerà questa situazione nella realtà dei fatti, perché se il giudice è orientato verso il rigetto e manca la presentazione di un documento significativo, è preferibile che ammetta con riserva il credito; comunque, tale situazione non è da escludere perché potrebbe accadere che dal materiale emerga con certezza la necessità del rigetto del ricorso (se fosse alta probabilità, essendoci anche solo un minimo dubbio, il giudice dovrebbe accogliere il credito con riserva).

¹⁹⁷ BOZZA, *Commento*, cit., 1465 e NARDONE, *Commento*, cit., 1242 ritengono che tale indicazione debba essere contenuta nella domanda.

¹⁹⁸ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 243; NARDONE, *Commento*, cit., 1243.

fosse, la legge non avrebbe avuto bisogno di specificare “salvo che la produzione avvenga nel termine assegnato dal giudice”, essendo questa una conseguenza normale, nel senso che, se il soggetto presenta il titolo entro l’udienza, comprensiva dei rinvii, e dimostra la sua pretesa (e lo può fare perché l’art. 95, comma 3 l.fall. consente attività istruttorie durante l’adunanza), è normale che il giudice ammetta puramente e semplicemente il credito e non con riserva. La previsione sembra, dunque, far propendere nel dire che in presenza di tale situazione il giudice, prima di ammettere con riserva, deve sempre assegnare un termine per il deposito del titolo e, solo in assenza di esso, deve procedere ex art. 96, comma 2. Senonché tale interpretazione comporta un notevole allungamento dei tempi del procedimento, in contrasto con le esigenze di celerità che sono alla base dello stesso. Sembra, quindi, preferibile ritenere, in parziale accordo con l’opinione summenzionata, che l’art. 96, comma 2, n. 2, che prevede l’ipotesi in esame, consenta al giudice delegato di scegliere se assegnare un termine per la produzione del titolo ovvero se ammettere direttamente con riserva il credito. La scelta, però, non dipenderà dalle esigenze di durata del procedimento, bensì dal momento in cui, secondo la valutazione discrezionale del giudice, il soggetto interessato sarà in grado di produrre il titolo. Infatti, per poter ottenere l’ammissione con riserva l’istante deve dimostrare che la mancata produzione del titolo dipende da un fatto a lui non riferibile, ossia non imputabile¹⁹⁹: se ne può dedurre che la norma si applica quando il soggetto ha la disponibilità giuridica, ma non materiale del documento, che è posseduto da un terzo che, per i più svariati motivi, non lo consegna all’interessato²⁰⁰. Di conseguenza, se l’organo decidente, in base alla dimostrazione offerta, ritiene che il ricorrente sarà

¹⁹⁹ NARDONE, *Commento*, cit., 1243; PAGNI, *L’accertamento dello stato passivo*, cit., 378; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1050; BOZZA, *Commento*, cit., 1465.

²⁰⁰ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 242.

in grado di produrre il documento entro poco tempo, gli concede un termine; viceversa, ammette con riserva il credito per evitare un inutile allungamento della procedura, visto che, anche se fissasse un termine, questo non sarebbe probabilmente rispettato e si dovrebbe, quindi, ammettere il credito con riserva anche alla sua scadenza. Infatti, quando scade il termine assegnato, se non è ancora stato prodotto il titolo, non è escluso che permanga il fatto non riferibile all'istante e che il giudice ammetta il credito con riserva. Se la legge avesse voluto escludere tale possibilità, avrebbe dovuto statuire "salvo che il giudice delegato assegni un termine", espressione che avrebbe permesso al giudice soltanto di scegliere subito tra l'assegnazione del termine e l'ammissione con riserva. Viceversa, l'attuale formulazione della norma consente al giudice delegato di ammettere con riserva il diritto oppure assegnare un termine per la produzione del titolo, alla scadenza del quale può ancora pronunciare l'ammissione con riserva, se la non riferibilità persiste²⁰¹.

Rimane da sottolineare che il giudice delegato può pronunciarsi in tal modo soltanto se è ancora in essere l'udienza di discussione, perché la legge oggi prevede che la decisione sia presa entro la fine di essa e non successivamente (diversamente dal passato, quando il giudice poteva riservarsi la definitiva formazione dello stato passivo fino ai quindici giorni successivi); perciò, se decide di assegnare un termine per la produzione del titolo, dovrà procedere al rinvio dell'adunanza ex art. 96, comma 3 l.fall., di modo che il termine scada prima della chiusura dell'adunanza stessa;

- 4) quando un credito è stato accertato da un altro giudice, ordinario o speciale, con sentenza pronunciata prima della dichiarazione di fallimento, ma non ancora passata in giudicato al momento dell'adunanza di verifica. In tal caso, la legge specifica che il curatore può proporre o proseguire il giudizio d'impugnazione contro la sentenza.

²⁰¹ In quest'ultimo senso, pure BOZZA, *Commento*, cit., 1465.

In passato, prima dell'emanazione del d.lgs. 5/2006, la legge non prevedeva questa ipotesi tra i casi di ammissione con riserva e l'art. 95, comma 3 l.fall. stabiliva soltanto che, se il credito risultava da sentenza non passata in giudicato ed il giudice voleva escluderlo dal passivo, doveva essere impugnata la sentenza. Pertanto, se il giudice, ordinario o speciale, pronunciava una sentenza con cui accertava l'esistenza (o l'inesistenza) del diritto del creditore prima che venisse dichiarato il fallimento, questa non vincolava il giudice delegato nelle more della decorrenza del termine per impugnare o durante il giudizio d'impugnazione, non essendo ancora definitiva. Prendendo in considerazione l'ipotesi in cui la sentenza non definitiva accertava il diritto di credito (ma lo stesso ragionamento valeva e vale ancor oggi per il caso contrario²⁰²), il giudice delegato si trovava di fronte a due possibilità:

- a) se riteneva di ammettere al passivo il credito, concordando con quanto stabilito dall'altro giudice, ammetteva il diritto puramente e semplicemente, senza problemi;
- b) se, invece, credeva che il credito dovesse essere escluso dal passivo, doveva rimettere la causa all'udienza fissata per il giudizio di opposizione ex art. 98 l.fall., senza pronunciarsi nel merito, ed il giudizio pendente nell'altra sede veniva necessariamente attratto nell'orbita del fallimento²⁰³.

Nel 2006 il legislatore ha modificato la disciplina e ha inserito l'ipotesi in discussione tra i casi di ammissione con riserva, prevedendo, inoltre,

²⁰² Cass., 27 agosto 2007, n. 18088, in *Fallimento*, 2007, 1482; Cass., 23 dicembre 2010, n. 26041, in *Giust. civ. - Massim.*, 2010, 1643.

²⁰³ SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, 305-306. Per una diversa ricostruzione si vedano, invece, BOZZA, *Commento*, cit., 1467 e PELLEGRINO, *I giudizi di accertamento*, cit., 150, secondo i quali, se il giudice delegato credeva che il credito dovesse essere escluso dal passivo, doveva rigettare il ricorso ed era contemporaneamente necessaria l'impugnazione della sentenza ex art. 95, comma 3. Nel frattempo, il creditore poteva proporre opposizione contro il provvedimento di rigetto, ma tale giudizio veniva sospeso in attesa della sentenza definitiva resa in sede ordinaria o speciale.

che l'impugnazione sia una mera facoltà per il curatore (art. 96, comma 2). Da varie parti della dottrina sono state sollevate critiche alla riforma in oggetto, sostenendo che la norma solleva dubbi perché non chiarisce quale sia l'oggetto della riserva e che l'impugnazione del curatore doveva essere prevista come obbligatoria²⁰⁴. A mio avviso, questi dubbi possono essere risolti senza problemi nella maniera che segue.

La situazione è la stessa disciplinata in passato, ossia il giudice, ordinario o speciale, pronuncia una sentenza prima della dichiarazione di fallimento: se questa non viene impugnata e passa in giudicato prima dell'udienza di verifica, il giudice delegato ammette al passivo il credito puramente e semplicemente, senza possibilità di scelta; viceversa, se essa non è ancora passata in giudicato al momento dell'adunanza di verifica, il credito viene ammesso con riserva, perché c'è una situazione di incertezza, ed il curatore deve decidere se impugnare o proseguire nel giudizio d'impugnazione ovvero se non farlo. Il curatore ha, quindi, due possibilità, a seconda che sia d'accordo o meno con quanto affermato nella sentenza pronunciata dal giudice ordinario o speciale: nel primo caso non impugna la sentenza; nel secondo caso propone l'impugnazione o, comunque, fa proseguire il relativo giudizio già instaurato. Tuttavia, in tale ultima ipotesi la curatela ha bisogno dell'autorizzazione del giudice delegato, dal momento che l'art. 25 l.fall. stabilisce che il giudice delegato deve autorizzare il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto. Di fronte alla scelta del curatore è, dunque, il giudice delegato ad avere l'ultima parola: egli deve ammettere in ogni caso il diritto con riserva, ma soltanto se ritiene pure lui che la sentenza debba essere impugnata o che il giudizio d'impugnazione debba proseguire, dà l'autorizzazione al curatore ex art. 25 l.fall.

Da quanto detto emergono due aspetti: in primo luogo, se l'impugnazione o la prosecuzione del relativo giudizio fossero stati

²⁰⁴ BOZZA, *Commento*, cit., 1468-1469; NARDONE, *Commento*, cit., 1244.

previsti come obbligatori, l'autorizzazione del giudice delegato non sarebbe necessaria o, comunque, dovrebbe essere sempre concessa essendoci un obbligo, che però non è più previsto e non può essere ricavato in via interpretativa. In secondo luogo, se il curatore decide di non impugnare o di non proseguire il relativo giudizio ovvero se il giudice delegato nega l'autorizzazione, significa che o l'uno o l'altro sono d'accordo con quanto statuito dal giudice ordinario o speciale e non si deve far altro che aspettare il passaggio in giudicato del provvedimento, ammettendo nel frattempo il credito con riserva. Di conseguenza, se l'impugnazione o la sua prosecuzione fossero state previste come obbligatorie, ci sarebbe un inutile allungamento dei tempi ed un aggravio delle attività del curatore, che sarebbe sempre e comunque costretto a continuare il giudizio ordinario o speciale, anche se lui o il giudice delegato fossero d'accordo con la pronuncia non ancora passata in giudicato.

Riguardo a quest'ultima ipotesi di ammissione con riserva rimane, infine, da sottolineare, che, facendo la norma espresso riferimento alla sentenza ed essendo vietate le riserve atipiche, non rientra nella previsione il decreto ingiuntivo non passato in giudicato²⁰⁵. Tale decreto, infatti, è un provvedimento sommario di condanna, che è sì un titolo esecutivo giudiziale, idoneo a dar vita ad un processo esecutivo, ma, diversamente dalla sentenza, non è pronunciato al termine di un processo ordinario di cognizione. Quest'ultimo, infatti, può essere instaurato per opera dell'obbligato dopo che il giudice ha pronunciato l'ingiunzione di pagamento o di consegna.

Il secondo comma dell'art. 96 l.fall. fa riferimento solo ai crediti, ma è da ritenere applicabile anche agli altri diritti oggetto delle domande dei terzi, visto che con il d.lgs. 5/2006 è stata parificata la disciplina delle domande

²⁰⁵ BOZZA, *Commento*, cit., 1469-1470; PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 381; NARDONE, *Commento*, cit., 1245.

di ammissione e di rivendica-restituzione, prevedendo alcune differenze soltanto nell'art. 103²⁰⁶; una diversificazione del trattamento giuridico comporterebbe un'inammissibile disparità di trattamento tra le due categorie di soggetti.

Come accadeva nel vigore dell'originaria legge fallimentare²⁰⁷, tuttora se non si è in presenza di una delle ipotesi elencate, la riserva è atipica e deve considerarsi come non apposta; il provvedimento sarà, quindi, di esclusione ovvero di ammissione pura e semplice del diritto²⁰⁸. In ogni caso, il creditore potrà proporre opposizione allo stato passivo per far eliminare l'incertezza creatasi con la decisione²⁰⁹ e questo vale non solo per la riserva atipica, ma anche quando, nonostante la situazione sia tipica, si ritenga che non sussistano i requisiti per l'accoglimento con riserva²¹⁰.

Per quanto riguarda lo scioglimento dell'ammissione con riserva, il legislatore del 2006 ha inserito un'apposita norma che disciplina tale istituto, ossia l'art. 113-bis l.fall., superando l'opinione giurisprudenziale che si era formata in precedenza. La Suprema Corte²¹¹ aveva, infatti, distinto tra le due ipotesi previste dalla legge: nel caso l'ammissione con riserva fosse dovuta alla mancata produzione di un documento giustificativo, essa conservava validità solo se il creditore proponeva opposizione allo stato passivo e presentava il documento durante questo giudizio, perché altrimenti il decreto del giudice delegato diventava esecutivo e, non essendo stata fornita la prova, il credito veniva escluso.

²⁰⁶ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1049; NARDONE, *Commento*, cit. (ma nell'edizione precedente del 2006), 549.

²⁰⁷ BOZZA, *Il procedimento di accertamento del passivo iter processuale*, cit., 117 e 123; RUSSO, *L'accertamento*, cit., 238. In giurisprudenza, Cass., 13 maggio 1982, n. 2996, in *Fallimento*, 1983, 572.

²⁰⁸ Cass., 20 febbraio 2004, n. 3397, in *Dir. Fall.*, 2005, II, 46; Cass., 2 giugno 2000, n. 7329, in *Massim. Giur. it.*, 2000; nella giurisprudenza di merito, Trib. Bergamo, 13 febbraio 2004, in *Fallimento*, 2004, 1056.

²⁰⁹ Trib. Crotona, 15 febbraio 1999, in *Foro it.*, 1999, I, 2082; Trib. Roma, 26 luglio 1994, in *Dir. Fall.*, 1995, II, 153; Trib. Cassino, 4 dicembre 1991, in *Fallimento*, 1992, 843.

²¹⁰ BOZZA, *Commento*, cit., 1460.

²¹¹ Cass., 16 aprile 2003, n. 6010, in *Massim. Giur. it.*, 2003; Cass., 28 gennaio 1999, n. 738, in *Fallimento*, 2000, 72; Cass. 19 gennaio 1961, n. 75, in *Dir. Fall.*, 1961, II, 36.

Nel diverso caso in cui l'ammissione con riserva fosse collegata ad una condizione, non era necessaria l'opposizione, ma il verificarsi dell'evento futuro ed incerto, essendo già stata accertata l'esistenza del credito derivante da un contratto non ancora produttivo di effetti.

Oggi, l'art. 113-bis non differenzia più e prevede una regola unitaria: quando si realizza l'evento su cui è basata la riserva, il curatore o la parte interessata chiede al giudice di modificare lo stato passivo, con decreto, e di accogliere definitivamente la domanda. La norma non prevede nulla per l'ipotesi contraria in cui non si sia verificato l'evento: come ritenuto da autorevole dottrina²¹², la disciplina sarà la medesima, per cui il curatore o l'interessato chiederanno al giudice di sciogliere la riserva e rigettare la domanda. A mio avviso, la regola di cui all'art. 113-bis si applica soltanto nell'ipotesi prevista al n° 3 dell'art. 96, comma 2, perché il rigetto potrà essere chiesto quando la sentenza che accerta l'inesistenza del diritto passa in giudicato; diversamente accade negli altri due casi in cui l'evento futuro o la produzione del documento potrebbero non arrivare mai.

4. La formazione dello stato passivo e la sua esecutività

Il quarto comma dell'art. 96 l.fall. prevede che il giudice delegato, dopo aver esaminato tutte le domande, deve formare lo stato passivo e renderlo esecutivo mediante decreto. Abbiamo visto che il giudice decide sulle domande, emettendo per ciascuna di esse un provvedimento che può essere d'inammissibilità, di rigetto o di accoglimento, puro o con riserva, e che tutte queste decisioni confluiscono poi nello stato passivo, composto insieme dallo stato dei debiti e dallo stato delle domande dei terzi.

Sotto il vigore della legge fallimentare del 1942, il giudice poteva non formare lo stato passivo al termine dell'udienza di discussione, ma riservarsi la possibilità di farlo entro i successivi quindici giorni e questo

²¹² BOZZA, *Commento*, cit., 1471-1472.

poteva accadere “in ogni caso”. Era controverso se, nel periodo della riserva, le parti potessero fornire nuovi elementi per permettere una valutazione più ampia. La soluzione negativa era basata sulla circostanza che il procedimento era ormai chiuso e in condizioni di essere definito²¹³; quella positiva sui poteri inquisitori e ufficiosi del giudice²¹⁴. Oggi la questione non si pone, perché il nuovo art. 96 non prevede più questa possibilità: il giudice delegato può formare lo stato passivo soltanto al termine dell’udienza di discussione e non successivamente. La mancata previsione di tale facoltà è stata da più parti criticata perché foriera di decisioni affrettate nel caso in cui il giudice debba affrontare questioni particolarmente complesse²¹⁵; in realtà, in tali occasioni, il giudice potrà disporre il rinvio delle operazioni, come previsto dal terzo comma dell’art. 96²¹⁶.

Il legislatore ha espressamente affermato di non aver previsto questa facoltà del giudice per scopi acceleratori del procedimento e per consentire la richiesta della sostituzione del curatore o dei membri del comitato dei creditori ex art. 37-bis l.fall.²¹⁷. Tale potere è riconosciuto ai creditori ammessi, che possono procedere alle nuove designazioni dopo che si è conclusa l’adunanza per l’esame dello stato passivo e prima della dichiarazione di esecutività dello stesso, secondo quanto è stato stabilito con il decreto correttivo; la disposizione del 2006 prevedeva, invece, che questo dovesse avvenire “in sede di adunanza”, ma ciò comportava che solo “una maggioranza occasionale di creditori presenti”, e non “la maggioranza di tutti i creditori ammessi”, potesse provocare la

²¹³ PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, 1440.

²¹⁴ PELLEGRINO, *L’accertamento del passivo*, cit., 234.

²¹⁵ BOZZA, *Commento*, cit., 1476; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 244-245.

²¹⁶ Si sono espressi in tal modo anche DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1054; BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 309; SDINO, *L’accertamento del passivo*, in *Fallimento e concordati: le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d’impresa dopo le riforme*, a cura di Celentano e Forgillo, Torino, 2008, 666.

²¹⁷ *Relazione al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.*

sostituzione del curatore ²¹⁸ ed è stata, dunque, modificata la disposizione. Non si capisce, però, in quale momento debba essere esercitato questo potere in base alla nuova previsione poiché oggi l'udienza di discussione si conclude dopo che lo stato passivo è stato dichiarato esecutivo e non prima. La norma deve essere, quindi, interpretata come se dicesse che, immediatamente dopo la conclusione dell'adunanza, i creditori ammessi possono chiedere la sostituzione della curatela. Viceversa, se si affermasse che questo potere debba essere esercitato prima del termine dell'udienza, s'incorrerebbe nei medesimi problemi che la riforma ha inteso eliminare.

Abbiamo visto, inoltre, che prima dell'udienza di discussione anche il curatore deve compilare un progetto di stato passivo, prendendo in considerazione le domande di tutti gli interessati, creditori o terzi, ma si tratta di un progetto provvisorio; infatti, quello che viene emesso dal giudice delegato a questo punto della procedura è uno stato passivo definitivo, che viene reso esecutivo con decreto e non può più essere modificato. Non si tratta di una mera ripetizione dell'attività in precedenza svolta dalla curatela, dal momento che le conclusioni di quest'ultima possono venire superate dal giudice dopo lo svolgimento del contraddittorio tra curatore e interessati nei quindici giorni anteriori e durante l'udienza di verifica. Infatti, il giudice non è vincolato al progetto del curatore, perché soltanto il primo compie un'attività giurisdizionale. Non si può, invece, ritenere che i due progetti siano diversi perché in quello definitivo il giudice delegato gradua le pretese di ciascuno e stabilisce l'ordine di soddisfazione; infatti, abbiamo visto che con il d.lgs. 169/2007 è stato abrogato il secondo comma dell'art. 96, che prevedeva che il giudice delegato dovesse anche indicare il grado dell'eventuale diritto di prelazione nel provvedimento di ammissione: oggi, quest'attività viene svolta dal curatore nel progetto di riparto, in sede di ripartizione dell'attivo.

²¹⁸ *Relazione al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.*

L'art. 96, comma 4 stabilisce, infine, che il decreto che rende esecutivo lo stato passivo deve essere depositato in cancelleria: la dichiarazione di esecutività fa sì che lo stato passivo diventi definitivo e non possa più essere modificato, salvo il diritto di impugnare ai sensi degli artt. 98 e 99 l.fall.²¹⁹. Tale decreto è unico ed è diverso dai singoli provvedimenti che decidono sulle domande; nonostante la legge non lo dica, si deve, comunque, ritenere che anche lo stato passivo definitivo debba essere depositato in cancelleria. Prima del d.l. 179/2012, convertito in legge dalla l. 221/2012, questa conclusione veniva fatta discendere dall'art. 97, comma 1, che parlava di “deposito in cancelleria dello stato passivo”²²⁰; oggi questa formulazione è stata soppressa, ma nulla vieta di arrivare alla medesima soluzione. L'art. 97, infatti, prevede che “il curatore, immediatamente dopo la dichiarazione di esecutività dello stato passivo, ne dà comunicazione trasmettendo una copia a tutti i ricorrenti”. Anche se sarebbe preferibile che il curatore inviasse agli interessati sia la copia dello stato passivo sia quella del decreto che lo rende esecutivo, perché è il primo che contiene le singole decisioni e che consente alle parti di conoscere l'esito del ricorso, la norma impone unicamente la spedizione del secondo. Quest'ultimo avviso ha due scopi: da un lato, avverte il soggetto del fatto che il giudice si è pronunciato e, dall'altro, segna il momento da cui inizia a decorrere il termine per impugnare. Pertanto, anche se la comunicazione del curatore non contiene lo stato passivo, essa raggiunge, comunque, questi scopi, ma non consente la conoscenza dell'esito del ricorso, che deve essere, quindi, garantita in altro modo. L'unica soluzione possibile è quella di depositare in cancelleria pure lo stato passivo, cosicché i soggetti interessati possano consultarlo e conoscerne il contenuto.

²¹⁹ BOZZA, *Commento*, cit., 1477; GUIZZI, *Il passivo*, cit., 303; SDINO, *L'accertamento*, cit., 666, che afferma che il decreto segna la chiusura delle operazioni di verifica.

²²⁰ BOZZA, *Commento*, cit., 1474; BRUSCHETTA, *L'accertamento dello stato passivo fallimentare*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti e Panzani, Milano, 2008, 366.

5. L'efficacia del decreto e l'oggetto delle domande

L'ultimo comma dell'art. 96 l.fall. stabilisce, con una disposizione innovativa rispetto al passato, che il decreto di esecutività dello stato passivo produce effetti solo ai fini del concorso (e che questo vale anche per le decisioni del tribunale pronunciate al termine delle impugnazioni di cui all'art. 99 l.fall.).

La legge del '42 nulla disponeva riguardo all'efficacia di tale decreto e dottrina e giurisprudenza davano alla questione soluzioni contrapposte. Per gran parte degli autori, il decreto produceva conseguenze extrafallimentari, avendo un'efficacia simile a quella del giudicato del processo di cognizione²²¹; viceversa, secondo la giurisprudenza, il provvedimento del giudice delegato non poteva produrre effetti al di fuori della procedura fallimentare²²². La giurisprudenza riteneva, infatti, che se il decreto non veniva impugnato, non potevano più essere messe in discussione, all'interno della procedura concorsuale, le questioni relative all'esistenza ed all'entità del credito, all'efficacia del titolo ed all'esistenza di cause di prelazione²²³. Nel 2006, il legislatore ha posto fine al dibattito e ha seguito la strada da ultimo indicata²²⁴. Secondo una parte della dottrina, sarebbe stato, però, previsto un effetto extra-fallimentare nell'ultimo comma dell'art. 120 l.fall., in base al quale il decreto con cui si ammette al passivo un credito costituisce prova scritta per gli effetti di cui all'art. 634 c.p.c.,

²²¹ PROVINCIALI, *Trattato*, III, cit., 1443-1445; FERRARA, *Il Fallimento*, Milano, 1974, 470. In senso contrario BOZZA, *La natura giuridica del giudizio di accertamento del passivo*, in *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, di Bozza e Schiavon, cit., 37; RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, cit., 569.

²²² Cass., 15 settembre 2006, n. 19940, in *Fallimento*, 2007, 465; Cass., 3 settembre 2003, n. 12823, in *Fallimento*, 2004, 1012; Cass., 11 marzo 2003, n. 3550, in *Fallimento*, 2003, 1295; Cass., 27 luglio 1963, n. 2082, in *Dir. Fall.*, 1963, II, 633, che ha distinto, però, il provvedimento del giudice delegato dalla sentenza che chiude il giudizio di opposizione, ritenendo che si produca soltanto in tale ultimo caso l'efficacia di giudicato.

²²³ Per una rassegna delle sentenze della Cassazione che si sono espresse in tal modo, si veda PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 383.

²²⁴ La nuova disposizione è stata applicata per la prima volta da Cass., 25 febbraio 2011, n. 4708, in *Fallimento*, 2011, 1244.

ossia ai fini della pronuncia di un decreto ingiuntivo²²⁵. Tuttavia, appare preferibile ritenere che l'art. 120 l.fall. sia una conferma dell'efficacia soltanto endoconcorsuale del decreto e non una sua eccezione, perché il decreto del giudice delegato sostituisce qui uno dei requisiti richiesti dall'art. 633 c.p.c. per la pronuncia dell'ingiunzione e non vale come accertamento del credito.

La nuova norma appare opportuna non solo perché ha eliminato i dubbi passati²²⁶, ma soprattutto in considerazione della posizione che il soggetto fallito riveste nell'accertamento del passivo, il quale, nel caso in cui decida d'intervenire, non è parte processuale, ma mero informatore di fatti: non avendo il decreto effetti al di fuori del fallimento, il fallito non ne sarà condizionato quando sarà tornato *in bonis*²²⁷. Viceversa, se fosse stata prevista l'efficacia extra-fallimentare del decreto, questo avrebbe fatto stato anche nei confronti del fallito, violando così il suo diritto di difesa ex art. 24 Cost.

Bisogna chiedersi quale sia l'oggetto del decreto del giudice delegato e ancor prima delle domande dei creditori e dei terzi per capire con riferimento a cosa è stata stabilita l'efficacia endoconcorsuale. La dottrina processuale è solita distinguere tra *petitum* mediato e immediato: in via immediata la domanda si rivolge al giudice, al quale si chiede un determinato tipo di provvedimento; in via mediata la domanda si rivolge alla controparte, alla quale si chiede un bene della vita²²⁸. Applicando questa distinzione pure all'oggetto dell'accertamento del passivo, bisogna anzitutto indagare su quale sia il tipo di provvedimento che i creditori o i terzi titolari di diritti chiedono al giudice ed il modello di riferimento è il processo di cognizione, dal momento che è stata riconosciuta

²²⁵ BOZZA, *Commento*, cit., 1478; PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 382-383.

²²⁶ BOZZA, *Commento*, cit., 1477; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 247.

²²⁷ FABIANI, *L'efficacia*, cit., 1094.

²²⁸ CHIOVENDA, *Principii*, cit., 63.

all'accertamento del passivo natura giurisdizionale e contenziosa.

Nel processo di cognizione le sentenze possono essere di tre tipi²²⁹:

- 1) di mero accertamento, quando il giudice accerta il diritto, ricreando una situazione di certezza, venuta meno a seguito di una contestazione o di un vanto;
- 2) di condanna, quando il giudice, accerta non solo il diritto, ma anche che esistono i presupposti per procedere coattivamente mediante l'esecuzione forzata;
- 3) costitutiva (in senso lato), quando il giudice costituisce, modifica o estingue rapporti giuridici ex art. 2908 c.c.

A partire da questi modelli si deve ora cercare di capire a quale di essi sia equiparabile il provvedimento del giudice delegato. Sicuramente tale decreto non pone in essere alcuna modificazione della realtà giuridica perché con la sua pronuncia non si produce alcun effetto costitutivo, modificativo o estintivo; e, dunque, il riferimento non può essere alla sentenza costitutiva.

Non è, invece, possibile escludere a priori uno degli altri due modelli. Il nome della procedura, "accertamento del passivo", ed il *petitum* mediato su cui il giudice delegato decide (vedi *infra*) fanno propendere per il modello del mero accertamento; viceversa, il fatto che l'accertamento del passivo sia funzionale alla ripartizione dell'attivo, ossia ad una fase esecutiva, avvicinano il decreto del giudice delegato alla sentenza di condanna, che è funzionale all'esecuzione forzata. Tuttavia, in quest'ultimo caso, l'esecuzione deve essere instaurata mediante un secondo procedimento, che potrebbe anche non essere necessario se al termine del giudizio di cognizione l'obbligato adempie spontaneamente. Nella procedura speciale che stiamo esaminando, invece, l'accertamento e l'esecuzione avvengono in un unico procedimento e sono due fasi necessarie dello stesso: il fallito-obbligato non può mai adempiere spontaneamente dopo che il giudice ha

²²⁹ MANDRIOLI, *Nozioni introduttive*, cit., 494.

formato lo stato passivo e prima della ripartizione dell'attivo, perché “tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori” (art. 44 l.fall.). Infine, la legge parlando di domande di rivendica o di restituzione sembra far riferimento a delle domande di condanna; con riguardo, invece, alle domande di ammissione al passivo, la terminologia, essendo vaga, non fa propendere né per l'una né per l'altra soluzione.

In base a quanto è stato detto, non è possibile individuare il modello di riferimento, per cui si deve ora cercare di individuarlo indagando su quale sia il *petitum* mediato, cioè bisogna analizzare che cosa i creditori e i terzi titolari di diritti chiedano al giudice delegato. È stato affermato che l'oggetto in questione è il diritto di credito²³⁰ ovvero il diritto reale o personale sul bene mobile o immobile²³¹: a mio avviso, se così fosse, la controparte del giudizio di accertamento del passivo dovrebbe essere il fallito e non il curatore. Gli istanti, rivolgendosi a quest'ultimo, chiedono semplicemente di essere ammessi alla procedura di distribuzione dell'attivo²³² ovvero che il bene su cui hanno un diritto sia escluso dalla vendita²³³. A tal fine il giudice delegato deve accertare l'esistenza del diritto

²³⁰ TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 924, che ritiene che il diritto al concorso sia soltanto una conseguenza dell'ammissione al passivo del credito; GIORGETTI, *Gli accertamenti incidentali nella decisione sul passivo fallimentare*, in *Foro it.*, 1998, I, 1268.

²³¹ TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 929, che ritiene che l'esclusione dal concorso del bene sia una conseguenza dell'accertamento del prevalente diritto del terzo e non l'oggetto della domanda.

²³² In adesione, PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 388; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, 220; RICCI, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1080; SEGNI, *Giudizio di verifica dei crediti ed estensione del giudicato*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1965, 1223; FABIANI, *L'efficacia*, cit., 1098 afferma, invece, che l'oggetto dell'accertamento del passivo è il diritto di credito nella sua “porzione concorsuale”, mettendo in qualche modo insieme le due teorie esposte.

²³³ In adesione, CASTAGNOLA, *Le rivendiche mobiliari nel fallimento*, Milano, 1996, 113-114.

Si deve, comunque, sottolineare che esistono delle rare ipotesi in cui il *petitum* mediato delle domande di rivendica-restituzione non è il diritto all'esclusione dalla vendita, ma il mero diritto al recupero del possesso. Si pensi al titolare di un diritto personale su un bene del fallito, ad esempio al locatore: questo soggetto chiede al giudice delegato di essere

di credito ovvero del diritto reale o personale, ma, a mio parere, si tratta di una questione pregiudiziale che viene accertata soltanto *incidenter tantum* e non con efficacia di giudicato²³⁴. Tale questione, anche se potrebbe formare oggetto di un'autonoma pronuncia, rappresenta un passaggio obbligato nel ragionamento logico-giuridico che il giudice fa per arrivare alla decisione sulla domanda principale; ex art. 34 c.p.c. si tratta, in linea di massima, di un tema conosciuto solamente ai fini della definizione della lite, ossia *incidenter tantum*, a meno che la legge preveda che la pronuncia incidentale abbia efficacia di giudicato o le parti propongano una domanda di accertamento incidentale²³⁵.

Se il diritto che si fa valere con la domanda di ammissione²³⁶ è, quindi, il diritto al concorso ovvero il diritto all'esclusione del bene dalla vendita, propenderei nel dire che si tratta di una pronuncia di mero accertamento di essi, perché il giudice delegato si limita ad accertare se il creditore ha diritto di partecipare al procedimento e di trovare, quindi, soddisfazione dopo la liquidazione dell'attivo ovvero se il terzo è titolare di un diritto su un certo bene, che deve essere, quindi, escluso dalla vendita. Tuttavia, in secondo luogo, rileva pure l'aspetto della condanna con riferimento ai diritti accertati *incidenter tantum*, ossia ai diritti di credito ovvero reali o personali. Infatti, il giudice, oltre ad accertare tali diritti e a pronunciarsi,

reintegrato nel possesso del bene su cui ha il diritto personale e non che lo stesso non sia venduto. Il bene può essere pure venduto, purché sia garantito il diritto personale di questo soggetto.

²³⁴ In senso contrario, FABIANI, *L'efficacia*, cit., 1097-1098, che afferma che la decisione sul credito vincola anche al di fuori del fallimento, aderendo all'opinione giurisprudenziale che non fa riferimento all'art. 34 c.p.c. per risolvere il problema dell'efficacia delle questioni pregiudiziali e che ritiene che la pronuncia su esse produca sempre effetti di giudicato (Cass., 5 giugno 1996, n. 5222, in *Giust. civ. - Massim.*, 1996, 819; Cass., 9 giugno 1995, n. 6532, in *Foro it.*, 1996, I, 180).

²³⁵ CONSOLO, *Le tutele*, cit., 268-269; MANDRIOLI, *Nozioni introduttive*, cit., 327-328; la medesima tesi è stata affermata prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura civile da CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 360-361. In giurisprudenza, Cass., 20 febbraio 1984, n. 1219, in *Rassegna dell'equo canone*, 1984, 134.

²³⁶ Il riferimento è alle domande di ammissione in senso ampio, ossia anche alle domande di rivendica e restituzione.

quindi, positivamente o negativamente sul diritto al concorso o all'esclusione del bene, in caso di accoglimento delle domande statuisce che i primi debbano trovare soddisfazione nella successiva fase esecutiva, la ripartizione dell'attivo, mediante il pagamento dei crediti ovvero la consegna dei beni.

Possiamo, pertanto, pensare ad un provvedimento *sui generis*, che si ispira sì alle categorie tradizionali del processo di cognizione, ma che fatica a recepirle totalmente perché la procedura è qui organizzata diversamente, dal momento che, come ho in precedenza affermato, la fase di cognizione e quella esecutiva fanno parte di un unico procedimento che vede necessariamente il realizzarsi di entrambe. Si potrebbe anche pensare che la fase di attuazione sia semplicemente la conseguenza “fisica” dell'accertamento del diritto al concorso ovvero del diritto ad ottenere la consegna o il rilascio del bene²³⁷, per cui il decreto pronunciato dal giudice delegato sarebbe a tutti gli effetti un provvedimento di accertamento. A mio parere, non si può, tuttavia, parlare di una mera attuazione che deriva automaticamente dall'accertamento del diritto perché è qui necessaria una vera e propria fase esecutiva, che si svolge, però, nell'ambito dello stesso procedimento in cui è avvenuto l'accertamento.

Tornando ora al problema iniziale degli effetti del decreto del giudice delegato, l'interpretazione appena prospettata non si scontra con l'efficacia endoconcorsuale stabilita dall'art. 96 l.fall., per cui sia l'accertamento sia la conseguente condanna produrranno effetti esclusivamente all'interno della procedura fallimentare. Infatti, per quanto riguarda l'accertamento del diritto al concorso, l'istante è interessato alla pronuncia affermativa solo ai fini dei risultati che ottiene nel fallimento e non avrà mai interesse ad esportare tale pronuncia in un processo extra-fallimentare. Viceversa, sul

²³⁷ Si pensi, ad esempio, alla sentenza di accoglimento dell'opposizione all'esecuzione proposta ex art. 615 c.p.c.: il provvedimento è sì di mero accertamento ma porta con sé un effetto di attuazione istantanea.

credito o sul diritto sostanziale accertati dal giudice delegato potrebbe insorgere una controversia pure al di fuori del procedimento di accertamento del passivo. In tal caso, l'autorità decidente non può, però, essere vincolata alla decisione presa dal giudice delegato in un procedimento che ha carattere sommario e che si è svolto secondo un rito semplificato²³⁸, per cui appare ragionevole pure l'efficacia endoconcorsuale con riferimento all'aspetto della condanna.

Rispetto alle domande dei terzi titolari di diritti reali o personali sui beni, l'art. 103 l.fall. prevede l'applicazione del regime probatorio fissato dall'art. 621 c.p.c. con riguardo all'opposizione dei terzi all'esecuzione: si tratta di un elemento espressivo della volontà legislativa di considerare la domanda di rivendicazione-restituzione simile all'opposizione di cui all'art. 619 c.p.c. e non a quella prevista all'art. 617 c.p.c., ossia all'opposizione agli atti esecutivi²³⁹. Infatti, mentre la prima può essere proposta esclusivamente dal terzo che pretende di avere la proprietà o un altro diritto reale sui beni pignorati, la seconda può essere proposta da ogni soggetto interessato all'eliminazione del titolo esecutivo o del precetto, perché viziati da irregolarità formale. Tuttavia, c'è un elemento che potrebbe far propendere nel considerare le domande di rivendicazione simili all'opposizione di cui all'art. 617 c.p.c.: l'opposizione dei terzi all'esecuzione mira alla rimozione dell'intera procedura esecutiva, mentre l'opposizione agli atti esecutivi mira soltanto all'eliminazione del singolo atto irregolare. Nella sede che stiamo esaminando non ci sono procedimenti distinti, ma tutto avviene in un unico giudizio, per cui si potrebbe pensare che, seguendo alla lettera il modello dell'art. 619 c.p.c., tutta la fase di accertamento del passivo dovrebbe essere posta nel nulla. In realtà, anche se vengono accertate nell'ambito dello stesso procedimento in un regime di

²³⁸ Queste sono le conseguenze del procedimento di accertamento del passivo, secondo PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 382.

²³⁹ PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 386; MONTANARI, *Commento*, cit., 1568.

concorsualità, tutte le domande conservano la propria autonomia. Si deve, quindi, seguire la strada indicata dal legislatore mediante il richiamo dell'art. 621 c.p.c. e prendere come modello l'art. 619 c.p.c.

Fatta questa premessa, si devono analizzare le varie situazioni in cui può incorrere il titolare di diritti reali o personali sui beni di proprietà o in possesso del fallito al termine dell'accertamento del passivo, per capire quali siano gli effetti che ne derivano, distinguendo innanzitutto tra diritti su beni mobili e immobili e, poi, a seconda che il provvedimento del giudice delegato sia di rigetto o di accoglimento.

a) Se la domanda del titolare di un diritto su un bene mobile viene rigettata (ma lo stesso vale se la domanda viene accolta, nell'ipotesi in cui la sospensione della liquidazione del bene non sia stata chiesta oppure, anche se chiesta, non sia stata concessa), il bene può essere venduto ex artt. 105 e ss. l.fall. Nell'ipotesi in cui la vendita si perfezioni, ma il giudice delegato abbia sbagliato a negare l'esistenza del diritto (ovvero a non concedere la sospensione richiesta²⁴⁰), viene in considerazione l'art. 1153 c.c., che prevede che il terzo che abbia acquistato un bene mobile da un soggetto che non ne era proprietario ne acquista, comunque, la proprietà se ha il possesso della cosa, se era in buona fede quando la cosa gli è stata consegnata e se c'è un titolo idoneo al trasferimento della proprietà; inoltre, la proprietà si acquista libera da diritti altrui, se questi non risultano dal titolo e se c'è la buona fede dell'acquirente. Da questa disposizione capiamo come, nonostante il decreto abbia mera efficacia endoconcorsuale, l'istante è ugualmente pregiudicato da un acquisto a titolo originario, che riesce ad evitare solo se dimostra la mancanza di buona fede nell'acquirente. Certamente può tutelarsi proponendo opposizione contro il decreto del giudice delegato ex art. 98 l.fall., ma il tribunale potrebbe confermare la conclusione del primo con una

²⁴⁰ La stessa conclusione vale, in ogni caso, anche quando la sospensione non è stata chiesta ed il bene è stato venduto.

decisione che produce anch'essa effetti soltanto ai fini del concorso (art. 96, ultimo comma 1.fall.)²⁴¹. Essendo la domanda di rivendica equiparabile all'opposizione di terzo di cui all'art. 619 c.p.c., trova applicazione l'art. 620 c.p.c., che stabilisce che i diritti del terzo si fanno valere sulla somma ricavata e non sul bene, se il giudice non sospende la vendita dei beni dopo l'opposizione o se questa è proposta dopo l'alienazione. In sede di accertamento del passivo, infatti, l'alienazione dei beni potrebbe aver luogo mentre è ancora pendente il giudizio di accertamento del passivo, a meno che sia stata chiesta (e concessa) la sospensione della liquidazione del bene ex art. 93, comma 7 1.fall. Pertanto, il soggetto il cui bene sia stato venduto troverà soddisfazione sulla somma ricavata.

- b) Se la domanda del titolare di un diritto su un bene immobile viene rigettata (ma, anche qui, lo stesso vale se la domanda viene accolta, nell'ipotesi in cui la sospensione della liquidazione del bene non sia stata chiesta oppure, anche se chiesta, non sia stata concessa), ugualmente, il bene può essere venduto ex artt. 105 e ss. 1.fall. La differenza rispetto alla situazione precedente si rinviene nella circostanza che qui la norma da considerare è l'art. 1159 c.c., in base al quale il terzo che acquista la proprietà di un bene immobile da chi non ne è proprietario ne compie l'usucapione dopo dieci anni dalla trascrizione, se è in buona fede e se ha un titolo idoneo al trasferimento della proprietà che sia stato trascritto. In questo caso il titolare del diritto la cui domanda sia stata rigettata (o accolta dopo la vendita del bene) ha tutto il tempo per fare prima opposizione ed eventualmente far accertare il suo diritto in sede ordinaria, ottenendo poi la restituzione del bene da colui che ha acquistato il bene nella procedura di liquidazione dell'attivo. A questo

²⁴¹ Il rigetto dell'opposizione proposta ex art. 98 1.fall. non impedisce, in ogni caso, al soggetto titolare del diritto di rivendicare il bene in sede ordinaria, facendo valere la mala fede dell'acquirente. Infatti, in tal caso, mancando uno dei requisiti richiesti dall'art. 1153 c.c., la proprietà non è passata in capo a quest'ultimo soggetto.

punto, l'acquirente, che è costretto a restituire il bene, potrebbe far valere l'evizione, ma incontra un limite nell'art. 114 l.fall., che prevede che i pagamenti effettuati in base ai piani di riparto non possono essere ripetuti, tranne nel caso di accoglimento della revocazione²⁴². A mio parere, deve applicarsi per analogia l'art. 2921 c.c., che stabilisce che, nell'ipotesi di evizione, l'acquirente della cosa espropriata può ripetere il prezzo non ancora distribuito e, se la distribuzione è già avvenuta, può ripetere da ciascun creditore la parte riscossa e dal debitore l'eventuale residuo. Infatti, avendo il legislatore sancito l'efficacia solo endofallimentare del decreto di esecutività, che si riferisce tanto ai ricorsi dei creditori quanto a quelli dei terzi titolari di diritti, ha implicitamente accettato il rischio che sia proposto in sede ordinaria e deciso diversamente un ricorso avente ad oggetto il medesimo diritto che in sede di accertamento del passivo è stato accertato *incidenter tantum*. Deve, dunque, essere assicurata una qualche forma di tutela ai soggetti coinvolti, che si siano visti prima disconoscere il loro diritto dal giudice delegato e poi riconoscere lo stesso dal giudice ordinario, con una decisione "più forte" in quest'ultimo caso perché dotata di efficacia di giudicato.

- c) Se la domanda del titolare di un diritto su un bene mobile o immobile viene accolta (quando è stata chiesta e concessa la sospensione dalla liquidazione del bene oggetto della domanda), il giudice delegato riconosce il suo diritto ed il bene non viene venduto, senza che sorgano particolari problemi. Il fallito tornato *in bonis* o i suoi creditori mediante azione surrogatoria, se sussistono i requisiti dell'art. 2900 c.c., potranno, infatti, far accertare in sede ordinaria il diritto del fallito sul bene, negando il diritto del terzo²⁴³, sempre che non sia stata nel frattempo persa la titolarità dello stesso per un acquisto a titolo originario.

²⁴² PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 386.

²⁴³ Della stessa opinione è ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 248-249.

6. La previsione di insufficiente realizzo

Un altro possibile modo di chiusura della fase di accertamento del passivo, oltre al decreto che rende esecutivo lo stato passivo, è previsto all'art. 102 l.fall., che disciplina oggi la previsione di insufficiente realizzo²⁴⁴. Questo istituto è stato introdotto con il duplice obiettivo di “realizzare l'economia del mezzo processuale” e di “consentire al creditore istante i benefici fiscali ordinariamente connessi alla presentazione della domanda di ammissione al passivo”²⁴⁵. Esso impedisce il realizzarsi del procedimento di verifica, relativamente ai crediti concorsuali, quando “risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura” (art. 102, comma 1 l.fall.). Tale provvedimento può essere oggi adottato non solo prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, che viene così evitata, perché sarebbe superfluo identificare i crediti se poi non c'è attivo disponibile per la loro soddisfazione²⁴⁶, ma pure quando la condizione di insufficiente realizzo emerge dopo la verifica dello stato passivo. Nel 2006, invece, era stato stabilito che tale previsione poteva essere pronunciata prima dell'adunanza oppure dopo essa, ma soltanto se emergeva nelle udienze successive a quella fissata ex art. 16 l.fall., con un chiaro riferimento alle udienze di rinvio; si riteneva, quindi, che non potesse essere disposta dopo la chiusura dell'adunanza, ossia dopo l'emanazione del decreto di esecutività.

Nonostante la lettera della legge fosse chiara, una pronuncia della giurisprudenza di merito aveva, comunque, ritenuto applicabile la

²⁴⁴ Prima del d.lgs. 5/2006, l'art. 102 l.fall. si occupava dell'istanza di revocazione contro i crediti ammessi al passivo.

²⁴⁵ *Relazione al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.*

²⁴⁶ MONTANARI, *Commento*, cit., 1558-1559; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 276, che rileva l'inutilità dell'accertamento in presenza delle condizioni di cui all'art. 102 tenendo anche conto del fatto che il legislatore del 2006 ha espressamente stabilito l'efficacia solo endoconcorsuale delle risultanze dello stato passivo.

disposizione ed adottabile il provvedimento in seguito alla tempestiva verifica dei crediti, sulla base degli obiettivi perseguiti dalla norma²⁴⁷. Con il decreto correttivo il legislatore ha deciso di rimodellare il secondo comma dell'art. 102 su tale decisione, specificando, però, che la previsione deve essere compatibile al procedimento successivo alla verifica dello stato passivo. A prima vista, il secondo comma dell'art. 102 sembra riferirsi solamente alle udienze di esame delle domande tardive che si svolgono ogni quattro mesi ex art. 101, comma 2²⁴⁸, ma nella relazione al decreto correttivo il legislatore ha esplicitamente affermato che la modifica vuole consentire l'adottabilità del decreto che dispone il non farsi luogo alla fase di accertamento del passivo "in ogni momento successivo alla verifica del passivo e non soltanto nel corso delle eventuali successive udienze per l'esame delle domande tardive"²⁴⁹. Una parte della dottrina ha, quindi, affermato che la previsione di insufficiente realizzo potrà essere disposta anche se sono in corso i giudizi di cui agli artt. 98 e 99 l.fall., con cui si continua l'accertamento del passivo nella fase delle impugnazioni²⁵⁰. Ma proprio perché questi giudizi sono la continuazione del procedimento di "accertamento del passivo, ciò significa che la verifica del passivo è ancora in corso, per cui non si può parlare di condizione di insufficiente realizzo emersa successivamente alla stessa. Conseguentemente, il secondo comma dell'art. 102 potrà applicarsi soltanto nelle ipotesi in cui tale condizione emerga nelle udienze di esame delle domande tardive.

Nel vigore della legge fallimentare del 1942, nonostante non fosse previsto

²⁴⁷ Tribunale Roma 22 agosto 2007, in *www.ilcaso.it*.

²⁴⁸ CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, in *Il fallimento*, di Ambrosini, Cavalli e Jorio, Padova, 2009, 609.

²⁴⁹ *Relazione al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (art. 6)*.

²⁵⁰ MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Previsione di insufficiente realizzo dell'attivo fallimentare e domande di restituzione e rivendica*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio e Fabiani, cit., 441; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 278; FERRARO, *Commento*, cit., 1307.

l'istituto dell'insufficiente realizzo, una prognosi sulla mancanza di attivo acquisibile alla procedura poteva essere compiuta in ogni momento, ma solo al fine di chiudere l'intera procedura fallimentare (art. 118, n° 4)²⁵¹. Oggi, invece, la fattispecie della chiusura del fallimento per incapacità dell'attivo convive con quella della previa chiusura dell'accertamento del passivo, alla quale non è riconducibile per la differente disciplina dettata dal legislatore.

Secondo un orientamento dottrinale²⁵², la previsione di insufficiente realizzo non porta necessariamente alla immediata chiusura del fallimento se possono essere soddisfatti almeno i crediti prededucibili e le spese di procedura²⁵³, visto che l'art. 102, comma 1 fa salve queste ipotesi. La procedura fallimentare continuerebbe, quindi, a svolgersi con la finalità di accertare questi ultimi ed eventualmente i diritti reali o personali dei terzi e, in un secondo momento, al fine di soddisfare i crediti accertati. Se questo è quello previsto in via astratta dalla norma, non si capisce, però, quale sia il senso di mantenere in vita un intero procedimento che ha come fine l'accertamento dei diritti in un regime di concorsualità, per garantire il contraddittorio di tutti gli interessati sulle altrui pretese. Pertanto, è più logico pensare che, se non c'è abbastanza attivo per soddisfare la totalità degli istanti, anche se questo è sufficiente per pagare i crediti prededucibili o le spese di procedura, si deve chiudere il fallimento. I titolari dei crediti prededucibili potranno, comunque, trovare tutela in sede ordinaria, con un minor spreco di risorse e di costi. Lo stesso si deve dire con riferimento alle

²⁵¹ CAVALAGLIO, *La chiusura del fallimento*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da Ragusa Maggiore e Costa, III, Torino, 1997, 601; TEDESCHI, *Sub art. 118 l.fall.*, in *Chiusura del fallimento. Concordato. Riabilitazione civile*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1977, 31.

²⁵² GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 206; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 277; FERRARO, *Commento*, cit., 1304-1305 e 1311-1312; MONTANARI, *Commento*, cit., 1564.

²⁵³ FERRARO, *Commento*, cit., 1304, sulla base del rilievo che i crediti prededucibili sono quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali, oltre a quelli così qualificati dalla legge (art. 111 l.fall.), critica la lettera dell'art. 102, che fa riferimento anche alle spese di procedura, ipotesi già rientrante nella prededuzione.

domande dei terzi, i quali non hanno alcun interesse a chiedere l'esclusione del bene dalla vendita, se la liquidazione non avverrà mai perché la procedura si chiude prima. Si tratta, dunque, di una speciale ipotesi di chiusura dell'intera procedura fallimentare e non solo della fase di accertamento del passivo, che è stata prevista in una norma apposita ed è stata chiamata con un proprio nome anzitutto perché ha dei propri presupposti e poi perché le ipotesi di cui all'art. 118 l.fall. sono tassative.

Per quanto riguarda il procedimento previsto per la chiusura della verifica del passivo, il primo comma dell'art. 102 stabilisce che legittimato a richiedere la previsione di insufficiente realizzo è il curatore, che deve depositare l'istanza in cancelleria almeno venti giorni prima dell'udienza fissata ex art. 16, n. 4 l.fall., dopo aver sentito il fallito; ad essa devono essere allegati la relazione sulle prospettive della liquidazione, stilata dal curatore, ed il parere del comitato dei creditori²⁵⁴. Sulla richiesta provvede il tribunale con decreto motivato, che deve essere comunicato ai creditori che hanno presentato ricorso tempestivo o tardivo: la comunicazione è data dal curatore mediante l'invio (all'indirizzo PEC del creditore) di copia del decreto, secondo quanto è stato precisato dal d.l. 179/2012, anche se già in passato si riteneva che non fosse sufficiente la mera comunicazione dell'adozione del decreto²⁵⁵. I creditori che ricevono tale comunicazione hanno a disposizione quindici giorni per presentare reclamo alla Corte d'appello, che decide con decreto, emesso in camera di consiglio, dopo aver proceduto all'audizione del reclamante, del curatore, del comitato dei creditori e del fallito. L'art. 26 l.fall., che pone la disciplina generale del reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale, stabilisce un termine meno ampio, di dieci giorni, e lo qualifica espressamente come

²⁵⁴ Nella versione iniziale della norma adottata con il d.lgs. 5/2006, il comitato dei creditori doveva solo essere sentito, al pari del fallito; con il decreto correttivo si è, invece, richiesto che esso rediga un apposito parere da allegare all'istanza del curatore.

²⁵⁵ FERRARO, *Commento*, cit., 1313 ha sottolineato la necessità della trascrizione integrale del decreto nella comunicazione del curatore o dell'allegazione di esso.

perentorio. Essendo quella dell'art. 102 una previsione speciale rispetto all'art. 26 e non essendo stato stabilito nulla al riguardo, ritengo che il termine di quindici giorni sia dettato anch'esso a pena di decadenza, avendo il legislatore voluto derogare con una disposizione più favorevole soltanto sotto il profilo quantitativo e non pure qualitativo del termine²⁵⁶.

Nel caso in cui la Corte d'appello accolga il reclamo, deve aver luogo la fase di accertamento del passivo e deve, quindi, essere fissata nuovamente l'udienza di verifica. È opinione ormai consolidata che a tale incumbente debba provvedere il tribunale e non la Corte d'appello in sede di decisione, in analogia a ciò che è stabilito per la "prima" udienza: la Corte trasmetterà gli atti al tribunale affinché fissi la data dell'adunanza²⁵⁷. In tal caso, bisogna chiedersi se ricomincino o meno a decorrere i termini di cui agli artt. 93 e 95 l.fall. e, a mio avviso, la risposta deve essere data guardando al momento in cui la procedura fallimentare si era fermata prima del decreto del tribunale: se tutti i poteri erano già stati esercitati e mancava solo lo svolgimento dell'adunanza, non avrà senso far decorrere nuovamente i termini; viceversa, nell'ipotesi in cui gli incumbenti non fossero stati compiuti, in tutto o in parte, essi ricominceranno a decorrere dal momento in cui la procedura si era fermata, secondo i termini ordinari. Si vengono così a creare contemporaneamente sia un effetto d'interruzione della procedura al momento in cui il giudice delegato dispone il non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo sia un effetto sospensivo fino alla scadenza dei quindici giorni per proporre reclamo ovvero fino al provvedimento di accoglimento o rigetto di esso da parte del tribunale²⁵⁸.

Ci si è, inoltre, domandati se sia possibile proporre il ricorso straordinario per Cassazione ex artt. 111, comma 7 Cost. e 360, ultimo comma c.p.c.

²⁵⁶ MONTANARI, *Commento*, cit., 1563.

²⁵⁷ MONTANARI, *Commento*, cit., 1564; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 278.

²⁵⁸ In dottrina si parla, invece, o di sospensione (si veda MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Previsione di insufficiente realizzo*, cit., 441) o di interruzione (si vedano ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 278 e FERRARO, *Commento*, cit., 1307).

contro il decreto con cui la Corte d'appello respinge il reclamo. Per un principio di ordine generale, il ricorso straordinario per Cassazione è ammissibile contro i provvedimenti che pur non abbiano la forma della sentenza se incidono su diritti soggettivi o *status* (decisorietà) e se sono definitivi²⁵⁹. Riguardo al primo aspetto non sorgono dubbi perché il decreto di rigetto incide sui diritti soggettivi dei creditori concorsuali che non possono essere soddisfatti dal momento che il loro credito non viene nemmeno accertato.

I problemi sorgono con riferimento al carattere della definitività perché la norma non stabilisce espressamente se il provvedimento sia definitivo, cioè non altrimenti impugnabile. Stando alla lettera dell'art. 96, ultimo comma, che sancisce l'efficacia endoconcorsuale soltanto del decreto che rende esecutivo lo stato passivo e delle decisioni assunte al termine delle impugnazioni, ritengo che la disciplina dettata in questa norma sia eccezionale e che, quindi, in tutti gli altri casi la pronuncia sia definitiva, perché il legislatore avrebbe altrimenti stabilito il contrario. È, quindi, a mio avviso possibile il ricorso straordinario per Cassazione contro il decreto di rigetto del reclamo perché ha la sostanza della sentenza ed è un provvedimento definitivo²⁶⁰.

Viceversa, nel caso di accoglimento del reclamo si deve escludere la possibilità di ricorrere per Cassazione contro lo stesso, perché, dopo la sua pronuncia, la procedura ricomincia dal punto in cui si era fermata e il ricorrente può trovare soddisfazione in tale sede²⁶¹. Potrebbero addirittura

²⁵⁹ CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 360-361.

²⁶⁰ Arrivano alla stessa conclusione, anche se con un diverso ragionamento, FERRARO, *Commento*, cit., 1314-1315 e MONTANARI, *Commento*, cit., 1565-1566. In senso contrario CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, cit., 610, che pone l'accento sull'efficacia strettamente endoconcorsuale dell'accertamento del passivo.

²⁶¹ Diversamente, FERRARO, *Commento*, cit., 1315, ammette la legittimazione a ricorrere in Cassazione in capo al fallito per tutelare il "suo diritto soggettivo alla celere definizione della procedura concorsuale ed alla chiusura della stessa". A mio avviso tale opinione non è condivisibile perché, non essendo riconosciuto al fallito il ruolo di parte nel procedimento di accertamento del passivo, non può essergli riconosciuta neppure la

riverificarsi i presupposti di cui all'art. 102 l.fall., con la conseguente necessità di proposizione di una nuova istanza al tribunale da parte del curatore.

legittimazione a ricorrere per Cassazione contro il provvedimento di accoglimento del reclamo proposto contro la previsione di insufficiente realizzo.

Capitolo 4

Gli organi protagonisti dell'accertamento del passivo

1. Il rapporto tra curatore e giudice delegato nell'assetto originario della legge fallimentare e oggi

L'impianto originario della legge fallimentare era basato soprattutto sui poteri del giudice delegato e del curatore, perché, dovendo il tribunale intervenire solamente in certe situazioni ed avendo il comitato dei creditori un ruolo soprattutto consultivo, erano i primi ad essere considerati i veri protagonisti della procedura fallimentare²⁶².

In un primo momento, si era parlato di rapporto di subordinazione gerarchica tra i due, dal momento che il giudice delegato aveva poteri di direzione, sorveglianza e controllo sul curatore, chiamato invece a svolgere compiti meramente esecutivi²⁶³. Successivamente, si è, invece, posto l'accento sulla coesistenza tra il potere di direzione del giudice delegato ed il ruolo fondamentale del curatore: è il secondo che conosce le vicende del fallito, fa proposte al primo e lo coadiuva nella fase decisoria²⁶⁴.

Queste riflessioni, maturate su un piano generale, erano ugualmente valide nella procedura di accertamento del passivo, dove il giudice delegato era chiamato a svolgere una vera e propria cognizione, dovendo valutare l'idoneità del titolo a fondare il diritto fatto valere dal creditore o dal terzo

²⁶² PASI, *Il giudice delegato*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, I, cit., 285.

²⁶³ PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, 677-678; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1967, 175. In senso contrario, LIGUORI, *Gli organi del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1965, I, 149.

²⁶⁴ SCARAFONI, *I rapporti fra gli organi della procedura*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, I, cit., 373-374; MAZZOCCA, *Gli organi: il giudice delegato, il curatore ed il comitato dei creditori*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da Ragusa Maggiore e Costa, I, cit., 424; CASELLI, *Organi del fallimento*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1977, 25-26.

titolare, ed il curatore era un mero collaboratore²⁶⁵. Era, quindi, il primo a dover dirigere le operazioni, mentre il secondo doveva solamente cooperare nello svolgimento delle attività, secondo ciò che stabiliva la legge; nonostante ciò, abbiamo visto che nella realtà il curatore aveva un ruolo più pregnante, che è stato poi recepito dalla riforma del 2006.

Con quest'ultima si è assistito ad un'inversione di rotta perché, come sottolineato dallo stesso legislatore, “il giudice delegato non è più il motore della procedura, essendo stata sostituita l'attività di direzione, con quella di vigilanza e di controllo”²⁶⁶; viceversa, al curatore sono stati affidati poteri di gestione di essa, come si può ricavare dalla rubrica dell'art. 31, che recita “Gestione della procedura”²⁶⁷.

2. Il giudice delegato

Al giudice delegato, nominato dal tribunale con la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 16 l.fall.), sono affidate non solo le funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura, ma anche altri specifici compiti elencati dall'art. 25 l.fall., tra cui quello di procedere all'accertamento dei crediti e dei diritti reali e personali vantati dai terzi (art. 25, n° 8). Tale organo, dopo la riforma del 2006, che gli ha tolto il potere di gestione della procedura fallimentare, ha assunto le caratteristiche tipiche della figura del giudice²⁶⁸, delineate dall'art. 111 Cost.:

a) è un organo terzo e imparziale, cioè equidistante dagli interessi perseguiti concretamente dalle parti nel processo²⁶⁹. Prima della riforma il giudice delegato era terzo soltanto nel rapporto con le parti istanti²⁷⁰, ma non

²⁶⁵ PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo*, cit., 208.

²⁶⁶ *Relazione al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5* (commento all'art. 25 l.fall.).

²⁶⁷ PASI, *Il giudice delegato*, cit., 286.

²⁶⁸ In adesione, PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 347.

²⁶⁹ MANDRIOLI, *Nozioni introduttive*, cit., 21.

²⁷⁰ In ogni caso, non si trattava di una terzietà assoluta visti gli ampi poteri inquisitori che la legge assegnava al giudice delegato.

verso il curatore, il quale non era nemmeno parte ma ausiliario del giudice. Oggi, invece, questi due organi sono chiamati a svolgere attività autonome senza possibilità di cooperazione, pena la ricusazione del giudice ex artt. 51, n° 4 e 52 c.p.c.²⁷¹, ed il giudice delegato non è nemmeno vincolato a quanto statuito dal curatore nel progetto di stato passivo provvisorio, potendo staccarsi dalle sue conclusioni. A sostegno dell'imparzialità di tale organo, la riforma ha eliminato i molteplici poteri officiosi e inquisitori, che erano alla base dell'impostazione originaria²⁷²;

- b) è un organo indipendente, ossia soggetto soltanto alla legge (art. 101, comma 2 Cost.);
- c) tutti i suoi provvedimenti devono essere motivati. Abbiamo visto, infatti, che il decreto correttivo del 2007 ha sancito l'obbligo della "succinta motivazione" per tutti i decreti con cui il giudice delegato decide sulle domande dei creditori e dei terzi titolari (art. 96, comma 1 l.fall.);
- d) i suoi provvedimenti devono essere assoggettati a controlli idonei a garantirne la conformità al diritto²⁷³. Il decreto con cui il giudice delegato rende esecutivo lo stato passivo può essere, infatti, impugnato mediante opposizione, impugnazione dei crediti ammessi o revocazione (art. 98, comma 1 l.fall.).

A seguito di questo breve quadro, possiamo concludere che il giudice delegato è chiamato a svolgere la funzione giurisdizionale al pari del giudice civile e deve, quindi, rispettare le norme che disciplinano le attività e i poteri di quest'ultimo.

²⁷¹ In dottrina, COSENTINO, *Il ruolo*, cit., 2; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 533; BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 308. In giurisprudenza, Cass., 18 gennaio 2002, n. 528, in *Fallimento*, 2002, 1193 ha affermato la validità del principio costituzionale della terzietà del giudice nella fase di accertamento del passivo e, conseguentemente, l'applicabilità degli istituti dell'astensione e della ricusazione al giudice delegato.

²⁷² GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 210; NARDONE, *Commento*, cit., 1220; PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 349; MINUTOLI, *La nuova verifica del passivo*, cit., 602.

²⁷³ MANDRIOLI, *Nozioni introduttive*, cit., 560.

3. Il curatore

In dottrina è opinione ormai consolidata che il curatore, oltre ad essere un organo della procedura, nel procedimento di accertamento del passivo riveste il ruolo di parte processuale nella qualità di convenuto²⁷⁴.

Il primo aspetto è ricavabile dagli artt. 27 e ss. della legge fallimentare: il curatore, come il giudice delegato, è nominato dal tribunale con la sentenza con cui dichiara il fallimento ovvero con decreto, in caso di sostituzione o di revoca, tra alcuni soggetti che abbiano i requisiti previsti dall'art. 28. Inoltre, quando esercita le funzioni che gli sono demandate, è pubblico ufficiale (art. 30), anche perché, com'è stato rilevato in dottrina, “è un organo che esercita una funzione pubblica finalizzata a perseguire gli obiettivi e gli scopi dell'esecuzione collettiva nell'interesse non solo del ceto creditorio, ma anche della giustizia”²⁷⁵.

La nozione di pubblico ufficiale è definita dall'art. 357 c.p. che afferma essere tale chi esercita una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Partendo da tale disposizione si è affermato che il curatore esercita una funzione giurisdizionale, senza notare che con la l. 181/1992 è stata sostituita l'espressione “funzioni giurisdizionali” con quella di “funzione giudiziaria” proprio allo scopo di evitare che sorgessero dubbi sull'applicabilità della norma ai soggetti che partecipano al processo, ma non sono magistrati giurisdicenti o giudicanti; la norma fa, infatti, ora riferimento a tutti coloro che esercitano attività amministrative collegate allo *iudicare*²⁷⁶.

²⁷⁴ FABIANI, *L'efficacia*, cit., 1099; PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 348; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 957; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1020-1021; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 223; MINUTOLI, *La nuova verifica del passivo*, cit., 602; BOZZA, *Commento*, cit., 1431-1432 e 1439.

²⁷⁵ MANDRIOLI, *Poteri, funzioni e responsabilità del nuovo curatore fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2007, 3.

²⁷⁶ MELONI, *Le qualifiche soggettive. Pubblico ufficiale*, in *I reati contro i beni pubblici*, a cura di Cocco, Ambrosetti e Mezzetti, Padova, 2010, 168.

A mio avviso, quindi, il curatore esercita una funzione giudiziaria, ma non giurisdizionale, visto che, anche se è terzo rispetto agli interessi in gioco, gli è riconosciuto oggi il ruolo di parte: lo si può considerare una sorta di “parte imparziale” al pari del pubblico ministero²⁷⁷. Addirittura, il fatto che non eserciti attività giurisdizionale risulta avvalorato dall’opinione di chi ritiene che la qualifica di pubblico ufficiale del curatore sia più giusto ricollegarla alla funzione amministrativa, dal momento che l’attività della curatela è “regolata da norme pubblicistiche attributive a seconda dei casi di taluni poteri decisionali e valutativi autonomi o di certificazione”²⁷⁸.

La legge fallimentare stabilisce, poi, che il curatore ha l’amministrazione del patrimonio del fallito e deve esercitare personalmente le funzioni che gli sono attribuite, salva la possibilità di delegare specifiche operazioni ad altri. La delega non è, però, consentita nella fase di accertamento del passivo, dove il curatore potrà farsi eventualmente assistere da tecnici o da altre persone ex art. 32, comma 2 l.fall.²⁷⁹.

Le disposizioni che abbiamo visto finora, a mio parere, confermano che il curatore è ancora un organo della procedura fallimentare, anche se nella fase di accertamento del passivo si manifesta altresì il ruolo di parte processuale, in particolare di parte convenuta.

Per capire se sia effettivamente così e se il curatore abbia i medesimi poteri del convenuto, bisogna individuare i tratti tipici di quest’ultimo e confrontarli con le peculiarità che abbiamo visto caratterizzare la

²⁷⁷ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 223; PAGNI, *L’accertamento dello stato passivo*, cit., 348; BONFATTI, *L’accertamento del passivo*, cit., 234; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 413; BOZZA, *Commento*, cit., 1432 ha criticato la scelta del legislatore di non aver previsto espressamente la terzietà del curatore (diversamente dal d.d.l. Trevisanato), che potrebbe, quindi, essere messa in discussione visto il nuovo ruolo di parte processuale assegnato allo stesso.

²⁷⁸ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche. Artt. 336-360 Cod. pen.*, Milano, 2008, 292.

²⁷⁹ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1021 ritiene opportuno che il curatore si avvalga sempre dell’aiuto di un avvocato nell’esame delle domande dei ricorrenti.

curatela²⁸⁰:

a) nel processo civile al convenuto è riconosciuta la disponibilità e l'autonomia del diritto alla tutela, per cui non è obbligato a svolgere difese, a reagire alla domanda dell'attore o a partecipare attivamente, tanto che può rimanere contumace, assumendo ugualmente la qualità di parte se è stato regolarmente citato. La sua inerzia non produce l'automatico accoglimento della domanda proposta nei suoi confronti perché il nostro ordinamento non prevede più un atteggiamento punitivo nei confronti di chi rimane inerte, anche se in sua assenza sarà più facile per l'attore determinare il convincimento del giudice²⁸¹.

Questa disponibilità e autonomia del diritto alla tutela la ritroviamo soltanto in parte nella figura del curatore, visto che la legge fallimentare pone a suo carico dei doveri che non può astenersi dal compiere²⁸²: deve compilare l'elenco dei creditori e dei titolari dei diritti ex art. 89; deve avvisarli ex art. 92; deve esaminare le domande, predisporre e depositare in cancelleria il progetto di stato passivo provvisorio ex art. 95; deve comunicare l'esito del procedimento ex art. 97. In tutte queste attività viene maggiormente in considerazione la qualifica di organo della procedura e di pubblico ufficiale, perché è lui che deve svolgere queste funzioni e non può nemmeno farsi sostituire da altri soggetti (art. 32 l.fall.). Tuttavia, il curatore non ha solo doveri, ma anche poteri e in questi ritroviamo la disponibilità del diritto alla tutela del convenuto: può sollevare eccezioni, controdedurre, richiedere atti di istruzione e proporre l'impugnazione o la revocazione (ma non l'opposizione). Inoltre, può anche decidere di non partecipare all'udienza di verifica, dal momento che l'art. 95, comma 3 stabilisce che il giudice deve decidere, anche se

²⁸⁰ Non si può, però, ritenere che il curatore sia "convenuto" nel senso di "chiamato" davanti al giudice per difendersi, essendo un organo facente parte della procedura fin da prima del ricorso degli istanti.

²⁸¹ MANDRIOLI, *Nozioni introduttive*, cit., 138-139.

²⁸² In adesione, NARDONE, *Commento*, cit., 1224.

mancano le parti;

- b) il convenuto può proporre una domanda al giudice, chiedendo che la domanda dell'attore sia rigettata ovvero, anche se è difficile che ciò accada, accolta. In quest'ultimo caso, il giudice deve comunque procedere all'accertamento del diritto e non basta che prenda atto dell'accordo intervenuto tra le parti, perché la sua pronuncia si deve fondare su una certezza obiettiva²⁸³. Probabilmente, però, nel caso di adesione totale all'altrui domanda verrà meno l'interesse ad agire in capo al ricorrente e il giudice dovrà pronunciare una sentenza di rito per carenza di interesse, senza entrare neppure nel merito della questione. Se, invece, il convenuto chiede l'accertamento negativo del diritto, può compiere delle mere difese in fatto o in diritto ovvero offrire dei mezzi di prova²⁸⁴. Questi poteri sono riconosciuti anche al curatore, la cui domanda può essere indifferentemente di accoglimento o di rigetto²⁸⁵ ed è inserita nelle conclusioni che deve redigere ex art. 95, comma 1²⁸⁶;
- c) il convenuto può allegare fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere dall'attore ex art. 2967 c.c., cioè può rilevare eccezioni, che non allargano l'oggetto del processo determinato con la domanda dell'attore, ma solamente il novero dei fatti che il giudice deve conoscere²⁸⁷. La legge fallimentare ha assegnato pure al curatore il potere di sollevare eccezioni, alle quali gli istanti potranno

²⁸³ MANDRIOLI, *Nozioni introduttive*, cit., 140-141.

²⁸⁴ MANDRIOLI, *Nozioni introduttive*, cit., 142.

²⁸⁵ NARDONE, *Commento*, cit., 1224, partendo dall'errato presupposto che la domanda del convenuto possa essere solamente di rigetto della pretesa dell'attore, ritiene valida la similitudine tra convenuto e curatore soltanto nell'ipotesi in cui quest'ultimo contrasti la domanda di ammissione.

²⁸⁶ In dottrina, le conclusioni del curatore sono state addirittura paragonate alla comparsa di risposta (DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1021, ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 221). L'art. 167 c.p.c. prevede che questa contenga le mere difese del convenuto, l'indicazione dei mezzi di prova di cui intende valersi, compresi i documenti, le eccezioni di rito o di merito, le eventuali domande riconvenzionali e le chiamate in causa di soggetti terzi. Tale considerazione può essere accettata, ma con la specificazione che il curatore non può proporre domande riconvenzionali o chiamare in causa terzi.

²⁸⁷ MANDRIOLI, *Nozioni introduttive*, cit., 146.

controeccepire nelle osservazioni scritte;

d) infine, il convenuto può proporre una propria ed autonoma domanda, detta riconvenzionale, rispetto alla quale assume il ruolo di attore. Essa può essere presentata solo in presenza di certi requisiti, ossia quando dipende dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che è entrato nella causa in via di eccezione e quando non eccede la competenza per materia o per valore del giudice investito della causa principale (art. 36 c.p.c.)²⁸⁸. Bisogna chiedersi se questo potere sia riconosciuto anche al curatore in sede di accertamento del passivo. Innanzitutto si deve rilevare che la domanda riconvenzionale del curatore eccederebbe la competenza per materia del giudice delegato, il quale deve in primo luogo decidere se il credito debba essere ammesso al passivo o se il bene debba essere escluso dalla vendita e deve, in secondo luogo, ma solamente *incidenter tantum*, pronunciarsi sul diritto di credito o sostanziale. Si dovrebbe, dunque, rimettere l'intera causa al giudice superiore, secondo la regola generale, ma il giudice delegato non ha un giudice superiore e non si può neppure pensare di spostare la causa di fronte al giudice ordinario, perché il rito ordinario e quello fallimentare sono diversi, essendo il secondo un procedimento speciale. L'art. 52, comma 2 l.fall. prevede, infatti, che ogni credito e ogni diritto reale o personale debba essere accertato secondo le norme stabilite dal capo V, ossia dal capo disciplinante il procedimento di accertamento del passivo, per cui, neppure rivolgendosi direttamente al giudice ordinario, questo potrà pronunciarsi, essendo il giudice delegato l'unico giudice che può decidere su tali domande²⁸⁹.

In ogni caso, non troviamo traccia nella legge fallimentare del potere del curatore di proporre una domanda riconvenzionale, anche perché il suo unico obiettivo è quello di accertare l'esistenza o l'inesistenza dei diritti

²⁸⁸ MANDRIOLI, *Nozioni introduttive*, cit., 153-157.

²⁸⁹ GUGLIELMUCCI, *Lezioni*, cit., 96.

di credito ovvero reali o personali, senza alcun interesse ad ampliare l'oggetto del processo con una nuova causa²⁹⁰; se gli fosse data questa possibilità, esperirebbe questo potere nell'interesse del fallito, ma il curatore non è un rappresentante di tale soggetto e non ha nemmeno la disponibilità dei suoi diritti, essendo innanzitutto un organo della procedura che mira contemporaneamente alla tutela dei creditori, dei terzi titolari di diritti e del fallito, in una posizione di terzietà rispetto a ciascuno di essi²⁹¹ e nell'interesse della giustizia²⁹².

Possiamo, pertanto, concludere questa analisi sul ruolo del curatore affermando che in questa figura ritroviamo una varietà di caratteri, che vanno recepiti e insieme coordinati con la materia che stiamo esaminando: il curatore è un organo della procedura e un pubblico ufficiale, ma è anche una parte del procedimento.

²⁹⁰ In adesione, PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo*, cit., 345.

²⁹¹ NARDONE, *Commento*, cit., 1221; BOZZA, *Commento*, cit., 1432; SPIOTTA, *Il curatore fallimentare*, Bologna, 2006, 22-23.

²⁹² Cass., 15 gennaio 2003, n. 508, in *Fallimento*, 2003, 1075.

Capitolo 5

Le domande tardive

1. Gli interventi legislativi subiti dall'art. 101 l.fall.

L'art. 101 l.fall., che disciplina le cc.dd. domande tardive, è stato inciso da tutti i recenti interventi di riforma della legge fallimentare. Il cambiamento più rilevante è stato attuato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 che ha voluto porre fine alla problematica prassi formatasi sotto il vigore dell'originaria versione della norma, ossia la presentazione delle domande all'ultimo momento utile con la speranza di un loro esame superficiale a causa dell'urgenza di depositare lo stato passivo o al fine di evitare il contraddittorio incrociato con gli altri creditori²⁹³. Questo scopo è stato conseguito prevedendo che il termine per la presentazione delle domande tempestive sia perentorio e che, nel caso di superamento di tale termine, le domande siano da considerarsi tardive e si applichi la disciplina particolare prevista dall'art 101, che equipara ora il procedimento dei ricorsi tempestivi e tardivi; anche nella seconda ipotesi, infatti, l'esame non può più essere superficiale e deve essere assicurato il contraddittorio con i soggetti che hanno presentato domanda tempestivamente.

La seconda modifica è stata introdotta con il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che ha posto fine al dibattito che si era formato dopo l'intervento del 2006: il legislatore non aveva specificato se la verifica delle domande tardive dovesse avvenire singolarmente, come in precedenza, o cumulativamente e, nel caso si propendesse per la seconda soluzione, se dovessero esserci più verifiche periodiche o un'unica verifica finale²⁹⁴. Il decreto correttivo ha optato per le verificazioni periodiche, stabilendo che è

²⁹³ BOZZA, *L'accertamento del passivo*, in *Fallimento*, 2005, 1059.

²⁹⁴ MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le insinuazioni tardive*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio e Fabiani, cit., 431-432.

compito del giudice delegato fissarle ogni quattro mesi.

Infine, con il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge dalla l. n. 221 del 2012, si è adeguato il testo dell'art. 101 alla disciplina ora prevista dall'art. 93, che richiede che la domanda sia trasmessa al curatore tramite PEC e non più depositata in cancelleria.

2. La nozione di domande tardive: termine iniziale e termine finale

Le domande tardive sono individuate dall'art. 101 l.fall. facendo riferimento a due termini: uno iniziale e uno finale. Sappiamo infatti che, perché una domanda sia tempestiva, essa deve essere presentata almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata ex art. 16, n. 4 l.fall. per l'esame dello stato passivo e che questo termine è perentorio (art. 93 l.fall.). Se il ricorso viene proposto dopo, la domanda non è considerata inammissibile ma tardiva poiché l'art. 101 consente la trasmissione al curatore (il deposito in cancelleria, prima del 2012) delle domande di ammissione al passivo di un credito ovvero di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili “oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo”. Si tratta di una novità molto importante, realizzata dalla riforma del 2006, che ha sancito un termine iniziale ben preciso; in precedenza, questo termine era stato fissato in via interpretativa in un momento posteriore a quello oggi fissato legislativamente: le domande erano considerate tardive se venivano presentate dopo la chiusura dell'adunanza dei creditori²⁹⁵. Dal 2006, invece, questo termine è stato anticipato ed ampliato perché è cambiata la natura dell'udienza di discussione dello stato passivo, che è ora preordinata allo svolgimento di mere attività istruttorie, e dev'essere, quindi, assicurato il contraddittorio sulle pretese dei ricorrenti in un momento anteriore all'udienza stessa²⁹⁶.

²⁹⁵ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1056.

²⁹⁶ MONTANARI, *Commento*, cit., 1548.

Una questione lasciata aperta dal legislatore riguarda il caso in cui le operazioni non possano esaurirsi in una sola udienza e il giudice ne fissi altre (art. 96, comma 4 l.fall.): ci si chiede se il termine iniziale di trenta giorni vada calcolato a ritroso dalla prima o dall'ultima di tali udienze. Si deve propendere per la prima soluzione con nessuna possibilità di slittamento in avanti, perché – si è visto – si tratta di un termine perentorio²⁹⁷. Sarebbe, inoltre, irragionevole avvantaggiare un soggetto solo perché il giudice delegato non esaurisce l'esame di tutte le domande in un'unica udienza.

L'art. 101 l.fall. stabilisce poi che, affinché la domanda di ammissione al passivo del creditore o del titolare di un diritto reale su un bene mobile o immobile sia presa in considerazione e accertata, deve essere trasmessa al curatore non oltre il termine di “dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo”. Questo termine, c.d. finale, può essere ampliato dal tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, fino a diciotto mesi, nel caso la procedura sia particolarmente complessa. Si tratta di una valutazione difficile per il tribunale, che normalmente non può conoscere al momento della dichiarazione di fallimento se l'accertamento dello stato passivo sarà complesso o meno. Sono stati, quindi, individuati dei casi “scintilla” da cui si dovrebbe desumere che la procedura sarà complessa, come accade, ad esempio, quando il numero dei creditori potenzialmente coinvolti è molto elevato o quando molti di essi hanno la residenza all'estero²⁹⁸, ma pure quando si reputa che le ragioni creditorie o la titolarità dei diritti reali saranno particolarmente difficili da accertare²⁹⁹.

²⁹⁷ MONTANARI, *Commento*, cit., 1549; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1056-1057; FERRARO, *Commento*, cit., 1283. Viceversa, NARDECCHIA, *Insinuazione tardiva*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di Ferro, IV, Padova, 2006, 86 ritiene che il termine decorra dall'eventuale udienza alla quale sia stata differita l'adunanza di verifica dello stato passivo, in analogia a quanto stabilito nell'art. 111 bis l.fall. con riferimento ai crediti prededucibili.

²⁹⁸ MONTANARI, *Commento*, cit., 1550; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 565.

²⁹⁹ MONTANARI, *Commento*, cit., 1550; FERRARO, *Commento*, cit., 1283.

Secondo un'altra soluzione elaborata dalla dottrina, il tribunale deve fare gli accertamenti necessari e domandare al debitore la sua «situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata»³⁰⁰.

3. (segue) Le domande cc.dd. supertardive

Nell'impianto originario della legge fallimentare, l'art. 101 stabiliva che le domande potevano essere presentate fino a quando c'era ancora attivo da distribuire e, quindi, anche dopo l'emanazione del decreto che rendeva esecutivo lo stato passivo. Oggi, come abbiamo visto, il legislatore ha allungato i tempi di presentazione del ricorso tardivo fino a dodici o diciotto mesi successivi a tale decreto. Inoltre, similmente a quanto accadeva sotto il vigore dell'originaria legge fallimentare, anche se con un onere in più, è stata data la possibilità di superare questo limite e di trasmettere la domanda al curatore entro l'esaurimento delle ripartizioni dell'attivo, provando, però, che il ritardo è dovuto ad una causa non imputabile (art. 101, comma 4): si tratta di un caso di rimessione in termini ex art. 153, comma 2 c.p.c.³⁰¹, che dà vita alle cc.dd. domande supertardive.

Anche nell'originaria versione dell'art. 101 si parlava di ritardo dipeso da causa non imputabile, prevedendo che in tal caso il creditore dovesse sopportare le spese conseguenti al ritardo, generalmente individuate nelle spese di assistenza legale³⁰², ipotesi ora non disciplinata poiché non è più obbligatorio il patrocinio del difensore.

In tale situazione il giudice deve indagare sul motivo del ritardo e valutare se si tratti effettivamente di una causa di ritardo non imputabile al soggetto istante. Per poterla individuare, si deve fare riferimento all'art. 1218 c.c., dettato in tema di responsabilità contrattuale: la causa è imputabile quando

³⁰⁰ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1057-1058.

³⁰¹ MONTANARI, *Commento*, cit., 1550.

³⁰² NARDECCHIA, *La domanda del creditore "supertardivo"*, in *Fallimento*, 2009, 455.

il soggetto ha tenuto un comportamento colpevole, ossia caratterizzato da incuria, negligenza, trascuratezza e malafede, e non quando il ritardo è dovuto a forza maggiore, caso fortuito o errore incolpevole di fatto³⁰³.

L'ipotesi di ritardo imputabile che ha creato maggiori perplessità in dottrina e in giurisprudenza è quella concernente l'omissione dell'avviso di cui all'art. 92 l.fall. Secondo un autorevole dottrina, avendo il legislatore predisposto un sistema di pubblicità legale per rendere conoscibile la sentenza, ci sarebbe un onere di conoscenza per il creditore che esula dalla ricezione dell'avviso, definito, quindi, come un "di più, di carattere non decisivo"³⁰⁴; viceversa, l'opinione ancora oggi maggioritaria ritiene che l'omissione dell'avviso sottragga il soggetto dal ritardo imputabile³⁰⁵, fatta salva la possibilità per il curatore di dimostrare che il creditore aveva avuto comunque notizia del fallimento, indipendentemente dalla ricezione dell'avviso, e che poteva provvedere tempestivamente³⁰⁶.

A mio avviso, è preferibile la seconda interpretazione perché, nonostante sia stato predisposto un sistema di pubblicità legale, è sempre la legge che prevede pure l'invio dell'avviso, per cui il soggetto, confidando nella ricezione di questa comunicazione, potrebbe ignorare che il termine per la presentazione del ricorso stia decorrendo.

Una parte della giurisprudenza ha specificato, poi, che, se si presenta il ricorso dopo novanta giorni dalla data in cui è venuto meno l'impedimento

³⁰³ PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo*, cit., 393; DIDONE, *La dichiarazione tardiva di credito nel fallimento*, Milano, 1998, 165; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 604-605. In giurisprudenza, App. Torino, 11 giugno 1985, in *Fallimento*, 1986, 306; Trib. Novara, 5 dicembre 2012, in *www.ilcaso.it*.

³⁰⁴ PROVINCIALI, *Trattato*, III, cit., 1498; in giurisprudenza, App. Milano, 5 aprile 1977, in *Dir. Fall.*, 1977, II, 474, che specifica che l'invio dell'avviso non costituisce una formalità essenziale e che, quindi, la sua inosservanza non giustifica la tardività della domanda.

³⁰⁵ Cass., 25 ottobre 1999, n. 11969, in *Massim. Giur. it.*, 1999; Trib. Pescara, 10 febbraio 2009, in *Fallimento*, 2010, 67; Trib. Modena, 20 marzo 2009, in *Fallimento*, 2010, 67. In dottrina SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, 281; PURCARO, *L'avviso ai creditori nel fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1972, I, 299-300; BONFATTI, *Sull'onere delle spese nelle dichiarazioni tardive di credito*, commento a Cass., 7 settembre 1979, n. 4735, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 365 e ss.

³⁰⁶ Cass., 7 settembre 1979, n. 4735, in *Fallimento*, 1980, 445.

per causa non imputabile³⁰⁷, la domanda supertardiva è inammissibile (salvo che il soggetto provi che quel periodo di tempo non era comunque sufficiente per predisporre l'istanza)³⁰⁸. Ritengo criticabile seguire questa impostazione, dal momento che non c'è alcun riscontro legislativo di essa e che il legislatore ha già previsto le conseguenze negative di un ricorso supertardivo: se il soggetto aspetta molto tempo a far valere la sua pretesa, potrebbe rimanere escluso perché l'attivo è esaurito (stante la disciplina prevista in sede di distribuzioni parziali: vedi *infra*).

Un altro problema che si è posto in dottrina è in quale sede si debba accertare la causa non imputabile di ritardo, in particolare se il giudice debba fissare un'udienza *ad hoc*, instaurando così il contraddittorio tra creditore e curatore, o se la verifica debba avvenire nella stessa udienza in cui si decidono nel merito le istanze supertardive. La dottrina maggioritaria segue la seconda impostazione, ritenendo che, se l'istante supertardivo non è in grado di provare la non imputabilità del ritardo, non è nemmeno in grado di dimostrare la fondatezza del ricorso³⁰⁹ perché, essendo l'oggetto di questo il diritto al concorso ovvero il diritto all'esclusione del bene, se non dimostra la causa non imputabile del ritardo non ha nemmeno il diritto a concorrere o a vedere escluso il bene dalla vendita. Il ricorso verrà, quindi, rigettato nel merito in quanto “volto a far valere un diritto di partecipazione al concorso che più non esiste”³¹⁰ e che sarebbe esistito soltanto se fosse stata data la dimostrazione richiesta dalla legge. Addirittura si può ritenere che, se l'infondatezza della domanda risulta dalla questione “più liquida” – *sic* –, intendendosi per questa la questione che appare di più semplice soluzione e che è, quindi, in grado di portare prima alla decisione, il giudice

³⁰⁷ Secondo STAUNOVO-POLACCO, *Il ritardo non imputabile nell'insinuazione al passivo “supertardiva”*, in *Fallimento*, 2010, 71, il termine di novanta giorni è stato ricavato sottraendo i trenta giorni ex art. 93 l.fall. dal termine di centoventi giorni entro il quale si deve tenere l'udienza di verifica dello stato passivo, ex art. 16, n. 4 l.fall.

³⁰⁸ Trib. Pescara, 10 febbraio 2009, cit., 67.

³⁰⁹ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 602; VITIELLO, *Lo stato passivo*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, 176-177.

³¹⁰ MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le insinuazioni tardive*, cit., 430.

possa rigettare il ricorso senza porsi il problema dell'imputabilità o meno del ritardo³¹¹.

Si può riconoscere la correttezza di queste soluzioni tenendo presenti le esigenze che sono alla base delle varie modifiche della legge fallimentare, cioè l'economia processuale in termini di tempo e di denaro: fissando un'udienza *ad hoc* o risolvendo sempre e comunque la questione dell'imputabilità per prima, questo obiettivo risulterebbe sicuramente compromesso.

4. La legittimazione attiva

Possono proporre domanda tardiva i creditori e i titolari di diritti reali o personali su beni mobili o immobili di proprietà o in possesso del fallito che non abbiano presentato ricorso tempestivo o che facciano valere un diritto "nuovo" rispetto a quello che era oggetto della domanda precedente. Infatti, nonostante l'art. 101 l.fall. non preveda più espressamente che il credito debba essere "nuovo", anche oggi deve ritenersi sia così in base al principio generale per cui il decreto di esecutività dello stato passivo, divenuto definitivo, ha valore di giudicato interno. Per tale motivo, il diritto di cui si chiede l'insinuazione in via tardiva deve essere diverso da quello insinuato tempestivamente in base ai criteri del *petitum* e della *causa petendi*³¹². Applicando questa regola, non si possono considerare "nuove" e sono, quindi, inammissibili:

- a) le istanze escluse o ammesse con riserva in sede tempestiva, aventi lo stesso *petitum* o la stessa *causa petendi* dell'originaria domanda³¹³;

³¹¹ MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le insinuazioni tardive*, cit., 431.

³¹² In giurisprudenza Cass. 28 giugno 2012, n. 10882, in *Giust. civ. - Massim.*, 2012, 858; Cass., 6 ottobre 2011, n. 20534, in *Fallimento*, 2012, 309; Cass., 31 marzo 2006, n. 7661, in *Fallimento*, 2006, 1334; Cass., 19 febbraio 2003, n. 2476, in *Massim. Giur. it.*, 2003; Cass., 2 novembre 2001, n. 13590, in *Fallimento*, 2002, 727. In dottrina LO CASCIO, *Procedimento di insinuazione tardiva e «ius postulandi»*, in *Giust. civ.*, 1989, 725.

³¹³ PELLEGRINO, *I giudizi di accertamento*, cit., 214.

- b) le domande basate su ragioni giuridiche diverse, ma che dovevano essere dedotte originariamente, poiché il giudicato copre il dedotto e il deducibile³¹⁴;
- c) le domande con cui si chiedono interessi o rivalutazioni relativi al capitale oggetto del ricorso tempestivo, poiché il capitale e i suoi accessori sono crediti omogenei, aventi il medesimo titolo³¹⁵;
- d) le domande che si differenziano da quelle tempestive solo per la quantità o per la diversa qualificazione del medesimo credito³¹⁶;
- e) le domande con cui si fanno valere cause di prelazione nuove o diverse da quelle chieste in sede tempestiva. In base al principio del dedotto e del deducibile, la prelazione doveva essere individuata nella domanda originaria, com'è ricavabile anche dall'art. 93 l.fall., che richiede l'indicazione del titolo di prelazione tra i contenuti necessari del ricorso e prevede le conseguenze della sua mancanza³¹⁷.

Sono, invece, ammissibili in via tardiva le stesse domande presentate

³¹⁴ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1065-1066.

³¹⁵ Cass., 19 febbraio 2003, n. 2476, cit.; Trib. Cagliari, 9 dicembre 1998, in *Riv. giur. sarda*, 2000, 779; Trib. Napoli, 22 dicembre 1997, in *Gius.*, 1998, 886; Trib. Catania, 12 febbraio 1996, in *Dir. Fall.*, 1996, II, 1195; Trib. Foggia, 25 novembre 1991, in *Dir. Fall.*, 1992, II, 870. In senso contrario Cass., 22 marzo 2012, n. 4554, in *Giust. civ. - Massim.*, 2012, 379, che ritiene che “il credito degli interessi, per quanto accessorio sul piano genetico a quello del capitale, è un credito autonomo, azionabile separatamente, anche successivamente al credito principale già riconosciuto con decisione passata in giudicato”.

³¹⁶ Cass., 2 novembre 2001, n. 13590, in *Fallimento*, 2002, 727; Cass., 24 gennaio 1997, n. 751, in *Fallimento*, 1997, 974; App. Bari, 17 gennaio 2007, in *Rep. giur. it.*, 2007, voce *Fallimento*, 149.

³¹⁷ In dottrina, DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1067; PELLEGRINO, *I giudizi di accertamento*, cit., 215-216. In giurisprudenza, Cass., 27 marzo 2003, n. 4565, in *Massim. Giur. it.*, 2003; Cass., 9 aprile 1993, n. 4312, in *Fallimento*, 1993, 1110; Cass., 27 aprile 1979, n. 2438, in *Foro it.*, 1979, I, 1389; Trib. Roma, 29 novembre 2001, in *Diritto e pratica delle società*, 2002, 14-15, 103; Trib. Cagliari, 9 dicembre 1998, cit.; Trib. Monza, 14 ottobre 1994, in *Fallimento*, 1995, 655; Trib. Vicenza, 15 giugno 1988, in *Fallimento*, 1989, 416. Ritengono, invece, che non si formi alcun giudicato sull'esistenza di una causa di prelazione o sul riconoscimento di un certo grado di privilegio: in dottrina, PROVINCIALI, *Trattato*, III, cit., 1502; in giurisprudenza, Trib. Venezia, 15 settembre 1986, in *Fallimento*, 1987, 107; Trib. Udine, 5 marzo 1970, in *Dir. Fall.*, 1970, II, 693.

tempestivamente, ma respinte per mere ragioni processuali³¹⁸, purché non incorrano nei medesimi vizi: il giudice delegato potrà esaminarle perché in precedenza non ne ha deciso il merito. Lo stesso vale pure per le domande presentate alle quali l'istante ha rinunciato³¹⁹.

Nel caso di mancanza di documentazione, si deve, invece, ritenere che non sia possibile la riproposizione della domanda in via tardiva con l'allegazione del documento mancante, in quanto si è formato un giudicato interno, che preclude la riproposizione del ricorso³²⁰. Infatti, il giudice delegato ha accertato che il ricorrente non ha dimostrato la sua pretesa ed è entrato, quindi, nel merito della questione. Tale opinione vale a maggior ragione se si tiene conto del fatto che il ricorrente poteva dimostrare l'esistenza e il contenuto del documento e la causa non imputabile nel ritardo della sua produzione, convincendo il giudice delegato ad ammettere con riserva il credito (o ad assegnare un ulteriore termine per la sua presentazione – come si è visto –).

5. Il procedimento

Prima della riforma del 2006, l'art. 101 prevedeva che l'udienza di esame delle domande tardive dovesse essere fissata dal giudice con decreto e che ad essa dovessero comparire il curatore ed il creditore istante, mentre gli altri creditori avevano il potere, ma non il dovere di intervenire. All'udienza si potevano verificare due possibilità: se il curatore non contestava la domanda e il giudice la riteneva fondata, il credito veniva direttamente ammesso con decreto; se il curatore la contestava, il giudice doveva obbligatoriamente provvedere all'istruzione della causa ai sensi degli artt. 175 e ss. del codice di procedura civile.

³¹⁸ Trib. Massa, 1 aprile 1999, in *Nuova giur. ligure*, 1999, fasc. 3, 36.

³¹⁹ In giurisprudenza, Trib. Torino, 23 aprile 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 18; in dottrina, MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve*, cit., 587.

³²⁰ Cass., 11 luglio 1988, n. 4563, in *Fallimento*, 1998, 1186.

Con i d.lgs. 5/2006 e 169/2007 questo procedimento è stato modificato e adeguato alle norme previste per le domande tempestive: il secondo comma dell'art. 101 l.fall. prevede ora che l'accertamento delle domande tardive avvenga secondo le modalità stabilite dall'art. 95 l.fall. e che siano applicabili gli artt. 93-99 l.fall. Di conseguenza le domande tardive dovranno rispettare gli stessi requisiti previsti per i ricorsi tempestivi ed essere trasmesse al curatore, com'è stato anche previsto nel primo comma dell'art. 101 con il d.l. 179/2012. La curatela procederà al loro esame in vista della formazione dello stato passivo provvisorio che dovrà depositare in cancelleria e trasmettere agli istanti, i quali potranno a loro volta presentare osservazioni scritte e documenti integrativi al curatore, di modo che possa controdedurre.

I termini per procedere a queste attività sono i medesimi previsti per le domande tempestive, anche se qui l'udienza di riferimento non è quella fissata dal tribunale ex art. 16, n° 4, bensì quella fissata ogni quattro mesi dal giudice delegato ex art. 101, comma 2 per l'esame delle domande pervenute al curatore fino a quel momento. La norma prevede tale cadenza temporale salvo che sussistano ragioni d'urgenza, nel qual caso si deve ritenere che il giudice debba fissare immediatamente l'adunanza.

Riguardo a tale evenienza, il legislatore non ha previsto alcunché in merito ai vari termini che hanno come punto di riferimento l'udienza. Probabilmente, il giudice delegato dovrà fissare la data tenendo conto di questi e, quindi, almeno dopo un mese; così facendo il curatore avrà a disposizione quindici giorni per predisporre lo stato passivo, gli interessati potranno depositare osservazioni e documenti fino a cinque giorni prima e il curatore potrà poi controdedurre. Nulla esclude, comunque, che il giudice delegato fissi l'udienza in un tempo più ravvicinato stabilendo espressamente le scadenze delle varie attività; in ogni caso, ritengo che non debba essere leso il diritto al contraddittorio delle parti.

Ci si è chiesti da quale momento comincino a decorrere i primi quattro mesi

per la fissazione dell'udienza: a prima vista questo termine dovrebbe iniziare quando scade quello per la presentazione dei ricorsi tempestivi, ossia trenta giorni prima della data fissata ex art. 16 l.fall.³²¹, ma c'è il rischio che l'esame delle domande tempestive non sia ancora finito perché ci sono stati molteplici rinvii e che il provvedimento con cui si decide sulle domande tardive sia pronunciato prima. Risulta, quindi, preferibile aspettare il decreto di esecutività prima di far decorrere i quattro mesi, in analogia a quanto stabilito per i riparti parziali dall'art. 110³²², secondo il quale il curatore deve presentare un prospetto delle somme disponibili ed un progetto di ripartizione delle stesse “ogni quattro mesi a partire dalla data del decreto previsto dall'art. 97 o nel diverso termine stabilito dal giudice delegato”. Si può, infatti, dedurre tale analogia da quanto precisato dal legislatore a proposito della riforma operata con il decreto correttivo: “La cadenza quadrimestrale è in parallelo con quella, pure quadrimestrale, stabilita per i riparti parziali dall'art. 110, primo comma”³²³.

La data dell'adunanza deve essere comunicata agli istanti da parte del curatore, in linea con quanto disposto dall'art. 92 l.fall. per i ricorsi tempestivi³²⁴. Prima della riforma del 2012, si riteneva che il curatore potesse notificarli in qualsiasi modo, purché dimostrasse che il ricorrente ne aveva avuto notizia³²⁵; oggi, invece, non si può più giungere a questa conclusione perché l'art. 92 prevede delle particolari modalità per procedere a questo incombente: trasmissione tramite PEC all'indirizzo che

³²¹ CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, cit., 603 ritiene ragionevole questa soluzione nel silenzio della legge.

³²² MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le insinuazioni tardive*, cit., 435-436; FERRARO, *Commento*, cit., 1290.

³²³ *Relazione al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*.

³²⁴ La data dell'udienza deve essere, a mio parere, comunicata solo a chi ha proposto ricorso tardivo e non anche a coloro che sono già stati ammessi al passivo, perché l'art. 101 l.fall. non prevede più la possibilità che essi partecipino all'udienza. Questi soggetti potranno tutelarsi in un secondo momento mediante impugnazione del provvedimento di ammissione.

³²⁵ SCARSELLI, *L'accertamento del passivo*, cit., 332.

risulta dal registro delle imprese o dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti oppure, se sconosciuto, invio tramite raccomandata o telefax presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore. Si deve tener conto del fatto che nell'ipotesi che stiamo esaminando, diversamente da quella disciplinata dall'art. 92, la domanda è già stata trasmessa al curatore ed nella stessa le parti devono aver indicato l'indirizzo di posta elettronica certificata al quale ricevere le comunicazioni: a mio avviso, questo è, pertanto, l'unico modo possibile per comunicare la data dell'udienza, essendo implicitamente escluso l'invio per raccomandata o fax.

Oltre a presentare osservazioni scritte o documenti integrativi, le parti possono richiedere atti d'istruzione che non pregiudichino le esigenze di speditezza del procedimento durante l'udienza e il fallito può chiedere di essere sentito.

Il giudice decide con decreto, assumendo un provvedimento di inammissibilità, rigetto o accoglimento, puro o con riserva, che deve essere poi reso esecutivo con provvedimento da depositare in cancelleria e che ha effetti soltanto endoconcorsuali.

Con riguardo alla comunicazione dell'esito del ricorso, come visto per le domande tempestive, anche in tal caso sarebbe preferibile che il curatore inviasse alle parti sia il decreto di esecutività sia lo stato passivo, ma l'art. 97 l.fall. gli impone solamente la trasmissione di una copia del primo. Infatti, è con tale comunicazione che si avvertono i ricorrenti del fatto che il giudice delegato si è pronunciato e si fanno decorrere i termini per procedere nel giudizio di accertamento del passivo mediante opposizione, impugnazione in senso stretto o revocazione, se sussistono i presupposti stabiliti dall'art. 98 l.fall. Per conoscere l'esito del ricorso e, dunque, il contenuto dello stato passivo pure l'istante tardivo dovrà recarsi in cancelleria, salva l'ipotesi in cui il curatore abbia provveduto, comunque, alla sua trasmissione nonostante la legge non lo obblighi a farlo.

Infine, in adesione ad una certa dottrina³²⁶, ritengo che tale comunicazione debba essere data anche a coloro che sono già stati ammessi al passivo, di modo che possano eventualmente impugnare il provvedimento entro i termini previsti dalla legge.

6. Il trattamento giuridico

Il terzo comma dell'art. 101 l.fall. disciplina il trattamento giuridico degli istanti tardivi, distinguendo la condizione dei creditori da quella dei terzi titolari di diritti su beni mobili o immobili.

Per quanto riguarda i primi, la norma rinvia all'art. 112 l.fall., dettato in materia di ripartizione dell'attivo e modificato dal d.lgs. 5/2006, che non ne ha, però, alterato nella sostanza la struttura previgente³²⁷. Esso stabilisce che i creditori ammessi tardivamente possono partecipare, in proporzione al credito ammesso, soltanto alle ripartizioni future, ossia dichiarate esecutive dopo la loro ammissione³²⁸. Questi soggetti sopportano, pertanto, “il doppio rischio della tardività della domanda e della durata del processo tardivamente iniziato, processo che non blocca i riparti parziali o finali verificatisi nel corso della sua pendenza”; il curatore non ha, infatti, alcun obbligo di accantonamento di una parte dell'attivo a favore dei creditori tardivi e, prima della loro ammissione, la procedura può arrivare alla chiusura perché tutti i creditori fino a quel momento ammessi sono stati soddisfatti o perché non c'è più attivo da distribuire³²⁹. E questo è logico perché i creditori che non hanno proposto il ricorso in via tempestiva potrebbero non presentare la propria domanda nemmeno in via tardiva.

L'art. 112 disciplina poi due eccezioni a questa regola: i creditori tardivi che abbiano un diritto di prelazione o che dimostrino che il ritardo non è a

³²⁶ FERRARO, *Commento*, cit., 1293.

³²⁷ *Relazione al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5*.

³²⁸ Cass., 1 marzo 1991, n. 2186, in *Fallimento*, 1991, 695.

³²⁹ Cass., 19 febbraio 1999, n. 1391, in *Fallimento*, 1999, 913.

loro imputabile possono recuperare anche quanto sarebbe loro spettato nelle ripartizioni precedenti, se ancora disponibile³³⁰. In ogni caso, i creditori già soddisfatti non possono essere costretti a restituire alcunché ed il curatore non ha alcun obbligo di accantonare somme in vista di tali situazioni.

Con riferimento, invece, ai titolari di diritti, l'art. 101 prevede che, se essi provano la loro non colpevolezza nel ritardo, possono chiedere la sospensione della liquidazione del bene fino a quando non sia accertato il loro diritto, cioè possono proporre le stesse istanze di sospensione che può proporre il terzo che introduce tempestivamente la propria domanda ex art. 93, comma 7 l.fall. Il trattamento riservato ai terzi è, quindi, di maggior favore rispetto a quello dei creditori, ma se si pensa alle conseguenze che questi soggetti subiscono nel caso in cui il bene sia venduto (vedi *supra*), è giusto che il legislatore abbia previsto per loro la sospensione della procedura di vendita.

³³⁰ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 275.

Parte 2

Dallo stato passivo

Capitolo 6

Le impugnazioni

1. La comunicazione dell'esito del procedimento di accertamento del passivo

Dopo che il giudice delegato ha depositato in cancelleria il decreto che rende esecutivo lo stato passivo, i ricorrenti devono essere avvertiti del fatto che è stato adottato il progetto definitivo e che esso può essere impugnato se pregiudica i loro diritti.

A tal fine, l'art. 97 l.fall. prevedeva inizialmente che i creditori potessero visionare il decreto del giudice delegato depositato in cancelleria e che il curatore dovesse avvisare mediante raccomandata soltanto chi era stato escluso in tutto o in parte ovvero ammesso con riserva; questo soggetto poteva poi fare opposizione contro il decreto del giudice entro quindici giorni dal deposito (art. 98, comma 1 versione originaria).

Nel 1986 la Corte costituzionale³³¹ ha dichiarato innanzitutto l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 98 l.fall., per contrasto con l'art. 24, comma 2 Cost., stabilendo che il termine per impugnare deve decorrere dalla ricezione della raccomandata con avviso di ricevimento e non dal deposito in cancelleria del decreto, e di conseguenza l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 100 l.fall. La Corte ha sottolineato che quest'ultima norma, prevedendo che "ciascun creditore" possa impugnare lo stato passivo, implica che per rispettare il principio del giusto processo il curatore debba, infatti, avvisare tutti creditori e non solo quelli esclusi o ammessi con riserva³³².

Con il d.lgs. 5/2006 il legislatore ha, quindi, seguito il principio espresso nella sentenza costituzionale, sancendo che il curatore, immediatamente

³³¹ Corte cost., 22 aprile 1986, n. 102, in *Giur. it.*, 1986, I, 1428.

³³² Corte cost., 22 aprile 1986, n. 102, cit., 1440.

dopo la dichiarazione di esecutività, comunichi a ciascun creditore l'esito della domanda e l'avvenuto deposito del progetto, informandolo altresì del diritto di proporre opposizione in caso di rigetto della domanda. Tuttavia, malgrado la riforma del 2006 avesse unificato la disciplina applicabile alle domande dei creditori e dei terzi titolari di diritti, la lettera dell'art. 97 continuava – si è visto – a riferirsi soltanto ai primi.

In dottrina, comunque, non c'erano dubbi sul fatto che il legislatore avesse voluto riferirsi pure ai titolari di diritti³³³, anche perché la norma stabiliva che la comunicazione dovesse essere spedita affinché il progetto potesse essere esaminato “da tutti coloro che hanno presentato domanda ai sensi dell'art. 93”. Il d.l. 179/2012, convertito in legge dalla l. 221/2012, ha eliminato ogni incertezza ed ora la norma non si riferisce più ai soli creditori, ma a tutti i ricorrenti.

Tale riforma ha modificato vari aspetti della disposizione precedente, ma è sempre il curatore l'organo incaricato di inviare tale comunicazione immediatamente dopo la dichiarazione di esecutività dello stato passivo, il quale deve oggi trasmettere una copia del decreto che rende esecutivo lo stato passivo a tutti i ricorrenti. Nonostante la norma faccia riferimento soltanto a questo decreto, il curatore può ancora inviare lo stato passivo o il singolo esito al soggetto, ma non è più obbligato a farlo. La mancanza di tale obbligo è conforme alla modalità prevista ora per la trasmissione del decreto, ossia l'invio all'indirizzo di posta elettronica certificata ex art. 31-bis l.fall.³³⁴. Il curatore, infatti, può decidere di inviare la comunicazione a tutti i ricorrenti contemporaneamente, mediante un'unica mail rivolta a più destinatari, che abbia il medesimo contenuto e gli stessi allegati. Questo non poteva, invece, avvenire prima dell'ultima riforma, perché l'art. 97,

³³³ NARDONE, *Commento*, cit., 1246; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1055; BRUSCHETTA, *L'accertamento*, cit., 367.

³³⁴ Va ricordato che, nell'ipotesi in cui il soggetto non abbia indicato nella domanda l'indirizzo PEC a cui ricevere le comunicazioni, queste si considerano effettuate mediante deposito in cancelleria.

comma 2 stabiliva, quali modalità di invio della comunicazione, la raccomandata con avviso di ricevimento ovvero il telefax o la posta elettronica, ma solamente se il soggetto aveva aderito a queste modalità di comunicazione.

Infine, l'art. 97 prevede che il curatore debba informare i ricorrenti del fatto che hanno diritto di proporre opposizione nel caso in cui la domanda non sia stata accolta, ma non specifica nulla di più e, quindi, non sarà necessario indicare il termine entro il quale fare opposizione ovvero avvertire della possibilità di impugnare anche l'altrui credito ammesso³³⁵.

Nel caso in cui il curatore non invii la comunicazione dell'esito del procedimento, essendo essa preordinata alla proposizione dell'opposizione o dell'impugnazione, il termine per la presentazione del ricorso sarà quello fissato dall'art. 327 c.p.c. e non quello decorrente dalla comunicazione ex art. 99, comma 1 l.fall.: l'impugnante dovrà attivarsi entro sei mesi³³⁶ dal deposito del decreto³³⁷. Inoltre, anche in questo caso, come si è visto per altre situazioni (vedi *supra* per l'omissione dell'avviso di cui all'art. 92 o per la mancata motivazione delle conclusioni), il comportamento del curatore potrà essere valutato in termini negativi, diminuendone il compenso o arrivando perfino alla sua sostituzione mediante revoca dall'incarico perché non ha permesso al soggetto di avvalersi dei mezzi di impugnazione nei termini ordinari.

³³⁵ Anche prima del 2012 in dottrina era stata criticata la mancanza di tale previsione: BOZZA, *Commento*, cit., 1480; NARDONE, *Commento*, cit., 1247, che ritiene incompleta una comunicazione priva di tale indicazione; BRUSCHETTA, *L'accertamento*, cit., 367.

³³⁶ Il termine era di un anno prima della modifica operata con la l. 18 giugno 2009, n. 69.

³³⁷ In dottrina, MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le impugnazioni dello stato passivo*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio e Fabiani, cit., 402; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1109; CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, cit., 591. In giurisprudenza, Trib. Monza, 14 gennaio 2009, in *Rep. giur. it.*, 2009, voce *Fallimento*, 316.

2. La correzione degli errori materiali

Il giudice delegato potrebbe aver compiuto degli errori materiali nella redazione dello stato passivo definitivo, ossia essere incorso in una mera svista che non incide sul contenuto concettuale della decisione, ma che crea una divergenza tra quanto il giudice ha voluto e deciso e quanto ha concretamente riportato nel documento (c.d. *lapsus calami*)³³⁸. Prima del d.lgs. 5/2006 questa situazione non era disciplinata dalla legge fallimentare, ma non si nutrivano dubbi sul fatto che in tale ipotesi si potesse applicare l'istituto della correzione previsto dagli artt. 287 e 288 c.p.c. e cioè che si potesse chiedere allo stesso giudice che aveva commesso l'errore di eliminarlo³³⁹.

Nonostante ciò, nel 2006 il legislatore ha stabilito espressamente, al quinto comma dell'art. 98 l.fall., che gli errori materiali compiuti nello stato passivo possano essere corretti con decreto dal giudice delegato, cioè dal giudice che ha commesso l'errore. La norma prevede che l'istanza di correzione possa essere presentata dal creditore o dal curatore, senza alcuna menzione del terzo titolare del diritto: a mio avviso, pure tale soggetto può chiedere al giudice la correzione dell'errore compiuto nel provvedimento con cui ha deciso sulla domanda di rivendicazione o restituzione³⁴⁰. Bisogna, infatti, chiedersi quale sia lo scopo di tale istituto con riferimento ad un atto, qual è lo stato passivo, che ha effetti solo all'interno della procedura fallimentare, dove il singolo errore materiale non è rilevante

³³⁸ BERTACCHI, CARLETTI, *Commento agli artt. 281 quater-293 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, a cura di Vaccarella e Giorgetti, Torino, 2007, 987.

³³⁹ BOZZA, *Il procedimento di accertamento del passivo iter processuale*, cit., 115; MONTANARI, *Commento*, cit., 1498; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 255; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1078. In senso contrario, per cui si potevano far valere gli errori solo mediante l'istituto dell'impugnazione, DE CRESCIENZO, *Sub art. 98*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, 903.

³⁴⁰ Si esprime in tal senso anche ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 255.

perché quando si consulta lo stato passivo definitivo si possono consultare pure le domande e lo stato passivo provvisorio redatto dal curatore, le osservazioni scritte e i documenti, ossia tutto il materiale del procedimento di accertamento del passivo che è stato depositato in cancelleria. Senza contare che i soggetti possono partecipare all'udienza in cui il giudice delegato si pronuncia e sono, quindi, in grado di conoscere il ragionamento da lui seguito.

Tuttavia, esiste un'ipotesi in cui è rilevante che il provvedimento sia corretto: l'art. 120, comma 4 l.fall. stabilisce che il provvedimento di ammissione al passivo costituisce prova scritta ai fini della pronuncia di un decreto ingiuntivo. Possiamo allora pensare che questo sia il motivo principale per cui un soggetto chiederà al giudice la correzione, perché altrimenti, se il provvedimento è sbagliato, non potrà avvalersi di esso per chiedere il decreto ingiuntivo ex art. 633 c.p.c. Questa eccezione è prevista dall'art. 120 l.fall. con specifico riferimento al provvedimento di ammissione al passivo di un credito, ma si deve ritenere che la norma si riferisca anche all'accoglimento di una domanda di rivendica o restituzione, visto che le domande dei creditori e dei terzi sono state pienamente equiparate con la riforma del 2006 e, nonostante ciò, il legislatore continua a riferirsi soltanto alle insinuazioni di crediti in varie norme. Pertanto, sia il creditore sia il terzo titolare di un diritto reale possono chiedere il decreto ingiuntivo valendosi, come prova scritta, del provvedimento di accoglimento pronunciato dal giudice delegato, dal momento che il primo ha interesse ad ottenere il pagamento del credito ed il secondo ha interesse ad ottenere la consegna del bene mobile determinato.

La correzione, al pari di quella del processo civile³⁴¹, si ritiene consista in un procedimento di natura amministrativa e non può, dunque, essere considerata una forma d'impugnazione, nonostante sia disciplinata nella norma sulle impugnazioni (art. 98 l.fall.).

³⁴¹ CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 72-73.

Bisogna chiedersi ora chi ha la legittimazione a proporla dal momento che la legge si riferisce al creditore e al curatore, senza specificare nulla di più. Se si trattasse di un'impugnazione, tali soggetti dovrebbero avere un interesse ad impugnare³⁴², nel senso che hanno visto rigettare la loro domanda o accogliere una domanda altrui che, a parer loro, non doveva essere accolta. Tuttavia, non essendo un procedimento impugnatorio, una parte della dottrina ritiene non rilevante che ci sia questo interesse, tanto che la correzione richiesta dal curatore potrà portare ad un miglioramento della posizione degli interessati e quella richiesta dai creditori (o dai titolari di diritti) potrà produrre un peggioramento della loro domanda³⁴³ oppure eliminare un errore che riguarda un ricorso altrui, migliorandone la posizione³⁴⁴. Ritengo non condivisibile tale orientamento dottrinale perché, anche se la correzione non è un vero e proprio mezzo di impugnazione, apre comunque un procedimento ulteriore, che comporta nuovi costi e un allungamento dei tempi del procedimento. Un qualche interesse deve, dunque, sussistere. Nell'ipotesi in cui sia il curatore a proporre l'istanza, l'interesse c'è sempre perché tale organo mira all'accertamento veritiero dei fatti. Viceversa, nell'ipotesi in cui sia il singolo interessato a presentare l'istanza, la correzione deve produrre un miglioramento della sua posizione e, a mio avviso, si può considerare sussistente tale miglioramento anche nell'ipotesi in cui ci sia un peggioramento della domanda, ma ciò consenta di avere un provvedimento corretto per poter poi chiedere al giudice ordinario il decreto ingiuntivo ex art. 120, comma 4 l.fall.

Nel processo ordinario di cognizione, per procedere alla correzione dell'errore il giudice deve fissare un'apposita udienza dove le parti devono comparire, salva l'ipotesi in cui la correzione sia chiesta da tutte le parti, nel

³⁴² CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 249.

³⁴³ MONTANARI, *Commento*, cit., 1499; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1078.

³⁴⁴ PARROTTA, *Procedimento camerale per le impugnazioni*, in *Guida al diritto*, 5/2006, 42; MONTANARI, *Commento*, cit., 1499.

qual caso il giudice provvede direttamente con decreto, senza fissare l'udienza. Diversamente, nel procedimento di accertamento del passivo il giudice delegato non deve fissare alcuna udienza prima di correggere il suo provvedimento, in primo luogo perché la legge fallimentare non lo ha previsto espressamente³⁴⁵ e poi perché siamo di fronte ad una procedura semplificata con regole proprie. Il legislatore ha, comunque, garantito una qualche forma di contraddittorio degli interessati dal momento che l'art. 98, ultimo comma stabilisce che il giudice delegato debba provvedere dopo aver sentito il curatore ovvero la parte interessata. Specificamente, dovrà sentire la curatela se l'istanza di correzione è stata proposta dal creditore o dal terzo titolare del diritto; dovrà, invece, sentire la parte interessata se l'istanza di correzione è stata proposta dal curatore³⁴⁶. In ogni caso, l'audizione di questi soggetti avverrà in maniera informale perché, – si è visto – la legge nulla stabilisce a tal riguardo³⁴⁷.

3. Le singole impugnazioni: premessa

Prima di esaminare nello specifico i singoli strumenti d'impugnazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, è d'obbligo porre l'attenzione sui cambiamenti intervenuti in materia con la riforma del 2006. In verità, si tratta di modifiche solamente formali, dal momento che negli aspetti contenutistici le disposizioni sono pressoché uguali alle precedenti³⁴⁸.

³⁴⁵ In adesione, MONTANARI, *Commento*, cit., 1499.

³⁴⁶ COSTANTINO, *Commento agli artt. 98-99*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, II, cit., 1266 e MONTANARI, *Commento*, cit., 1498 parlano di “procedimento semplificato” con riferimento all'istituto della correzione; nello stesso senso, ma con termini differenti, PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 549.

³⁴⁷ In senso contrario, CANALE, *La formazione dello stato passivo e il sistema delle impugnazioni*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, 203, ritiene necessaria la fissazione di un'apposita udienza a garanzia del contraddittorio.

³⁴⁸ MONTANARI, *Commento*, cit., 1482; COSTANTINO, *Commento*, cit., 1266; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1077; GROSSI, *Le impugnazioni dello stato passivo: la riforma del 2006-2007 al vaglio della*

Infatti, nel sistema creato dalla legge fallimentare del '42 le impugnazioni erano le stesse che sono previste ora, anche se erano disciplinate singolarmente in quattro norme diverse: l'opposizione negli artt. 98 e 99, l'impugnazione dei crediti ammessi nell'art. 100 e la revocazione nell'art. 102. Con il d.lgs. 5/2006 è stata modificata quest'impostazione e sono state dedicate alle impugnazioni soltanto due norme: l'art. 98 regola i presupposti, l'oggetto del giudizio ed i soggetti che hanno la legittimazione attiva e passiva, mentre l'art. 99 disciplina unitariamente il procedimento dei tre ricorsi, nonostante si tratti di rimedi differenti, essendo alcuni ordinari (opposizione ed impugnazione in senso stretto) ed altri straordinari (revocazione). Inoltre, la rubrica dell'art. 98 oggi recita espressamente "impugnazioni", eliminando i dubbi che erano sorti in passato sulla natura di tali strumenti³⁴⁹. Infatti, con la riforma del 2006 è stata eliminata la possibilità di usare lo strumento dell'appello civile contro la sentenza che pronunciava sulle impugnazioni ordinarie previste dalla legge fallimentare (opposizione e impugnazione in senso stretto) ed è stato consentito di esperire il ricorso per Cassazione direttamente contro il provvedimento che decide sulle stesse. Stante la natura impugnatoria di tali rimedi, sarà possibile applicare i principi validi in generale per le impugnazioni civili – vedi *infra* –.

giurisprudenza, in *www.judicium.it*, 2012, 4.

³⁴⁹ Negli stessi termini, si vedano MONTANARI, *Commento*, cit., 1482-1484 nota che, se anche la legge non avesse esplicitato la natura impugnatoria, a seguito della riforma non avrebbero comunque dovuto esserci dubbi su di essa per due motivi: in primo luogo il procedimento di accertamento del passivo s'ispira oggi ai principi della giurisdizione contenziosa e, poi, contro queste forme di contestazione è ammesso solo il gravame di legittimità innanzi alla Corte di Cassazione e non quello di merito; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1080-1081 (con riferimento all'opposizione) e 1092 (con riferimento all'impugnazione in senso stretto). Per quanto riguarda, in particolare, la natura di gravame del giudizio di opposizione, si vedano: in giurisprudenza, Trib. Napoli, 19 dicembre 2007, in *Fallimento*, 2008, 848; in dottrina, PELLEGRINO, *I giudizi di accertamento*, cit., 164-165; CANALE, *La formazione dello stato passivo*, cit., 200. Questi autori criticano l'opinione di chi ritiene l'accertamento del passivo la fase sommaria e l'opposizione la fase ordinaria: in quest'ultimo senso, si veda, in dottrina, BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 310 (la stessa opinione è espressa pure nell'edizione successiva del 2009) e, in giurisprudenza, Trib. Firenze, 21 novembre 2007, in *Fallimento*, 2008, 245.

Inoltre, bisogna chiedersi, con specifico riferimento ai mezzi di impugnazione ordinari, se essi siano oggi in qualche modo equiparabili all'appello civile e se si possano, di conseguenza, applicare agli stessi, oltre ai principi validi in generale per le impugnazioni, anche i principi validi per l'appello civile.

A tal proposito, si deve osservare che, quando il tribunale si pronuncia sull'opposizione ovvero sull'impugnazione in senso stretto, lo fa con decreto motivato, che sostituisce il decreto, pure motivato, con cui il giudice delegato ha deciso nella "prima fase" del giudizio di accertamento del passivo. Di fronte al tribunale si svolge, infatti, un nuovo giudizio e non soltanto una mera revisione della precedente decisione, per cui, una volta terminato il giudizio d'impugnazione, sarà il decreto del tribunale a regolare la situazione e ad esso si dovrà guardare per capire se il creditore è stato ammesso al passivo ovvero se il bene è stato escluso dalla vendita.

In base a quanto detto, mi sembra preferibile considerare i giudizi di impugnazione "fallimentare" simili al giudizio d'appello perché in entrambi i casi siamo di fronte a delle impugnazioni sostitutive e applicare, quindi, ai primi i principi validi per il secondo³⁵⁰.

Infine, va notato che pure in materia di impugnazioni il legislatore ha scelto di disciplinare congiuntamente le domande dei creditori e quelle dei terzi titolari di diritti reali o personali su beni mobili o immobili, senza operare, come accadeva invece in passato, un rinvio alle medesime norme: si tratta, anche in questo caso, di una modifica strettamente formale, ma che contribuisce a creare ordine e ad evitare dubbi³⁵¹.

³⁵⁰ In senso contrario, Cass., 11 settembre 2009, n. 19697, in *Foro it.*, 2010, I, 1, 463 ha affermato che non si applicano all'opposizione le regole dettate in tema di appello.

³⁵¹ In senso conforme, MONTANARI, *Commento*, cit., 1484.

4. L'opposizione

L'opposizione contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo è disciplinata quanto all'oggetto, ai presupposti e ai soggetti legittimati dall'art. 98, comma 2 l.fall., che stabilisce che può essere esperita dal creditore o dal terzo titolare di diritti, mobiliari o immobiliari, per contestare l'esclusione del proprio diritto dal passivo ovvero l'ammissione soltanto parziale di esso. Rispetto alla formulazione originaria che faceva riferimento ai "creditori esclusi", si parla oggi di domande "accolte in parte" o "respinte", ma il significato è il medesimo perché il concetto di esclusione comprende in sé il rigetto totale e l'accoglimento parziale, dal momento che una parte del diritto non è stata riconosciuta. La vera novità sta nel fatto che non sono menzionati i creditori "ammessi con riserva", perché, come ho già detto trattando dei provvedimenti del giudice ed in particolare di quello di ammissione con riserva, il legislatore della riforma ha previsto un apposito meccanismo di scioglimento della riserva all'art. 113-bis l.fall.; non è, quindi, più necessario proporre l'opposizione per far sciogliere la riserva, come invece si riteneva originariamente nelle ipotesi di mancata produzione dei documenti giustificativi (diversamente dal caso dei crediti condizionati).

Il mancato richiamo dei soggetti ammessi con riserva non significa, però, che questi soggetti non siano anch'essi legittimati a proporre opposizione, sebbene ciò avverrà per uno scopo differente dallo scioglimento della riserva: infatti, potrebbero aver chiesto l'ammissione pura e semplice al passivo, domanda da considerare accolta soltanto in parte se il provvedimento del giudice delegato è con riserva³⁵². A questa conclusione si arriva partendo dai principi validi per le impugnazioni esperibili nel processo ordinario di cognizione, principi applicabili anche in questa sede

³⁵² ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 252; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 221; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1021.

dal momento che è oggi espressamente riconosciuta la natura impugnatoria di tali rimedi: nel processo civile si può impugnare una sentenza solamente se si ha uno specifico interesse ad impugnare, ossia se le parti sono risultate soccombenti nel precedente grado del giudizio. La soccombenza può essere formale, quando la domanda (dell'attore o del convenuto) è stata respinta, ovvero sostanziale, quando ci si attende dalla nuova decisione un'utilità maggiore o un minor pregiudizio³⁵³. Anche a voler ritenere che l'ammissione con riserva non sia un accoglimento parziale o un rigetto (soccombenza formale), il soggetto ammesso con riserva è sicuramente un soccombente sostanziale che può chiedere l'ammissione pura per ottenere un'utilità maggiore³⁵⁴.

Inoltre, siccome con la domanda d'insinuazione il creditore chiede di accertare non solo il suo diritto di partecipare al concorso, ma anche come parteciperà ad esso perché ha dei diritti di prelazione, se questi gli vengono negati, il soggetto risulta soccombente anche se il credito dovesse essere ammesso e può, quindi, proporre opposizione³⁵⁵.

In base alle regole valide nel processo di cognizione non può, invece, proporre opposizione il creditore o il terzo titolare di diritti che abbia prestato acquiescenza verso il decreto del giudice delegato, sia che l'accettazione sia espressa sia che risulti da atti incompatibili con la volontà di impugnare (art. 329 c.p.c.)³⁵⁶.

Per quanto riguarda, infine, la legittimazione passiva, questa spetta al curatore ex art. 98, comma 2, in quanto rappresentante degli interessi della procedura³⁵⁷, ma anche, a mio avviso, in quanto controparte del precedente

³⁵³ CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 249-250. Ritene applicabili, nel procedimento di accertamento del passivo, i criteri della soccombenza formale e sostanziale, pure MONTANARI, *Commento*, cit., 1486-1487.

³⁵⁴ LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 673-674.

³⁵⁵ GROSSI, *Le impugnazioni*, cit., 7; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1088; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 674.

³⁵⁶ TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1023.

³⁵⁷ GROSSI, *Le impugnazioni*, cit., 7, che sottolinea che il curatore ha la legittimazione passiva perché ha promosso e redatto lo stato passivo, contro cui è proposta opposizione.

grado di giudizio³⁵⁸. Ci si è chiesti in dottrina se questa partecipazione sia necessaria, per cui si dovrebbe applicare l'art. 102 c.p.c.³⁵⁹, oppure se la mancata partecipazione al procedimento del curatore renda “il provvedimento inopponibile al fallimento e, quindi, *inutiliter dato*, perché inidoneo a realizzare gli effetti tipici previsti dalla legge”³⁶⁰. A mio avviso, è condivisibile il primo orientamento, trattandosi di un'ipotesi di litisconsorzio necessario. Di conseguenza, se il curatore non viene chiamato in giudizio o, comunque, non interviene, il tribunale deve ordinare l'integrazione del contraddittorio entro un termine perentorio ex art. 102, comma 2 c.p.c. e se, nonostante ciò, continua a rimanere inerte, ritengo che il giudice delegato debba chiedere al tribunale la revoca dall'incarico ex art. 37 l.fall. e la nomina di un altro soggetto ex art. 27.

5. L'impugnazione in senso stretto

L'impugnazione in senso stretto è da sempre un rimedio che consente di ricorrere contro l'ammissione al passivo di un'altrui domanda chiedendone il rigetto cosicché ci siano meno creditori da soddisfare con precedenza con l'attivo distribuibile ovvero più beni da vendere nell'ipotesi in cui la domanda contestata sia di rivendicazione o restituzione.

Originariamente l'art. 100 l.fall., che disciplinava questo strumento e che è stato abrogato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, il quale ha trasfuso la relativa disciplina negli artt. 98, comma 3 e 99 l.fall., consentiva l'esperimento di tale rimedio soltanto ai creditori, ma non si nutrivano dubbi sul fatto che legittimati fossero pure i terzi titolari di diritti perché l'art. 103 l.fall.

Diversamente, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 220 giustifica la legittimazione passiva del curatore col fatto che egli rappresenta l'interesse della collettività dei creditori.

³⁵⁸ In adesione, ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 252, che parla di “convenuto resistente”.

³⁵⁹ In tal senso si veda GROSSI, *Le impugnazioni*, cit., 7, che ritiene necessaria l'integrazione del contraddittorio.

³⁶⁰ Così, COSTANTINO, *Commento*, cit., 1267.

estendeva l'applicazione degli articoli da 93 a 102 ai loro ricorsi³⁶¹. Dal 2006, in linea con l'unificazione delle domande dei creditori e dei terzi titolari di diritti su beni mobili o immobili, l'art. 98, comma 3 l.fall. assegna la legittimazione all'impugnazione contemporaneamente ad entrambe queste categorie di soggetti. Se fino a qui la novità è solamente formale, la vera novità sostanziale sta nell'aver consentito pure al curatore di impugnare i crediti ammessi. Prima del 2006, infatti, era opinione unanime che quest'organo, in quanto ausiliare del giudice e non parte del procedimento, non potesse avvalersi dei mezzi di impugnazione ordinari³⁶²; se questo vale ancor oggi per l'opposizione allo stato passivo, non può dirsi altrettanto per lo strumento di cui all'art. 98, comma 3, visto che la legge prevede espressamente tale legittimazione, confermando quanto detto in precedenza riguardo al ruolo della curatela nella fase di accertamento del passivo: si tratta di una vera e propria parte, la quale, se ne ha interesse (nel significato visto di soccombenza formale o sostanziale), può impugnare il decreto con cui il giudice delegato ha reso esecutivo lo stato passivo. È, infatti, possibile estendere anche a questo rimedio il concetto d'interesse³⁶³ perché siamo di fronte ad un'impugnazione vera e propria, alla quale si devono applicare, sempre con i dovuti coordinamenti, le norme del diritto processuale civile. E questo criterio è valido non solo per l'impugnazione del curatore, ma anche per quella degli altri legittimati: pure in tal caso, si deve vedere se il soggetto può trarre dall'impugnazione un risultato positivo per la sua posizione.

Per vedere se c'è la "soccombenza", si deve guardare alla situazione specifica e concreta, ma è comunque possibile fare un'analisi generale, distinguendo i soggetti in base al provvedimento adottato dal giudice

³⁶¹ PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo*, cit., 356.

³⁶² GROSSI, *Le impugnazioni*, cit., 8; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 253; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 683.

³⁶³ Anche GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 221 e TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1027 richiamano il principio dell'interesse per individuare i casi di legittimazione attiva.

delegato:

- a) i creditori, la cui domanda è stata accolta, hanno normalmente la legittimazione ad impugnare, essendo interessati all'esclusione del creditore concorrente o al rigetto della domanda del terzo, dal momento che in entrambe le ipotesi c'è una diminuzione del patrimonio del fallito su cui si troverà soddisfazione³⁶⁴. Nel primo caso, infatti, l'esclusione del creditore concorrente con precedenza consente all'impugnante di essere soddisfatto prima e, quindi, su un patrimonio maggiore. Nel secondo caso, invece, il rigetto della domanda del terzo fa sì che il bene su cui questo soggetto faceva valere il diritto possa essere venduto, con un accrescimento anche in tal caso del patrimonio del fallito su cui sarà possibile trovare soddisfazione;
- b) i terzi, che hanno visto riconosciuto il loro diritto, non possono impugnare il provvedimento, perché hanno ottenuto tutto quello che volevano³⁶⁵. Possiamo, però, individuare un'eccezione a tale regola nell'ipotesi in cui più soggetti abbiano fatto valere un loro diritto sul medesimo bene. Si pensi al caso in cui Tizio chiede la restituzione del bene perché titolare di un diritto personale, ad esempio perché locatario, e Caio rivendica lo stesso bene in quanto proprietario. Se il giudice delegato accerta i diritti di entrambi e, di conseguenza, accoglie tutti e due i ricorsi, sarà Tizio ad aver diritto alla consegna del bene. Caio avrà, dunque, interesse ad impugnare il provvedimento di accoglimento della domanda di Tizio, contestando il diritto personale di quest'ultimo;
- c) i creditori ed i terzi, la cui domanda è stata rigettata, in linea di massima,

³⁶⁴ In adesione, BONFATTI, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, III, cit., 474; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1093; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1027; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 562; MONTANARI, *Commento*, cit., 1489; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 685; PELLEGRINO, *I giudizi di accertamento*, cit., 181.

³⁶⁵ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 221 riconosce, però, a questi soggetti la legittimazione quando l'impugnazione sia preordinata alla trasformazione della pretesa restitutoria o reale in pretesa creditoria, come accade ad esempio quando l'istante ha perso il possesso del bene oggetto della domanda prima del fallimento.

non trarrebbero alcuna utilità dall'impugnazione in senso stretto perché sono stati esclusi, se creditori, ovvero non è stato riconosciuto il loro diritto sul bene, se terzi, e quindi sembrerebbero non aver alcun interesse ad impugnare. A loro è specificamente riservato il rimedio dell'opposizione, rimedio che può portare all'accoglimento della domanda da parte del tribunale.

Sorge, però, spontaneo un quesito: se la domanda viene accolta in sede di opposizione, come si può tutelare il soggetto contro l'accoglimento della domanda di un altro concorrente? I termini per l'impugnazione, quando viene emesso il decreto del tribunale, sono ormai decorsi; tuttavia, una qualche forma di tutela del soggetto, già pregiudicato dal provvedimento del giudice delegato, deve essere assicurata³⁶⁶.

Le soluzioni individuabili sono due: si fa opposizione ed al suo termine, se il decreto è di accoglimento, ricomincia a decorrere il termine per esperire l'impugnazione in senso stretto; oppure allo stesso tempo ed entro i termini si promuovono sia l'opposizione sia l'impugnazione, ma quest'ultima viene introdotta come domanda condizionata e subordinata all'accoglimento della prima. I principi generali del diritto processuale depongono, a mio parere, verso la seconda soluzione, tenendo pure conto del fatto che la prima soluzione richiede una disciplina legislativa *ad hoc*. Nell'esaminare le due domande, il tribunale prenderà in considerazione l'impugnazione condizionata soltanto nell'ipotesi in cui accolga l'opposizione, esaminata per prima. Viceversa, se rigetta l'opposizione, dichiara inammissibile l'impugnazione per mancanza di legittimazione³⁶⁷;

³⁶⁶ Ammettono la legittimazione del creditore escluso che abbia proposto opposizione allo stato passivo anche i seguenti autori: GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 221; BONFATTI, *I giudizi di impugnazione*, cit., 474; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1029; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 562. In senso contrario, PELLEGRINO, *I giudizi di accertamento*, cit., 181, che nega il potere di impugnare "sotto la condizione del riconoscimento, futuro e incerto, della legittimazione".

³⁶⁷ In adesione, MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo*, cit., 868; PAJARDI,

d) i creditori ed i terzi, la cui domanda è stata dichiarata inammissibile e che hanno riproposto la domanda in via tardiva, potrebbero essere pregiudicati dal tempestivo accoglimento della domanda di un concorrente se la loro domanda viene accolta (oppure rigettata, se l'impugnazione viene subordinata all'accoglimento dell'opposizione)³⁶⁸. Tuttavia, quando si conclude il giudizio tardivo, molto probabilmente sono già decorsi i termini per impugnare il decreto che ha reso esecutivo lo stato passivo in via tempestiva. Per capire se questi soggetti meritino di ricevere una qualche forma di tutela, si deve distinguere a seconda che essi abbiano proposto ricorso tardivamente per una causa a loro imputabile o meno.

Nella prima ipotesi, il soggetto poteva proporre ricorso in via tempestiva, ma non l'ha fatto, accettando così il rischio dell'accoglimento di altre domande con diritto di precedenza nella soddisfazione. Infatti, il creditore tardivo che non dimostri la causa non imputabile – si è visto – concorrerà solo alle ripartizioni posteriori alla sua ammissione.

Diversamente, nell'ipotesi in cui il soggetto proponga ricorso tardivamente per causa a lui non imputabile (ad esempio, perché il curatore non gli ha spedito l'avviso di cui all'art. 92 l.fall. e non è venuto a conoscenza della pendenza della procedura in altri modi), ottiene lo stesso trattamento giuridico riservato ai ricorrenti tempestivi, ma non c'è

Manuale di diritto fallimentare, Milano, 2002, 477. Viceversa, SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 344 e TARZIA, *L'impugnazione dei crediti ammessi*, in *Fallimento*, 1990, 936 parlano di improcedibilità. Questo concetto si riferisce, però, agli oneri che l'impugnante deve compiere perché il giudizio prosegua ed in questo caso la parte deve solo aspettare la conclusione del procedimento a cui è subordinata l'impugnazione. Ritengo, quindi, preferibile parlare di inammissibilità, mancando un requisito di forma previsto dalla legge, ossia la legittimazione ad impugnare. Per i concetti di improcedibilità e inammissibilità, cfr. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 269-270.

³⁶⁸ Tale pregiudizio potrebbe esserci in tutte le ipotesi di accoglimento della domanda tardiva, indipendentemente dal caso in cui la domanda sia stata dichiarata inammissibile in sede tempestiva. Il mio ragionamento prende, però, le mosse da quest'ultimo caso specifico secondo la distinzione, inizialmente fatta, dei soggetti legittimati sulla base dei provvedimenti adottati dal giudice delegato.

nessuna norma che gli consenta di dolersi dell'accoglimento di una domanda proposta tempestivamente. Anche considerando applicabile l'istituto della rimessione in termini ex art. 153, comma 2 c.p.c., il soggetto rimarrebbe privo di tutela nell'ipotesi in cui il creditore tempestivo abbia già trovato soddisfazione nella fase di distribuzione dell'attivo, dal momento che l'art. 114 l.fall. nega la ripetizione dei pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto, "salvo il caso di accoglimento di domande di revocazione". Soltanto in tale ultimo caso il ricorrente tardivo sarebbe tutelato, ma tra le ipotesi tipiche di revocazione previste dall'art. 98, comma 4 l.fall. non troviamo l'ipotesi in esame. Essendo questo l'unico modo per tutelare la categoria di soggetti che stiamo esaminando, si deve concludere che l'art. 98, comma 4 l.fall. è incostituzionale per violazione dell'art. 24 Cost., nella parte in cui non prevede questa ipotesi tra i casi di revocazione. Attualmente non è, quindi, previsto alcuno strumento di tutela per i ricorrenti tardivi, il cui ritardo non sia a loro imputabile e che vogliano contestare l'accoglimento di una domanda tempestiva ovvero di una domanda tardiva esaminata precedentemente (vale la pena ricordare, infatti, che non c'è un'unica udienza di esame dei ricorsi tardivi, ma sono varie e si svolgono ogni quattro mesi ex art. 101 l.fall.)³⁶⁹;

e) pure i creditori ed i terzi, il cui diritto è stato ammesso con riserva, non

³⁶⁹ Soluzioni diverse sono state individuate in dottrina con riferimento all'ipotesi in esame. DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1096 ha affermato che si deve consentire a questi soggetti di impugnare entro i termini il provvedimento tempestivo, in quanto creditori o titolari di diritti che potrebbero subire in futuro un pregiudizio da esso, e sospendere l'impugnazione in attesa dell'esito del giudizio tardivo. Differentemente, MONTANARI, *Commento*, cit., 1490 ha ritenuto che, non dovendo essere inviata agli istanti tardivi la comunicazione dell'esito del procedimento tempestivo di accertamento del passivo ex art. 97 l.fall., debba trovare applicazione l'art. 327 c.p.c., che regola la decadenza dall'impugnazione. L'autore basa la sua tesi, tra l'altro, sulla coincidenza del termine (di un anno) di cui all'art. 101 l.fall. con quello della norma in commento. In ogni caso, questa considerazione non è più valida, visto che la l. 18 giugno 2009, n. 69 ha diminuito il secondo termine da un anno a sei mesi. Un altro autore, LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 687, ha escluso che un soggetto possa impugnare l'ammissione di un credito altrui prima di essere ammesso a sua volta al passivo.

hanno una legittimazione attuale all'impugnazione, perché per capire se la loro domanda verrà definitivamente accolta devono aspettare lo scioglimento della riserva oppure la conclusione del giudizio di opposizione, se avevano chiesto al giudice delegato l'ammissione pura e semplice. Anche in queste ipotesi i termini per impugnare sarebbero probabilmente già decorsi al verificarsi di tali vicende.

Se essi propongono opposizione contro il decreto che ha reso esecutivo lo stato passivo contenente la loro ammissione con riserva, devono presentare, entro il termine di trenta giorni decorrente dal medesimo decreto, pure l'impugnazione ex art. 98, comma 3 l.fall., subordinandola all'accoglimento dell'opposizione. Questo non può, però, valere per i soggetti che devono attendere lo scioglimento dell'ammissione con riserva ex art. 113-bis l.fall. perché in tal caso non si chiede al giudice di pronunciare l'ammissione pura e semplice, che deriva, invece, dal verificarsi dell'evento che ha determinato la riserva.

Per capire come tutelare tali soggetti, consideriamo anzitutto il diritto condizionato. Ex art. 1360 c.c. "gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto", per cui nel momento in cui si scioglie la riserva gli effetti dell'ammissione pura e semplice retroagiscono al momento della decisione del giudice delegato. Si deve, quindi, consentire all'istante ammesso con riserva di proporre l'impugnazione entro il termine di cui all'art. 99, comma 1 l.fall., sospendendo contemporaneamente il giudizio in attesa dello scioglimento della riserva. Al verificarsi dell'evento, la sua ammissione è come se fosse sempre stata pura e semplice e, quindi, ciò non può che significare che il soggetto era legittimato a proporre l'impugnazione, il cui giudizio può ora riprendere.

Dovendosi assicurare la medesima tutela ai soggetti ammessi con riserva ex art. 96, comma 2, n. 2 e 3 l.fall., si deve ritenere che la soluzione vista valga anche per i titolari di un diritto in base ad un titolo che non è stato

prodotto per causa non imputabile ovvero in base ad una sentenza pronunciata prima della dichiarazione di fallimento, ma non ancora passata in giudicato al momento dell'udienza di verifica. Anche in tali casi, infatti, quanto si verifica l'evento che dà luogo allo scioglimento della riserva, l'ammissione è come se fosse pura e semplice fin dall'inizio, producendosi i medesimi effetti che si sarebbero prodotti se la pronuncia del giudice fosse stata tale già all'udienza di verifica dello stato passivo³⁷⁰;

- f) i creditori ed i terzi titolari di diritti, che non hanno presentato domanda ex art. 93 l.fall., non hanno mai il potere d'impugnare³⁷¹;
- g) infine, il curatore può impugnare se soccombente, cioè se aveva chiesto al giudice delegato il rigetto della domanda, ma le sue conclusioni non sono state osservate³⁷².

In tutte le ipotesi viste, i soggetti sono legittimati a proporre impugnazione ex art. 98, comma 3 l.fall. soltanto se non hanno precedentemente prestato acquiescenza ex art. 329, comma 1 c.p.c.³⁷³.

Un dibattito che era sorto in dottrina e che continua ancor oggi riguarda l'interesse del creditore privilegiato a proporre impugnazione contro l'ammissione di un credito in via chirografaria: si è sostenuto che in tale ipotesi non c'è la legittimazione perché il creditore privilegiato non sarebbe pregiudicato dall'accoglimento di una tale domanda, visto che troverà soddisfazione con precedenza rispetto al creditore chirografario³⁷⁴. A mio

³⁷⁰ Arrivano alla medesima conclusione DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1095. Diversamente, TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1027 e MONTANARI, *Commento*, cit., 1489 riconoscono la legittimazione ad impugnare di tali soggetti senza ulteriori specificazioni.

³⁷¹ TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1027; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1093.

³⁷² GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 222.

³⁷³ Con riferimento specifico soltanto ai creditori ammessi puramente e semplicemente, si vedano DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1093; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1027; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 685.

³⁷⁴ PELLEGRINO, *I giudizi di accertamento*, cit., 182; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1028. In giurisprudenza, Cass., 27 aprile 1968, n. 1307, in *Dir. Fall.*, 1969, II, 12; Trib. Brindisi, 16 luglio 2002, in *Giur. merito*, 2003, 694; Trib. Civitavecchia, 23

parere, la soluzione non può essere univoca e varia in base al caso concreto³⁷⁵. Si pensi all'ipotesi in cui sia stata proposta impugnazione nei confronti del credito privilegiato, contestandone la prelazione. Se l'impugnazione viene accolta, il credito diventerà chirografo ed il soggetto titolare non sarà più soddisfatto con precedenza. Si deve, quindi, ammettere che tale soggetto possa proporre impugnazione contestando l'accoglimento di una domanda avente ad oggetto un credito chirografo. Tale domanda dovrà, però, essere subordinata all'accoglimento dell'impugnazione proposta contro il creditore privilegiato, con cui è stata contestata in particolare la causa di prelazione fatta valere.

Nel giudizio d'impugnazione si possono, quindi, far valere tutti i possibili motivi di esclusione, totale o parziale, del diritto, comprese le garanzie³⁷⁶.

Si discute riguardo alla revocatoria, chiedendosi se essa possa essere fatta valere in sede di impugnazione, domandando così al tribunale di rigettare il ricorso perché basato su un atto compiuto dal debitore in pregiudizio dei creditori e che deve essere, quindi, dichiarato inefficace, se rientra nei casi previsti dall'art. 67 l.fall. Questa istanza può essere presentata soltanto dal curatore ex art. 66 l.fall., che non consente la proposizione di tale azione ad altri soggetti. Per tale motivo, si deve escludere che i soggetti legittimati all'impugnazione, diversi dal curatore, possano proporla basandola sulla revocabilità degli atti che sono alla base della domanda impugnata³⁷⁷. Anche il curatore non potrà, però, basare l'impugnazione sulla revocabilità dell'atto perché sono inammissibili domande nuove nel giudizio di secondo grado (vedi *infra*). Al massimo, potrà rilevarla in via di eccezione³⁷⁸, che è

marzo 2001, in *Gius*, 2001, 2656. In senso contrario, LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 682-683.

³⁷⁵ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 221.

³⁷⁶ Cass., 13 dicembre 1994, n. 10613, in *Massim. Giur. it.*, 1994.

³⁷⁷ Escludono il potere di far valere la revocabilità da parte dei creditori e dei terzi titolari di diritti, pure ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 254; SATTÀ, *Diritto fallimentare*, cit., 346; PROVINCIALI, *Trattato*, III, cit., 1495.

³⁷⁸ Analogamente, MONTANARI, *Commento*, cit., 1490; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 400. In giurisprudenza, Cass., 5 settembre 1998,

imprescrittibile.

Esaurita l'analisi della legittimazione attiva³⁷⁹, non rimane che vedere chi ha la legittimazione passiva in tale giudizio: l'art. 98, comma 3 stabilisce che "l'impugnazione è rivolta nei confronti del creditore concorrente, la cui domanda è stata accolta". Si deve ritenere che controparte possa essere anche il titolare di diritti, visto che poco prima la norma stabilisce che tale strumento serve a contestare l'accoglimento della "domanda di un creditore o di altro concorrente", espressione quest'ultima in cui rientrano i terzi titolari³⁸⁰. Inoltre, al procedimento deve partecipare il curatore, come specificato dalla disposizione in esame³⁸¹: il riferimento è al caso in cui non sia stato lui a proporre l'impugnazione. La curatela non può, dunque, decidere di rimanere fuori dal giudizio trattandosi, anche in questo caso, di un'ipotesi di litisconsorzio necessario³⁸², che ha le medesime conseguenze già viste a proposito dell'opposizione.

6. La revocazione

La revocazione può essere proposta contro i provvedimenti di accoglimento

n. 8827, in *Massim. Giur. it.*, 1998 ha ritenuto ammissibile pure l'esercizio dell'azione revocatoria in sede d'impugnazione.

³⁷⁹ Va notato che, come in passato, il fallito non può impugnare il decreto che rende esecutivo lo stato passivo, in conformità alla perdita dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni (art. 42). Il suo interesse è in qualche modo tutelato dal curatore, che sta in giudizio (ed ora può anche impugnare) al fine di garantire un accertamento veritiero delle domande. Si deve, inoltre, ricordare che con la riforma del 2006 è stata sancita l'efficacia soltanto endoconcorsuale dei provvedimenti assunti in sede di accertamento del passivo, di modo che il fallito tornato *in bonis* non ne sia pregiudicato.

³⁸⁰ Non nutrono dubbi sul fatto che controparte possa essere anche il titolare di diritti, pure ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 253; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 221; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 562.

³⁸¹ Anche sotto il vigore dell'originaria versione della legge fallimentare si riteneva che il curatore, nonostante la mancanza di legittimazione attiva, dovesse partecipare al giudizio per tutelare il diritto di difesa della massa e del fallito: cfr. GROSSI, *Le impugnazioni*, cit., 8.

³⁸² In adesione, PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 562; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 222.

o di rigetto della domanda presentata ex art. 93 l.fall., quando siano il frutto di falsità, dolo, errore essenziale di fatto o mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile.

Il primo comma dell'art. 98 stabilisce che la revocazione è proposta “contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo”, mentre il quarto comma fa riferimento al “provvedimento di accoglimento o di rigetto”. Stando alla prima disposizione, se si dovesse interpretarla letteralmente, si dovrebbe dire che in presenza dei requisiti previsti si deve procedere alla rimozione dell'intero decreto con la messa nel nulla dell'intera fase di accertamento del passivo, che dovrebbe ricominciare da capo per tutti coloro che hanno proposto l'istanza; giustamente, però, nel quarto comma il legislatore ha usato il singolare, riferendosi al solo provvedimento viziato. Sembrerebbe esserci una contraddizione tra le due disposizioni, ma così non è, dovendosi procedere semplicemente al coordinamento di esse: ex art. 98, comma 4 si deve impugnare il provvedimento singolo di accoglimento o di rigetto, che deve, però, risultare dal decreto con cui il giudice delegato ha reso esecutivo lo stato passivo ex art. 98, comma 1. In tal modo si impugna un provvedimento il cui contenuto è diventato definitivo, grazie al decreto del giudice delegato, e che non può più essere modificato, se non con la revocazione.

L'art. 102 l.fall., che disciplinava originariamente la revocazione dei crediti ammessi (e non di quelli esclusi, diversamente da quanto è stato stabilito con il d.lgs. 5/2006), prevedeva che questo mezzo di impugnazione fosse esperibile contro il decreto del giudice delegato ovvero contro la sentenza del tribunale quando il credito o la garanzia fossero stati impugnati. Oggi, invece, se da un lato si parla di decreto che rende esecutivo lo stato passivo, sembrando riferirsi soltanto a quello del giudice delegato, dall'altro ci si riferisce al provvedimento di accoglimento o di rigetto, senza specificare nient'altro e ricomprendendo anche le decisioni prese dal tribunale in sede

di opposizione o di impugnazione in senso stretto. Sembra preferibile ritenere che le cose non siano cambiate rispetto al passato, anche perché l'art. 98 prevede che la revocazione sia esperibile “decorsi i termini per la proposizione della opposizione o della impugnazione”: o si ritiene che questi debbano essere decorsi senza che il soggetto legittimato si sia attivato oppure, e questa è la soluzione da seguire a mio parere, si pensa che la revocazione possa essere esperita anche contro il decreto del tribunale.

Questa conclusione risulta avvalorata dal fatto che altrimenti il legislatore avrebbe detto “decorsi i termini senza che sia stata proposta opposizione o impugnazione” e dalla mancata previsione di un termine finale, per cui la revocazione sarà esperibile anche dopo molto tempo, quando sono decorsi i termini per le impugnazioni ordinarie oppure da quando i relativi procedimenti si siano conclusi. Probabilmente il legislatore non ha sentito l'esigenza di specificare perché, a seguito della riforma del 2006, sia la fase di accertamento del passivo sia quella eventuale dell'opposizione ovvero dell'impugnazione si concludono con decreto, mentre prima della riforma il tribunale provvedeva con sentenza nei giudizi di opposizione e impugnazione, diversamente dalla “prima fase” dove il giudice delegato si pronunciava con decreto.

Prima di esaminare i singoli motivi che rendono proponibile tale rimedio, bisogna procedere ad una breve analisi della revocazione civile per capire poi se quella fallimentare sia uguale ovvero speciale o *sui generis* rispetto ad essa.

La revocazione esperibile nel processo ordinario di cognizione, che è regolata dagli artt. 395 e ss. c.p.c. e, in particolare per quanto riguarda l'opposizione revocatoria, dall'art. 404, comma 2 c.p.c.³⁸³, può essere di

³⁸³ Si tenga, però, presente che, a giudizio di ATTARDI, *La revocazione*, Padova, 1959, 5, l'opposizione revocatoria del terzo non è sostanzialmente un'impugnazione, intendendosi per tale “quel rimedio predisposto dalla legge contro una sentenza che conduce o può condurre, immediatamente o meno, ad una nuova pronuncia sulla domanda originaria del processo”. L'opposizione di terzo, invece, non comporta un riesame della causa ed una

due tipi:

- ordinaria, quando può essere proposta prima che la sentenza sia passata in giudicato. I vizi che si possono far valere in tal caso sono l'errore di fatto risultante dagli atti o dai documenti processuali e la contrarietà della decisione ad una precedente sentenza passata in giudicato tra le parti. Si tratta di motivi subito evidenti alla parte soccombente perché ineriscono alla sentenza e la parte potrà, quindi, farli valere appena conosciuta la sentenza stessa³⁸⁴, di secondo grado o della Cassazione. Con la l. 353/1990 è stato, infatti, inserito l'art. 391-bis c.p.c., che disciplina la revocazione delle sentenze della Corte di Cassazione, se affetta da errore di fatto ex art. 395, n. 4 c.p.c.;
 - straordinaria, quando il vizio viene scoperto dopo il passaggio in giudicato della sentenza (nella più frequente delle ipotesi), dal momento che sono a tal fine rilevanti il dolo di una parte in danno dell'altra ovvero quello del giudice, le prove riconosciute o dichiarate false ed il ritrovamento di documenti decisivi non prodotti in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario. In questi casi, la sentenza può essere messa in discussione anche se definitiva e, quindi, immutabile mediante lo strumento della revocazione³⁸⁵; viceversa, se tali fatti vengono scoperti mentre decorre il termine per appellare, questo è prorogato e ricomincia a decorrere dal giorno dell'avvenimento, (art. 396, comma 2 c.p.c.), in modo da raggiungere i trenta giorni da esso e si possano far valere tali vizi con l'appello e non con la revocazione³⁸⁶.
- L'opposizione revocatoria è anch'essa un rimedio straordinario, proponibile dagli aventi causa o dai creditori di una delle parti, quando la sentenza sia l'effetto di dolo o collusione a loro danno.

nuova pronuncia tra le parti. Questa opinione risulta poi confermata in ATTARDI, *Diritto*, cit., 445.

³⁸⁴ ATTARDI, *La revocazione*, cit., 3.

³⁸⁵ ATTARDI, *La revocazione*, cit., 4.

³⁸⁶ ATTARDI, *La revocazione*, cit., 219.

In entrambi i casi, la revocazione si propone sempre al giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata (art. 398 c.p.c.) ed il giudizio è disciplinato dalle norme stabilite per il procedimento davanti al giudice adito, se non derogate dalle norme dettate per la revocazione (art. 400 c.p.c.).

Le sentenze d'appello o in unico grado (ovvero della Corte di Cassazione, se ha deciso la causa nel merito, ma non per il fatto di cui al n. 5: si vedano gli artt. 391-bis e 391-ter) sono soggette a revocazione (art. 395 c.p.c.):

- 1) se sono l'effetto del dolo di una parte in danno dell'altra;
- 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarati tali prima della sentenza;
- 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario;
- 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Si è in presenza di tale errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa oppure è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, sempre che il fatto non sia stato oggetto di un punto controverso sul quale la sentenza si è pronunciata;
- 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione;
- 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato.

Terminato questo breve *excursus* sugli aspetti principali della revocazione civile, si deve procedere alla comparazione con quella fallimentare, investigandone anzitutto la natura ordinaria o straordinaria³⁸⁷. I vizi che si

³⁸⁷ Prima della riforma, l'art. 102 l.fall. rendeva ancora più incerta la questione, anche se la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie ritenevano fosse un rimedio straordinario

possono far valere non sono sicuramente d'aiuto perché se la maggior parte di essi sono causa di revocazione straordinaria nel processo di cognizione, l'art. 98, comma 3 l.fall. menziona pure l'errore essenziale di fatto, che è uno dei due motivi della revocazione ordinaria. Abbiamo, però, visto che in sede fallimentare la revocazione è esperibile dopo che il decreto del giudice delegato o del tribunale è diventato esecutivo e, quindi, contro un provvedimento definitivo, il che mi fa propendere nel ritenere tale rimedio straordinario³⁸⁸. Tuttavia, in sede civile se i vizi vengono scoperti mentre è pendente il termine per impugnare la sentenza, questo ricomincia a decorrere e i vizi si fanno valere con lo strumento ordinario dell'appello, se si impugna la sentenza di primo grado, ovvero con lo strumento della revocazione, se si impugna la sentenza d'appello, la cui proposizione non sospende il termine per proporre il ricorso per Cassazione o il relativo procedimento (art. 398, comma 4 c.p.c.).

Bisogna chiedersi cosa accada se questa situazione si verifica nella sede che stiamo esaminando, ossia se, nel caso in cui sia ancora pendente il termine per proporre l'opposizione o l'impugnazione, i vizi di cui all'art. 98, comma 4 l.fall. debbano essere fatti valere con la revocazione ovvero con i mezzi ordinari.

Non contenendo la legge fallimentare una disposizione simile a quella del codice di procedura civile, se ne dovrebbe dedurre che la revocazione è esperibile solo contro il provvedimento definitivo, mentre nell'ipotesi in cui questi vizi siano scoperti prima, si dovrebbero far valere con gli ordinari strumenti dell'opposizione o dell'impugnazione in senso stretto, rispettandone i requisiti. Tale affermazione priva, però, di tutela il soggetto che scopra il vizio quando il termine per la proposizione dei mezzi ordinari sta per scadere. Infatti, l'art. 99, comma 1 stabilisce che l'opposizione e

(GROSSI, *Le impugnazioni*, cit., 9).

³⁸⁸ In adesione, GROSSI, *Le impugnazioni*, cit., 9; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 222; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1099; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 689.

l'impugnazione sono proponibili entro trenta giorni dalla comunicazione dell'esito del procedimento inviata ex art. 97 l.fall., mentre la revocazione è proponibile entro trenta giorni dalla scoperta del fatto o del documento. Di conseguenza, se il soggetto pregiudicato scopre un motivo idoneo a revocare il provvedimento, ad esempio, dopo ventinove giorni dalla comunicazione, stando alla lettera della legge, dovrebbe far valere il vizio immediatamente mediante i mezzi ordinari, ma questo si risolverebbe nella violazione degli articoli 3 e 24 Cost.

Prima della riforma del 2006, questo problema non si poneva perché non era stabilito alcun termine perentorio per proporre la revocazione, essendo sufficiente la scoperta del vizio prima della chiusura del fallimento per poterla esperire³⁸⁹. Oggi, invece, non è più così e bisogna chiedersi quali siano i rimedi per ovviare alla situazione evidenziata. O si applica alla lettera l'art. 98, comma 3 l.fall., ritenendo che la revocazione fallimentare sia un rimedio indipendente dalla revocazione civile e sia, quindi, disciplinata in tutti i suoi aspetti dagli artt. 98 e 99 l.fall.; oppure si applica anche in questa sede l'art. 396, comma 2 c.p.c., ritenendo che la revocazione fallimentare sia un rimedio speciale per il quale sono dettate delle regole particolari nella legge fallimentare, ma che segue la disciplina processuale generale in mancanza di una deroga espressa. Sicuramente non si può prescindere dalla disciplina civilistica, che è il punto di partenza³⁹⁰, anche se poi il legislatore ha previsto un rimedio *ad hoc* per le esigenze concrete che si manifestano nella sede fallimentare, stabilendo delle regole

³⁸⁹ Così, SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 353; RAGUSA MAGGIORE, *Passivo*, cit., 227. Ritenevano, invece, applicabile la disciplina dei termini di cui agli artt. 325-327 c.p.c. MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo*, cit., 941 e BONFATTI, *L'accertamento del passivo*, cit., 401.

³⁹⁰ Pure GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 222 ritiene che si tratti di un rimedio speciale. Analogamente, si è sostenuto in dottrina che la revocazione fallimentare è stata costruita sul modello della revocazione ex art. 396 c.p.c. e dell'opposizione revocatoria ex art. 404, comma 2 c.p.c.: cfr. FERRARA JR., BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, 572; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 689-690; APRILE, *Revocazione di credito ammesso*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di Ferro, IV, cit., 159.

procedurali diverse ma che nella sostanza sono molto simili, dal momento che i motivi deducibili sono praticamente i medesimi (vedi *infra*). In ogni caso, una qualche forma di tutela deve essere assicurata al soggetto che scopre il vizio a ridosso della scadenza del termine di trenta giorni dalla comunicazione. Si possono a tal proposito individuare due soluzioni. In primo luogo, si potrebbe ritenere applicabile l'art. 396, comma 2 c.p.c., essendo la revocazione fallimentare un rimedio speciale rispetto a quella civile, e interpretare l'art. 99, comma 1 l.fall. nella parte in cui dice "in caso di revocazione dalla scoperta del fatto o del documento" come se stesse dicendo "nelle ipotesi di revocazione" il termine decorre dalla scoperta del fatto o del documento. Così facendo, il soggetto che scopre il vizio prima che siano decorsi i termini per la proposizione dell'opposizione o dell'impugnazione dovrà sì far valere il vizio con i mezzi ordinari, ma avrà trenta giorni di tempo per organizzarsi. In secondo luogo, si potrebbe pensare che, se il soggetto non è posto in condizione di impugnare il provvedimento, avendo quest'ultimo efficacia endoconcorsuale, si può far valere il proprio diritto di fronte al giudice ordinario. In tal caso, però, per ottenere la restituzione del pagamento effettuato in esecuzione di un piano di riparto serve l'accoglimento di una domanda di revocazione (art. 114, comma 1 l.fall.) e, quindi, anche se il giudice ordinario accogliesse il ricorso, il soggetto rimarrebbe comunque pregiudicato dal pagamento effettuato in sede di ripartizione fallimentare. Pertanto, seguendo questa seconda soluzione si incorre in una violazione dell'art. 24 Cost., perché non viene assicurato al soggetto il diritto di difesa. Risulta, quindi, preferibile seguire la prima delle due soluzioni esposte, anche perché non si può ritenere che sia in ogni caso esperibile la revocazione pure se il vizio dovesse venir scoperto prima del decorso del termine. Si tratterebbe di un'interpretazione *contra legem*, e, dunque, l'unica soluzione possibile per evitare di incorrere in una violazione costituzionale e per assicurare la massima tutela al soggetto è quella di applicare l'art. 396, comma 2 c.p.c.

anche in ambito di revocazione fallimentare.

Venendo ora ai singoli motivi che giustificano la revocazione del provvedimento, essi devono essere interpretati alla stregua dei motivi previsti dal codice di procedura civile, visto che, a mio parere, il legislatore ha voluto soltanto richiamare velocemente i motivi esperibili rinviando al codice processuale per la loro specificazione. Essi sono:

- 1) la falsità, che va riferita anche qui specificamente alle prove³⁹¹. Tuttavia, diversamente dalla revocazione civile, si ritiene che non sia necessario che le prove siano state in precedenza dichiarate o riconosciute false, potendosi dimostrare la falsità anche durante il giudizio revocatorio, vista la natura e l'efficacia dell'accertamento del passivo³⁹²;
- 2) il dolo, inteso come artificio o raggiro³⁹³. A mio parere può essere sia di una o più parti a danno di un'altra sia del giudice delegato, se viene accertato con sentenza passata in giudicato³⁹⁴;
- 3) l'errore essenziale di fatto, cioè la falsa percezione della realtà, che ha indotto il giudice a ritenere sussistente un fatto che non esisteva ovvero inesistente un fatto che sussisteva³⁹⁵. A differenza di quanto specificato dall'art. 395, n° 4 c.p.c., tale errore può anche non risultare dagli atti processuali³⁹⁶;
- 4) la mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti

³⁹¹ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 223; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1103; PELLEGRINO, *I giudizi di accertamento*, cit., 183; LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 697. In senso contrario TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1031.

³⁹² GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 223; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1031.

³⁹³ CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 416. Con specifico riguardo alla sede fallimentare, Cass. 15 giugno 1967, n. 1389, in *Dir. Fall.*, 1967, II, 824 ha affermato che il dolo "si identifica nella messa in opera di espedienti tali da fare artificiosamente apparire una situazione diversa dalla reale, ingannando così gli organi fallimentari con danno della massa dei creditori".

³⁹⁴ In adesione, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 223.

³⁹⁵ Cass. 27 aprile 1968, n. 1303, in *Giust. civ. - Massim.*, 1968; Trib. Biella, 9 novembre 2009, in *Fallimento*, 2010, 377.

³⁹⁶ Cass. 3 aprile 1971, n. 949, in *Dir. Fall.*, 1971, II, 688; Cass. 27 aprile 1968, n. 1303, cit.

tempestivamente per causa non imputabile. Nell'originario art. 102 l.fall. questo motivo era descritto diversamente, parlandosi di rinvenimento di "documenti decisivi prima ignorati" senza alcun richiamo alla causa non imputabile. Oggi non si riesce a capire se quest'ultima si riferisca alla mancata conoscenza ovvero alla mancata produzione tempestiva: dal momento che in questa seconda ipotesi il soggetto poteva avvalersi di un altro strumento, ossia poteva dimostrare l'esistenza e il contenuto del documento e la causa non imputabile nel ritardo della sua produzione, in vista dell'accoglimento con riserva della domanda, si può chiedere la revocazione solamente se si ignorava l'esistenza di documenti decisivi, che ora possono essere prodotti in giudizio, e se l'ignoranza era dipesa da causa non imputabile³⁹⁷, con uno discostamento rispetto alla disciplina processuale.

Tutte queste ipotesi si devono ritenere tassative: non si potrà, di conseguenza, chiedere la revocazione in ambito fallimentare adducendosi il contrasto tra giudicati.

Sono legittimati a chiedere la revocazione del decreto il curatore, i creditori ed i titolari di diritti su beni mobili o immobili, senza alcuna differenza rispetto al passato, quando i terzi non erano richiamati dall'art. 102 l.fall., ma questa disposizione era applicabile anche alle loro domande in forza del rinvio compiuto dall'art. 103 l.fall.³⁹⁸. Questi soggetti devono aver presentato domanda ex art. 93 l.fall., non potendo presentare il ricorso chi non ha fatto valere il proprio diritto precedentemente³⁹⁹, e devono avere interesse ad impugnare, trattandosi anche in tale ipotesi di un rimedio avente natura impugnatoria.

Per quanto riguarda, invece, la legittimazione passiva, l'art. 98, comma 3

³⁹⁷ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 223; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 1038; ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 255; MONTANARI, *Commento*, cit., 1493. In senso contrario, LAMANNA, *Il nuovo procedimento*, cit., 701.

³⁹⁸ MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo*, cit., 930-931; BONFATTI, *L'accertamento del passivo*, cit., 390-391.

³⁹⁹ GROSSI, *Le impugnazioni*, cit., 9.

specifica oggi che la revocazione è proposta nei confronti del creditore concorrente o del terzo titolare⁴⁰⁰, se il giudice delegato ha accolto la domanda di cui ora si chiede la revocazione, ovvero nei confronti del curatore, se la domanda è stata rigettata. In ogni caso, il curatore deve partecipare al giudizio anche se la revocazione è proposta contro un creditore o un terzo titolare, in quanto organo che tutela l'accertamento corretto del passivo: pure in questo caso siamo di fronte ad un'ipotesi di litisconsorzio necessario, con tutte le conseguenze già illustrate in materia di opposizione.

Rimane, infine, da rilevare che, mentre la revocazione civile va proposta allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata (art. 398, comma 1 c.p.c.), quella fallimentare si propone sempre al tribunale, anche se il provvedimento impugnato è del giudice delegato (art. 99, comma 1 l.fall.).

7. Il procedimento

Il procedimento dell'opposizione, dell'impugnazione in senso stretto e della revocazione è regolato unitariamente nell'art. 99 l.fall. e non è più diversificato per ciascuna impugnazione, secondo il modello introdotto dal d.lgs. 5/2006. Prima della riforma, nonostante le peculiarità di ogni rimedio, dopo la presentazione del ricorso, il giudice delegato fissava l'udienza di comparizione e il procedimento proseguiva secondo le forme del processo ordinario di cognizione⁴⁰¹. Diversamente, il legislatore del 2006 ha posto

⁴⁰⁰ Anche l'art. 98, comma 4 l.fall. non menziona espressamente i terzi titolari di diritti tra i legittimati passivi, ma potendo essere oggetto di revocazione un qualsiasi provvedimento di accoglimento o di rigetto, si deve ritenere che la domanda sia proposta nei loro confronti se ha ad oggetto un provvedimento che decide sulla loro domanda. In adesione, ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 254.

⁴⁰¹ In particolare, era stabilito che la decisione avesse la forma della sentenza, la quale era impugnabile prima in appello e poi in Cassazione. Con la riforma del 2006 – si è visto – è stata eliminata la possibilità di appello, mentre è stato mantenuto il ricorso per Cassazione, rispettando così l'art. 111, comma 7 Cost.

come modello di riferimento quello camerale, “destinato a chiudersi con decreto non reclamabile, ma ricorribile per Cassazione”, dettando una specifica articolazione del procedimento idonea ad assicurare il rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa, anche se snella⁴⁰².

Con il d.lgs. 169/2007 questa disciplina è stata nuovamente modificata, eliminando la previsione dello svolgimento dell’udienza in camera di consiglio, anche se il legislatore ha continuato a ritenere che il modello a cui guardare fosse quello camerale: nella relazione illustrativa dell’ultima riforma si parla di “rito camerale fallimentare”, che deve essere adattato alla specificità delle controversie trattate (tanto che per la fase introduttiva, viene richiamato il rito del lavoro)⁴⁰³.

Queste modificazioni hanno creato in dottrina un vivo dibattito riguardo alla struttura del procedimento di impugnazione, che può essere a mio parere affrontato solo esaminando specificamente la procedura, perché solo allora si potrà procedere ad un paragone con le forme camerale ovvero laburistiche ovvero, ancora, del processo ordinario di cognizione.

Tutte le impugnazioni previste dall’art. 98 l.fall. si propongono con ricorso che deve essere depositato nella cancelleria del tribunale entro il termine perentorio⁴⁰⁴, raddoppiato rispetto alla disciplina originaria, di trenta giorni dalla comunicazione inviata ex art. 97 l.fall. ovvero dalla scoperta del fatto o del documento, se il provvedimento viene impugnato per un motivo che può portare alla revocazione di esso⁴⁰⁵. Nel caso in cui sia il curatore a proporre l’impugnazione in senso stretto, il termine decorre non dalla ricezione della comunicazione visto che è lui che la deve inviare, ma dal deposito in cancelleria del decreto che rende esecutivo lo stato passivo,

⁴⁰² *Relazione al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.*

⁴⁰³ *Relazione al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.*

⁴⁰⁴ La perentorietà del termine va ricavata dalla natura impugnatoria dell’atto: cfr. DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1108; TEDESCHI, *L’accertamento del passivo*, cit., 1043.

⁴⁰⁵ Quanto affermato vale sia che venga esperita la revocazione sia che vengano esperite l’opposizione o l’impugnazione in senso stretto, secondo l’interpretazione da me prospettata.

perché è da tale momento che comincia ad operare la presunzione di conoscenza⁴⁰⁶.

Differentemente dalla procedura *ante* riforma, che vedeva il ricorso proposto sempre al giudice delegato, oggi questo deve essere presentato al tribunale, del quale non può far parte il giudice delegato. Prevedendo ciò, sono stati eliminati i dubbi di legittimità costituzionale rispetto all'art. 111 Cost., che prevede che ogni processo si debba svolgere di fronte ad un giudice terzo e imparziale, dubbi peraltro esclusi dalla stessa Corte Costituzionale⁴⁰⁷.

Si può notare che i termini e le modalità della fase introduttiva del giudizio, appena esaminati, sono simili, se non addirittura uguali, a quelli previsti nell'appello del rito del lavoro (artt. 433 e ss. c.p.c.). La forma della domanda (ricorso), invece, è la medesima prevista dall'art. 737 c.p.c. per i procedimenti camerale.

Per quanto riguarda il contenuto del ricorso, lo stesso è stabilito dall'art. 99, comma 2 l.fall., che prevede:

- 1) l'individuazione del tribunale, del giudice delegato e del fallimento, cui attiene l'impugnazione;
- 2) l'indicazione delle generalità dell'impugnante e l'elezione del domicilio nel comune dove ha sede il tribunale che ha dichiarato il fallimento (prima della riforma del 2007, era genericamente stabilito che l'elezione dovesse avvenire "in un comune sito nel circondario del tribunale che ha dichiarato il fallimento");
- 3) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e le relative conclusioni. Diversamente dall'art. 93, comma 3, n. 3, qui non è richiesto che l'esposizione sia succinta, perché con l'impugnazione si vuole dare al soggetto una tutela più ampia

⁴⁰⁶ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 224; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1109; MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le impugnazioni*, cit., 403; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 554.

⁴⁰⁷ Corte Cost., 6 novembre 1998, n. 363, in *Foro it.*, 1998, I, 3033.

rispetto a quella ottenuta nel primo grado del procedimento;

- 4) l'indicazione delle eccezioni di rito e di merito non rilevabili d'ufficio, dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti. Questa indicazione deve essere contenuta nel ricorso a pena di decadenza, secondo quanto specificato dalla norma.

Con riferimento all'indicazione di cui al n. 2, si deve sottolineare che, non essendo prevista la possibilità di stare in giudizio personalmente, è necessario il patrocinio di un avvocato ex art. 82, comma 3 c.p.c.⁴⁰⁸. La norma non è stata, inoltre, modificata dal d.l. 179/2012, che ha inserito nella procedura di accertamento del passivo le modalità del processo telematico, e questo si spiega tenendo presente che anche in questa sede si applica la disciplina generale sul patrocinio del difensore. L'indirizzo PEC dell'impugnante rientra, invece, a mio parere tra le generalità, insieme al nome, al cognome ovvero alla ragione sociale del soggetto.

Partendo dall'elemento del ricorso di cui al n. 3, ossia dall'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui è basata l'impugnazione, ci si è chiesti se valga anche qui, come in appello, il principio devolutivo e se la decisione del giudice debba essere ancorata ai motivi di ricorso dedotti dalla parte. Nel processo di cognizione, infatti, nonostante l'oggetto del giudizio di appello sia quello originario come emergente dagli atti introduttivi del giudizio di primo grado⁴⁰⁹, il riesame del giudice è limitato alle questioni censurate con uno specifico motivo di gravame, in base a quanto prevedono, da un lato, l'art. 329, comma 2 c.p.c. sull'acquiescenza presunta e, dall'altro, gli artt. 342 e 346 c.p.c., secondo l'interpretazione offerta in passato dalla Suprema Corte⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Trib. Udine, 26 giugno 2008, in *www.unijuris.it*.

⁴⁰⁹ CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 291.

⁴¹⁰ Cass., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Corr. giur.*, 2006, 1083. L'interpretazione della Suprema Corte risulta oggi avvalorata dalla nuova formulazione dell'art. 342 c.p.c., modificato dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con la l. 7 agosto 2012, n. 134. La disposizione non menziona più i motivi, ma stabilisce genericamente che l'appello deve essere motivato e deve contenere, a pena d'inammissibilità, tra l'altro, la "indicazione

Opposizione, impugnazione e revocazione hanno natura impugnatoria e ad essi devono essere, dunque, applicati i principi validi in generale per le impugnazioni, tra cui il principio dell'acquiescenza, che è disciplinato dall'art. 329 c.p.c. Un aspetto di questa è l'acquiescenza ai capi della sentenza non impugnati (art. 329, comma 2 c.p.c.)⁴¹¹. Nel procedimento in esame a venir impugnato è il decreto che rende esecutivo lo stato passivo, secondo quanto disposto dall'art. 98, comma 1 l.fall. e questo è composto da una pluralità di decisioni, dettate con riferimento ai singoli ricorsi presentati ex art. 93, che – si è visto – conservano la loro autonomia all'interno del medesimo stato passivo definitivo. Abbiamo già visto in tema di revocazione che tale impugnazione si propone contro la singola decisione sulla domanda come risultante dallo stato passivo reso esecutivo con decreto del giudice delegato, ma lo stesso ragionamento vale anche per l'opposizione e per l'impugnazione in senso stretto. Infatti, in tutti e tre i casi l'art. 98, comma 1 stabilisce che opposizione, impugnazione e revocazione si propongono “contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo”, ma poi le disposizioni specifiche (art. 98, commi 2, 3 e 4) fanno riferimento alla singola domanda o al singolo provvedimento di accoglimento o di rigetto.

Possiamo paragonare i capi della sentenza di cui all'art. 329, comma 2 c.p.c. alle singole decisioni risultanti dallo stato passivo reso esecutivo ed applicare, di conseguenza, tale disposizione anche alle impugnazioni in esame. Le risultanze dello stato passivo, se non vengono fatte oggetto né di opposizione né di impugnazione in senso stretto, diventano definitive, salva la possibilità di revocazione nei casi previsti dall'art. 98, comma 4 l.fall.

A questo punto, bisogna, però, chiedersi se si debbano applicare anche gli

delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado”.

⁴¹¹ Abbiamo già visto, trattando delle singole impugnazioni, che l'art. 329, comma 1 c.p.c. prevede che, salvi i casi di revocazione straordinaria, l'accettazione espressa ovvero gli atti incompatibili con la volontà di impugnare comportano acquiescenza e fanno sì che il soggetto legittimato decada dalla possibilità di proporre i mezzi di impugnazione.

artt. 342 e 346 c.p.c., dettati specificamente per l'appello: si è visto che, essendo stata eliminata la possibilità di proporre appello contro la decisione del tribunale assunta nei giudizi di impugnazione ed essendo stata data la possibilità di esperire il ricorso per Cassazione contro la stessa, si deve ritenere che i mezzi di impugnazione ordinari siano equiparabili all'appello civile (vedi *supra*). Conseguentemente, si devono applicare i principi validi per quest'ultimo e, in particolare, gli artt. 342 e 346 c.p.c. Al tribunale vengono devoluti soltanto i singoli motivi specifici che sono stati espressamente indicati nel ricorso introduttivo del giudizio d'impugnazione e, in mancanza di tale indicazione, l'impugnazione deve considerarsi inammissibile. Se questo vale sicuramente per l'opposizione e per l'impugnazione in senso stretto, che sono simili all'appello in quanto mezzi ordinari di impugnazione, lo stesso si deve ritenere valga per la revocazione dal momento che il legislatore ha disciplinato unitariamente il procedimento di tutte e tre le forme di impugnazione⁴¹².

Rimane, infine, da esaminare il contenuto del ricorso di cui al n. 4 dell'art. 99, comma 2, ossia l'indicazione delle eccezioni in senso stretto e dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi.

Nel processo di cognizione, l'art. 345 c.p.c. prevede che in appello non si possano proporre nuove domande o eccezioni in senso stretto. Essendo applicabili pure nel procedimento in esame i principi validi per l'appello, tale regola vale anche qui. Nel procedimento di impugnazione sarà, quindi, possibile difendersi soltanto all'interno della risultanza devoluta al tribunale, senza alcuna possibilità di proporre nuove domande. Pertanto, se non mi sono attivato nei termini, non posso far valere la mia pretesa in secondo grado perché, ad esempio, ho un altro credito, ma dovrò usare il ricorso tardivo, se non sono ancora decorsi i termini previsti a tal fine. Lo

⁴¹² In adesione, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 225; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1113-1114. In senso contrario, MONTANARI, *Commento*, cit., 1516; ZOPPELLARI, *Sub art. 99*, in *La legge fallimentare: commentario teorico pratico*, a cura di Ferro, cit., 723.

stesso vale con riguardo alle eccezioni, che non possono essere prodotte nei giudizi di impugnazione se non sono state rilevate nella precedente fase del procedimento di accertamento del passivo, tranne nell'ipotesi in cui siano rilevabili anche d'ufficio⁴¹³. I ricorrenti potranno, quindi, sollevare nuove eccezioni solamente se sono in senso lato nei giudizi di impugnazione, purché lo facciano nel ricorso introduttivo. In tale atto dovranno, inoltre, indicare nuovamente le eccezioni in senso stretto che hanno rilevato in primo grado e che non sono state accolte, che s'intenderanno altrimenti rinunciate (art. 346 c.p.c.).

Infine, come in appello, non possono essere ammessi nuovi mezzi di prova e prodotti nuovi documenti, salvo il caso in cui si dimostri che non sono stati presentati in primo grado per causa non imputabile⁴¹⁴. Il ricorrente dovrà, quindi, indicare nel ricorso introduttivo dell'impugnazione i mezzi di prova e i documenti prodotti già presentati nella "prima fase" di cui intende avvalersi anche nel giudizio di impugnazione e quelli che non ha potuto proporre in precedenza per una causa a lui non imputabile, dimostrando quest'ultima⁴¹⁵.

⁴¹³ Analogamente, ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 258-259, che ritiene che i termini stabiliti dall'art. 95 l.fall. siano precisi ed insuperabili, per cui la parte resistente deve limitarsi a riproporre le eccezioni già sollevate in primo grado ed eventualmente rilevare quelle nuove attinenti allo svolgimento successivo del procedimento, ma non può proporre quelle che avrebbe dovuto enunciare nella fase precedente; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 224; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1117. In senso contrario, MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le impugnazioni*, cit., 418; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, 208; CANALE, *La formazione dello stato passivo*, cit., 207; FERRI, *La formazione dello stato passivo nel fallimento: procedimento di primo grado e impugnazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1271-1273; PLENTEDA, *Profili processuali del fallimento dopo la riforma: le novità procedurali secondo i principi costituzionali sulla giurisdizione*, Milano, 2008, 225.

⁴¹⁴ L'art. 345 c.p.c. è stato modificato dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con la l. 7 agosto 2012, n. 134: prima della riforma non erano ammessi nuovi mezzi di prova, a meno che il collegio non li avesse ritenuti indispensabili ai fini della decisione della causa.

⁴¹⁵ In adesione, Trib. Aosta, 18 novembre 2008, in *Fallimento*, 2009, 698; Trib. Treviso, 16 novembre 2007, in *Fallimento*, 2008, 102. In senso contrario, Cass., 11 settembre 2009, n. 19697, cit., 463, che ha affermato che le decadenze di cui all'art. 93, comma 7 l.fall. non si comunicano nella successiva fase dell'opposizione; Trib. Rimini, 28

L'art. 99 non prevede quali siano le conseguenze della mancata indicazione del contenuto previsto al secondo comma: a mio avviso, si devono applicare le regole dettate dal codice di procedura civile per l'appello e per la revocazione. Nel primo caso si fa rinvio alle norme dettate per il procedimento di primo grado, ossia agli art. 163 e ss. c.p.c., se non sono incompatibili con le disposizioni dettate specificamente per l'appello (art. 359 c.p.c.); nel secondo, si prevede l'applicabilità delle medesime norme stabilite per il procedimento in cui è chiamato a pronunciarsi il giudice adito, il quale è lo stesso giudice che ha adottato la sentenza di cui si chiede la revocazione (artt. 398 e 400 c.p.c.).

Pertanto, ex art. 164 c.p.c. il ricorso introduttivo è nullo se è omessa o assolutamente incerta una delle indicazioni di cui ai n.ⁱ 1⁴¹⁶, 2 e 3, anche se si può ritenere, in adesione ad una certa dottrina, che in caso di mancata elezione di domicilio la conseguenza sia il deposito in cancelleria delle comunicazioni⁴¹⁷ oppure, oggi, l'invio di esse all'indirizzo PEC; invece, il contenuto di cui al n. 4 può anche mancare, derivandone soltanto il rischio di vedersi rigettare il ricorso.

In mancanza di una specifica disposizione della legge fallimentare, a mio avviso, è inammissibile l'atto introduttivo di un giudizio di revocazione fallimentare che non contenga il motivo della revocazione e le prove relative alla dimostrazione dei fatti che consentono la sua proposizione, del giorno della scoperta o dell'accertamento del dolo ovvero della falsità o del recupero dei documenti (art. 398, comma 2 c.p.c.).

Un'altra questione che si è posta in dottrina riguarda la possibilità della *reformatio in peius*, problema che non si poneva prima della riforma del 2006 dal momento che il curatore non poteva impugnare in alcun modo i

novembre 2008, in *Fallimento*, 2009, 697; Trib. Milano, 4 marzo 2008, in *Giur. it.*, 2009, I, 142.

⁴¹⁶ In senso contrario, COSTANTINO, *Commento*, cit., 1270-1271, che ritiene irragionevole la conseguenza della nullità per la mancata indicazione di cui al n. 1.

⁴¹⁷ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 262-263.

provvedimenti del giudice delegato. Essendo ora prevista questa possibilità, potrebbe accadere che il curatore abbia chiesto il rigetto totale della domanda, che è stata, invece, accolta dal giudice delegato; se, di fronte al rigetto parziale del ricorso, il soggetto interessato propone opposizione allo stato passivo, chiedendone l'accoglimento integrale, il curatore può contestare l'accoglimento parziale della domanda? A mio avviso, essendo applicabili nella sede che stiamo esaminando i medesimi principi validi per le impugnazioni in generale, deve trovare applicazione anche il divieto di *reformatio in peius*. In base a questo, in assenza di un'impugnazione incidentale della parte parzialmente vittoriosa, la decisione del giudice dell'impugnazione non può essere meno favorevole all'impugnante e più favorevole alla parte nei cui confronti è stata proposta l'impugnazione di quanto non sia stata la sentenza impugnata⁴¹⁸.

A questo punto bisogna, quindi, chiedersi se nel giudizio di accertamento del passivo si possano proporre impugnazioni incidentali, al pari di quanto avviene nel giudizio ordinario di cognizione. Diversamente da quest'ultimo, però, il procedimento di accertamento del passivo si svolge con il solo scopo di accertare se il creditore deve essere ammesso al passivo ovvero se il bene deve essere escluso dalla vendita. Come affermato escludendo il potere del curatore di presentare domande riconvenzionali, tale organo ha un unico obiettivo, che è quello di accertare l'esistenza o l'inesistenza dei diritti di credito ovvero reali o personali, senza alcun interesse ad ampliare l'oggetto del processo con una nuova causa. Pertanto, si deve escludere che il curatore possa proporre un'impugnazione incidentale e far riformare la posizione del creditore o del titolare del diritto con una decisione a loro più sfavorevole⁴¹⁹.

Tornando al procedimento, entro cinque giorni dal deposito del ricorso, il

⁴¹⁸ Cass., 16 giugno 2003, n. 9646, in *Massim. Giur. it.*, 2003.

⁴¹⁹ In senso contrario, ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 260; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 225; MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le impugnazioni*, cit., 411.

Presidente del collegio deve nominare il giudice relatore e decidere se delegare a questo la trattazione della causa o se lasciarla al collegio; contemporaneamente deve fissare con decreto la data dell'udienza di comparizione, che deve svolgersi entro sessanta giorni dal deposito del ricorso, e deve comunicarla all'impugnante. Quest'ultimo, entro dieci giorni dalla medesima comunicazione, deve notificare il ricorso ed il decreto che fissa l'udienza al curatore e all'eventuale controinteressato, che devono costituirsi in giudizio almeno dieci giorni prima dell'udienza, eleggendo domicilio nel comune in cui ha sede il tribunale. Per assicurare alle parti resistenti il diritto di difesa, è stato stabilito che tra la notifica e l'udienza devono intercorrere almeno trenta giorni; con il d.lgs. 5/2006 era stato previsto che questi termini fossero liberi, mentre nel 2007 è stata tolta tale qualificazione, per cui nel termine deve essere calcolato anche il giorno dell'udienza⁴²⁰. Inoltre, con l'ultima riforma è stata eliminata la notifica anche al fallito, che rimane quindi estraneo al giudizio d'impugnazione, conformemente all'opinione che non lo ritiene parte del giudizio, ed è stata pure abrogata la disposizione che consentiva la sua audizione.

La costituzione delle parti convenute si effettua mediante deposito in cancelleria di una memoria difensiva, che deve contenere, a pena di decadenza, le eccezioni di rito e di merito non rilevabili d'ufficio e l'indicazione specifica dei mezzi di prova e dei documenti prodotti⁴²¹. Valgono a tal riguardo le medesime considerazioni svolte a proposito del ricorrente, visto che il legislatore usa la medesima formula al n. 4 del secondo comma e nel settimo comma dell'art. 99 l.fall., "in ossequio al principio della parità delle armi (art. 111 Cost.)"⁴²². Sempre mediante memoria difensiva ed entro lo stesso termine previsto per le parti resistenti,

⁴²⁰ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 264.

⁴²¹ Si ritiene in dottrina che la parte resistente possa costituirsi direttamente in udienza, se non intende proporre eccezioni in senso stretto, chiedere l'ammissione di mezzi di prova o produrre documenti: cfr. ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 265; COSTANTINO, *Commento*, cit., 1272; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1126.

⁴²² *Relazione al d.lgs. 12 settembre 2007*, n. 169.

si possono costituire eventuali terzi interessati, che vogliono intervenire nel giudizio. Questi soggetti possono sollevare nuove eccezioni, produrre nuovi documenti o chiedere l'ammissione di nuove prove costituendo al pari delle parti, ma non possono presentare domande nuove, dovendo in tal caso utilizzare lo strumento di cui all'art. 101 l.fall. Con il d.lgs. 5/2006 era stato previsto che potessero intervenire solo i creditori, mentre con il d.lgs. 169/2007 è stato correttamente inserito il riferimento a "qualunque interessato", evitando così di incorrere nella violazione dell'art. 24 Cost. e del principio della parità di trattamento, che si avrebbe se i soggetti titolari di un adeguato interesse a partecipare al giudizio fossero menomati nel loro potere di azione⁴²³.

Una volta che tutte le parti si sono costituite, il giudice relatore, se la trattazione è stata a lui affidata, o il collegio procedono all'ammissione e all'espletamento dei mezzi istruttori chiesti dalle parti, con massima libertà riguardo alle modalità di assunzione visto che la norma nulla stabilisce in tal senso; viceversa, prima dell'ultima riforma, le prove dovevano essere assunte in udienza, nel contraddittorio tra le parti, e il tribunale poteva assumere sommarie informazioni anche d'ufficio ed autorizzare la produzione di nuovi documenti, possibilità ora escluse⁴²⁴ dal momento che, oltre ad essere stata abrogata la norma, per cui si incorrerebbe in un comportamento *contra legem*, le prove possono essere assunte soltanto su richiesta delle parti e non d'ufficio ai sensi dell'art. 115 c.p.c.⁴²⁵ e la produzione di nuovi documenti può avvenire solamente nel ricorso o nella memoria difensiva⁴²⁶. Riguardo all'udienza, l'art. 99 l.fall. non detta delle

⁴²³ PANZANI, *L'opposizione a stato passivo: alcuni problemi*, in *Fallimento*, 1990, 933.

⁴²⁴ Si badi, però, che l'eliminazione del riferimento al contraddittorio non significa che si possa ad esso rinunciare nell'assunzione delle prove, essendo un principio costituzionale: cfr. MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le impugnazioni*, cit., 421; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 557.

⁴²⁵ APRILE e GHEDINI, *Sub art. 99 l.fall.*, in *La legge fallimentare*, cit., 179.

⁴²⁶ Con specifico riferimento all'eliminazione della possibilità di assumere sommarie informazioni, come sottolineato da MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le impugnazioni*, cit., 395 e da ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 266, non si può

specifiche modalità, per cui si ritiene che il carattere sommario del procedimento si manifesti in questo momento della procedura⁴²⁷; anche se oggi non è stabilito che l'udienza si svolga in camera di consiglio, abbiamo visto che il legislatore ha stabilito la cameralità del procedimento richiamandola nella relazione illustrativa del decreto⁴²⁸. Il giudice può anche assegnare alle parti un termine per il deposito di memorie, come si evince dall'undicesimo comma dell'art. 99.

Entro sessanta giorni dall'udienza o dalla scadenza del termine per il deposito di memorie, il collegio deve decidere definitivamente con decreto motivato, che se non viene impugnato con ricorso per Cassazione entro trenta giorni dalla comunicazione di esso, effettuata dalla cancelleria, diventa definitivo e produce effetti endoconcorsuali ai sensi dell'art. 96, comma 5 l.fall.⁴²⁹. Sono legittimati a proporre ricorso per Cassazione, per i motivi di cui all'art. 360 c.p.c., il ricorrente, i creditori o i terzi titolari di diritti contro cui è stata proposta l'impugnazione ed il curatore⁴³⁰.

Con riferimento a quanto affermato in ultima analisi, si deve osservare la similitudine con il rito camerale dal momento che la forma del provvedimento del giudice (decreto motivato) è la medesima prevista ex art. 737 c.p.c. e che c'è la possibilità di nominare un giudice relatore tra i componenti del collegio, come stabilito dall'art. 738, comma 1 c.p.c.⁴³¹.

ritenere che nonostante sia stata abrogata la disposizione sulle sommarie informazioni il giudice possa, comunque, assumerle perché, trattandosi di un procedimento camerale, si applica l'art. 738, comma 3 c.p.c. (in quest'ultimo senso, PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 559).

⁴²⁷ MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le impugnazioni*, cit., 398-399. Arriva al medesimo risultato, ossia all'affidamento al tribunale del potere di dirigere il processo, partendo, però, dall'art. 175 c.p.c., COSTANTINO, *Commento*, cit., 1276.

⁴²⁸ *Relazione al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*.

⁴²⁹ DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1134 e APRILE e GHEDINI, *Sub art. 99 l.fall.*, cit., 180 sottolineano, a mio parere correttamente, che in mancanza di comunicazione il termine per proporre ricorso in Cassazione è quello lungo di sei mesi dalla pubblicazione del provvedimento ex art. 327 c.p.c.

⁴³⁰ ZANICHELLI, *La nuova disciplina*, cit., 270.

⁴³¹ Viceversa, PLENTEDA, *Profili processuali del fallimento*, cit., 229-230 ritiene che la possibilità di nominare il giudice relatore segni il distacco dai riti camerale e laburistico e la vicinanza allo schema del giudizio ordinario di cognizione di primo grado, dove

In conclusione, si deve, quindi, sottolineare che, nonostante il richiamo espresso al rito camerale, la legge assicura una cognizione piena⁴³², predeterminando i modi e le forme di realizzazione del contraddittorio e di formazione del convincimento del giudice. Viceversa, nei procedimenti a cognizione sommaria, le modalità non sono prestabilite, perché è il giudice che deve fissarle in base alle esigenze specifiche della controversia⁴³³.

Si tratta, comunque, di un procedimento che non ha un modello unitario, ma che è stato costruito dal legislatore secondo le esigenze specifiche che sono alla base di questa procedura.

l'organo della trattazione-istruzione è quello monocratico e l'organo della decisione è il collegio.

⁴³² Ritengono che si tratti di un procedimento speciale a cognizione piena, in dottrina, MONTANARI, *L'accertamento dello stato passivo. Le impugnazioni*, cit., 396; COSTANTINO, *Commento*, cit., 1267; SDINO, *L'accertamento*, cit., 675-676; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 554; SALETTI, *La formazione dello stato passivo*, cit., 435; CAVALLINI, *Formazione ed impugnazione dello stato passivo: poteri processuali del creditore*, in *Fallimento*, 2009, 708; DIMUNDO, QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., 1106; CARRATTA, *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, 15. In giurisprudenza, Trib. Udine, 26 giugno 2008, cit.; Cass., 11 settembre 2009, n. 19697, cit., 471. Viceversa, ritengono che si tratti di un procedimento sommario, TISCINI, *I provvedimenti decisori*, cit., 206; MINUTOLI, *Il nuovo procedimento*, cit., 90; ZOPPELLARI, *Sub art. 99*, cit., 719-720.

⁴³³ COSTANTINO, *Commento*, cit., 1268.

Bibliografia

APRILE FABRIZIO, *Revocazione di credito ammesso*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006, 159 e ss.

APRILE FABRIZIO e GHEDINI ANNA, *Sub art. 93, 96 e 99 l.fall.*, in *La legge fallimentare: commentario teorico-pratico. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, disposizioni integrative e correttive*, a cura di M. Ferro, Padova, 2008, 163 e ss., 173 e ss. e 176 e ss.

ARMELI BEATRICE, *Sub art. 89*, in *Commentario alla legge fallimentare. Artt. 64-123*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 657 e ss.

ATTARDI ALDO, *La revocazione*, Padova, 1959.

ATTARDI ALDO, *Diritto processuale civile. Parte generale*, Padova, 1999.

BALENA GIAMPIERO, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *La riforma della giustizia civile: commento alle disposizioni della Legge sul processo civile n. 69/2009*, a cura di G. Balena, R. Caponi, A. Chizzini e S. Menchini, Torino, 2009, 31 e ss.

BERNARDI MAURO, *La riforma della riforma fallimentare: appunti e riflessioni*, in *www.ilcaso.it*, 2007.

BERTACCHI LORENZO, CARLETTI FABRIZIO, *Commento agli artt. 281 quater-293 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, a cura di R. Vaccarella e M. Giorgetti, Torino, 2007, 961 e ss.

BONFATTI SIDO, *Sull'onere delle spese nelle dichiarazioni tardive di credito*, commento a Cass., 7 settembre 1979, n. 4735, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 365 e ss.

BONFATTI SIDO, *L'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, III, Torino, 1997, 1 e ss.

BONFATTI SIDO, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, III, Torino, 2012, 469 e ss.

BONFATTI SIDO, CENSONI PAOLO FELICE, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007.

BONFATTI SIDO, CENSONI PAOLO FELICE, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare. Appendice al manuale*, Padova, 2008.

BONFATTI SIDO, CENSONI PAOLO FELICE, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009.

BOSTICCO PAOLO, *Il progetto di stato passivo*, in *Fallimento*, 2011, 1062 e ss.

BOZZA GIUSEPPE, *La natura giuridica del giudizio di accertamento del passivo*, in *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, di G. Bozza e G. Schiavon, Milano, 1992, 1 e ss.

BOZZA GIUSEPPE, *Il procedimento di accertamento del passivo iter processuale*, in *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, di G. Bozza e G. Schiavon, Milano, 1992, 65 e ss.

BOZZA GIUSEPPE, *L'accertamento del passivo*, in *Fallimento*, 2005, 1051 e ss.

BOZZA GIUSEPPE, *Commento agli artt. 92-97*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, I, Bologna, 2006, 1389 e ss.

BOZZA GIUSEPPE, *Il procedimento di accertamento del passivo*, in *Fallimento*, 2007, 1053 e ss.

BRUSCHETTA ERNESTINO, *L'accertamento dello stato passivo fallimentare*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, 307 e ss.

CANALE GUIDO, *La formazione dello stato passivo e il sistema delle impugnazioni*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2006, 183 e ss.

CARRATTA ANTONIO, *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, 1 e ss.

CASELLI GIOVANNI, *Organi del fallimento*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1977.

CASTAGNOLA ANGELO, *Le rivendiche mobiliari nel fallimento*, Milano, 1996.

CAVALAGLIO ADELMO, *La chiusura del fallimento*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, III, Torino, 1997, 565 e ss.

CAVALLI GINO, *L'accertamento del passivo*, in *Il fallimento*, di S. Ambrosini, G. Cavalli e A. Jorio, Padova, 2009, 549 e ss.

CAVALLINI CESARE, *Formazione ed impugnazione dello stato passivo: poteri processuali del creditore*, in *Fallimento*, 2009, 700 e ss.

CERINO CANOVA AUGUSTO, *Dell'introduzione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980, 235 e ss.

CHIOVENDA GIUSEPPE, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.

CHIOVENDA GIUSEPPE, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935.

CONSOLO CLAUDIO, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Verona, 2008.

CONSOLO CLAUDIO, *Profili generali*, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2010.

CONSOLO CLAUDIO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2010.

COSENTINO NICOLA, *Il ruolo del curatore e del giudice nel procedimento di verifica del passivo*, in www.tribunale.milano.it.

COSTA ALESSANDRA, *L'accertamento del passivo e dei diritti personali e reali dei terzi su beni mobili e immobili*, in *Il diritto fallimentare riformato: commento sistematico*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 320 e ss.

COSTANTINO GIORGIO, *Commento agli artt. 98-99*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, II, Torino, 2010, 1250 e ss.

COSTANTINO GIORGIO, *La data certa del credito nell'accertamento del passivo: «della Corte il fin è la meraviglia»*, in *Foro it.*, 2011, I, 74 e ss.

D'ARGENTO ROMOLO, *La tutela giurisdizionale dei crediti prededucibili*, in www.ilfallimento.it/tesiricerche.

DE CRESCIENZO UGO, *Sub art. 98*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 894 e ss.

DE SEMO GIORGIO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1967.

DIDONE ANTONIO, *La dichiarazione tardiva di credito nel fallimento*, Milano, 1998.

DIMUNDO FRANCESCO, QUATRARO BARTOLOMEO, *Accertamento del passivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, II, Torino, 2009, 987 e ss.

DIMUNDO FRANCESCO, QUATRARO BARTOLOMEO, *Formazione, verifica ed esecutività dello stato passivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, III, Torino, 2012, 405 e ss.

FABIANI MASSIMO, *Riconvenzionale in sede di accertamento del passivo e competenza del giudice delegato*, in *Fallimento*, 2003, 530 e ss.

FABIANI MASSIMO, *L'accertamento dello stato passivo. La formazione dello stato passivo: i principi e la domanda*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 315 e ss.

FABIANI MASSIMO, *L'efficacia dello stato passivo*, in *Fallimento*, 2011, 1093 e ss.

FARINA MARCO, *Preclusioni e decadenze in sede di impugnazioni a stato passivo*, in *Fallimento*, 2008, 668 e ss.

FAZZALARI ELIO, *I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 1990, 11 e ss.

FAZZALARI ELIO, *Il giusto processo e i "procedimenti speciali" civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1 e ss.

FERRARA FRANCESCO, *Il Fallimento*, Milano, 1974.

FERRARA FRANCESCO JR., BORGIOLI ALESSANDRO, *Il fallimento*, Milano, 1995.

FERRARO PIETRO PAOLO, *Commento agli artt. 101-103*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, II, Torino, 2010, 1280 e ss.

FERRI CORRADO, *La formazione dello stato passivo nel fallimento: procedimento di primo grado e impugnazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1253 e ss.

FERRI CORRADO, *Le eccezioni e le prove*, in *Fallimento*, 2011, 1072 e ss.

FERRO MASSIMO, BASTIA PAOLO, NONNO GIACOMO MARIA, *L'accertamento del passivo. Procedimento di verifica dei crediti, giudizi di impugnazione e questioni critiche: i risultati di una ricerca sui fallimenti italiani*, Milano, 2011.

FINOCCHIARO GIUSEPPE, POLI ENRICA, *Commento all'art. 112*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, II, Milano, 2012, 193 e ss.

FIORUCCI FABIO, *L'atto di citazione. Requisiti e cause di nullità*, Milano, 2011.

FONTANA ROBERTO, *Commento agli artt. 84-90*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, 1353 e ss.

FONTANA ROBERTO, *Il fallimento «adotta» la Pec*, in *www.ilsole24ore.com*, 5 novembre 2012.

FONTANA ROBERTO, *Ammissione al passivo solo in modalità telematica*, in *I nuovi fallimenti - Le guide del sole*, supplemento a *Il Sole 24 ore*, n. 352, 21 dicembre 2012, 28.

GASBARRINI ELISABETTA, *Il procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui alla legge n. 3 del 27 gennaio 2012*, in *www.notariato.it*, 4 gennaio 2013.

GIANI SILVIA, *La non contestazione nel processo civile tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, in *www.ilcaso.it*, 2010.

GIORGETTI MARIACARLA, *Gli accertamenti incidentali nella decisione sul passivo fallimentare*, in *Foro it.*, 1998, I, 1268 e ss.

GRASSO EDUARDO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del c.p.c.*, a cura di Allorio, I, Torino, 1973, 1254 e ss.

GRAZIANO NICOLA, *Un 2012 ricco di riforme che facilitano la gestione*, in *Come gestire le aziende in crisi – le norme e le sentenze*, in *Le Guide+*, supplemento a *Il Sole 24 ore*, dicembre 2012, 8 e ss.

GROSSI DANTE, *Le impugnazioni dello stato passivo: la riforma del 2006-2007 al vaglio della giurisprudenza*, in *www.judicium.it*, 2012.

GROSSI MARIA ROSARIA, *La riforma della legge fallimentare: commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Milano, 2008.

GUGLIELMUCCI LINO, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2004.

GUGLIELMUCCI LINO, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011.

GUIZZI GIUSEPPE, *Il passivo*, in *Diritto fallimentare: manuale breve*, Milano, 2008, 275 e ss.

LAMANNA FILIPPO, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006.

LAMANNA FILIPPO, *La non contestazione della domanda d'insinuazione o di rivendica/restituzione nella verifica del passivo*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 57 e ss.

LIGUORI BRUNO, *Gli organi del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1965, I, 137 e ss.

LO CASCIO GIOVANNI, *Procedimento di insinuazione tardiva e «ius postulandi»*, in *Giust. civ.*, 1989, 724 e ss.

LO CASCIO GIOVANNI, *L'accertamento del passivo nel fallimento: lineamenti generali*, in *Fallimento*, 2011, 1021 e ss.

LO CASCIO GIOVANNI, *Procedure concorsuali e sistema informatico: le nuove regole*, in *Il Quotidiano IPSOA*, 23 ottobre 2012.

MAFFEI ALBERTI ALBERTO, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009.

MANDRIOLI CRISANTO, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, in *Diritto processuale civile*, Torino, 2011.

MANDRIOLI CRISANTO, CARRATTA ANTONIO, *Il processo di cognizione*, in *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2012.

MANDRIOLI LUCA, *Poteri, funzioni e responsabilità del nuovo curatore fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2007.

MANFEROCE TOMMASO, *I diritti dei creditori e la nuova posizione del curatore nell'accertamento dello stato passivo*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare: scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, a cura di M. Fabiani e A. Patti, Milano, 2006, 161 e ss.

MARCONE ANNAMARIA, *La custodia e l'amministrazione delle attività fallimentari. Gli incumbenti preliminari*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, III, Torino, 2012, 319 e ss.

MARELLI FABIO, *D.l. 18 ottobre 2012, n. 179 ("D.l. Sviluppo-bis"). Giustizia digitale – modifiche alla legge fallimentare e al d.lgs. n. 270/99*, in *www.nctm.it*, novembre 2012.

MAZZOCCA DOMENICO, *Gli organi: il giudice delegato, il curatore ed il comitato dei creditori*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, I, Torino, 1997, 421 e ss.

MELONI MARIA, *Le qualifiche soggettive. Pubblico ufficiale*, in *I reati contro i beni pubblici*, a cura di G. Cocco, E. M. Ambrosetti e E. Mezzetti, Padova, 2010, 162 e ss.

MERLIN ELENA, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991.

MINUTOLI GIUSEPPE, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, 68 e ss.

MINUTOLI GIUSEPPE, *La nuova verifica del passivo ed il potere di condizionamento sul giudice delegato della non contestazione del curatore*, in *Fallimento*, 2007, 601 e ss.

MONTANARI MASSIMO, *Dell'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari dei terzi*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, a cura di G. U. Tedeschi, II, Torino, 1996, 685 e ss.

MONTANARI MASSIMO, *Le eccezioni in senso stretto e la revocatoria nel giudizio sommario di verifica dello stato passivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, fasc. 1S, 131 e ss.

MONTANARI MASSIMO, *Commento agli artt. 98-103*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, I, Bologna, 2006, 1481 e ss.

MONTANARI MASSIMO, *La verifica dello stato passivo fallimentare nell'assetto scaturito dal decreto correttivo della riforma*, in *Fallimento*, 2008, 495 e ss.

MONTANARI MASSIMO, *L'accertamento dello stato passivo. Le impugnazioni dello stato passivo*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 391 e ss.

MONTANARI MASSIMO, *L'accertamento dello stato passivo. Le insinuazioni tardive*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 427 e ss.

MONTANARI MASSIMO, *L'accertamento dello stato passivo. Previsione di insufficiente realizzo dell'attivo fallimentare e domande di restituzione e rivendica*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 439 e ss.

NARDECCHIA GIOVANNI BATTISTA, *Insinuazione tardiva*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006, 84 e ss.

NARDECCHIA GIOVANNI BATTISTA, *La domanda del creditore "supertardivo"*, in *Fallimento*, 2009, 454 e ss.

NARDONE ANTONIO, *Commento agli artt. 93-97*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, I, Torino, 2006, 527 e ss.

NARDONE ANTONIO, *Commento agli artt. 93-97*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, II, Torino, 2010, 1194 e ss.

NONNO MASSIMO, *Commento all'art. 103*, in *La legge fallimentare: commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, 1136 e ss.

PAGNI ILARIA, *L'accertamento dello stato passivo. La formazione dello stato passivo: il ruolo del curatore e del giudice delegato*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 343 e ss.

PAJARDI PIERO, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993.

PAJARDI PIERO, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002.

PAJARDI PIERO, PALUCHOWSKI ALIDA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008.

PANZANI LUCIANO, *L'opposizione a stato passivo: alcuni problemi*, in *Fallimento*, 1990, 927 e ss.

PARROTTA DOMENICO, *Procedimento camerale per le impugnazioni*, in *Guida al diritto*, 5/2006, 41 e ss.

PASI FABRIZIO, *Il giudice delegato*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, I, Torino, 2009, 285 e ss.

PELLEGRINO GIUSEPPE, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, Padova, 1992.

PELLEGRINO GIUSEPPE, *I giudizi di accertamento del passivo nel fallimento*, Milano, 2006.

PLENTEDA DONATO, *Profili processuali del fallimento dopo la riforma: le novità procedurali secondo i principi costituzionali sulla giurisdizione*, Milano, 2008.

PROTO CESARE, *Sub art. 89*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 844 e ss.

PROVINCIALI RENZO, *Trattato di diritto fallimentare*, I e III, Milano, 1974.

PURCARO DARIO, *L'avviso ai creditori nel fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1972, I, 277 e ss.

RAGUSA MAGGIORE GIUSEPPE, *Diritto fallimentare*, II, Napoli, 1974.

RAGUSA MAGGIORE GIUSEPPE, *Passivo (accertamento)*, in *Enc. dir.*, 1982, XXXII, 181 e ss.

RAGUSA MAGGIORE GIUSEPPE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994.

RICCI EDOARDO FLAVIO, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1073 e ss.

ROMANO MARIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche. Artt. 336-360 Cod. pen.*, Milano, 2008.

RUGGIERO ALDO, *Commento agli artt. 110-113 bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Bologna, 2006, 1818 e ss.

RUSSO LIBERTINO ALBERTO, *L'accertamento del passivo nel fallimento*, Milano, 1995.

SALETTI ACHILLE, *La formazione dello stato passivo: un tema in evoluzione*, in *Giur. it.*, 2006, I, 431 e ss.

SATTA SALVATORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964.

SATTA SALVATORE, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990.

SATTA SALVATORE, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996.

SCARAFONI STEFANO, *I rapporti fra gli organi della procedura*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, I, Torino, 2009, 372 e ss.

SCARSELLI GIULIANO, *L'accertamento del passivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, di E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi e G. Scarselli, Milano, 2011, 293 e ss.

SDINO RAFFAELE, *L'accertamento del passivo*, in *Fallimento e concordati: le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di P. Celentano e E. Forgillo, Torino, 2008, 639 e ss.

SEGNI ANTONIO, *Giudizio di verifica dei crediti ed estensione del giudicato*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1965.

SPIOTTA MARINA, *Il curatore fallimentare*, Bologna, 2006.

STASI ENRICO, *Le domande di rivendica e restituzione*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, III, Torino, 2012, 513 e ss.

STAUNOVO-POLACCO EDOARDO, *Il ritardo non imputabile nell'insinuazione al passivo "supertardiva"*, in *Fallimento*, 2010, 71 e ss.

TARZIA GIORGIO, *L'impugnazione dei crediti ammessi*, in *Fallimento*, 1990, 935 e ss.

TEDESCHI GUIDO UBERTO, *Sub art. 118 l.fall.*, in *Chiusura del fallimento. Concordato. Riabilitazione civile*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1977, 1 e ss.

TEDESCHI GUIDO UBERTO, *Commento agli artt. 84-91 l.fall.*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, a cura di G. U. Tedeschi, I, Torino, 1996, 647 e ss.

TEDESCHI GUIDO UBERTO, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006.

TEDESCHI GUIDO UBERTO, *L'accertamento del passivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, I, Torino, 2009, 887 e ss.

TEDOLDI ALBERTO, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, 76 e ss.

TISCINI ROBERTA, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009.

TORRENTE ANDREA, SCHLESINGER PIERO, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2011.

TRISORIO LIUZZI GIUSEPPE, *La domanda di ammissione del credito*, in *Fallimento*, 2011, 1034 e ss.

VITIELLO MAURO, *Lo stato passivo*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, 165 e ss.

ZANICHELLI VITTORIO, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006.

ZANICHELLI VITTORIO, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008.

ZOPPELLARI MARIO, *Sub. artt. 94 e 99 l.fall.*, in *La legge fallimentare: commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2007, 681 e ss. e 717 e ss.

ZORZI ALBERTO, *Difetto di motivazione del provvedimento di esclusione del credito e riflessi sul giudizio di opposizione allo stato passivo*, in *Fallimento*, 2009, 610 e ss.