

Civile Ord. Sez. 1 Num. 20068 Anno 2022

Presidente: **CRISTIANO MAGDA**

Relatore: **DI MARZIO MAURO**

Data pubblicazione: 21/06/2022

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

VI.PE. COSTRUZIONI S.R.L., elettivamente domiciliata in Roma, via di Pietralata 320, presso lo studio dell'avvocato Gigliola Mazza Ricci, rappresentata e difesa dall'avvocato Teodomiro Centola per procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO MILUAN S.R.L., in persona del Curatore, elettivamente domiciliato in Roma, via Flaminia 962, presso lo studio dell'avvocato Barlolomeo Dell'Orco, che lo rappresenta e difende per procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso il decreto n. 3468/2015 del Tribunale di Foggia, depositata il 20 ottobre 2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 14/06/2022 dal Consigliere Relatore Dott. MAURO DI MARZIO.

FATTI DI CAUSA

1. — VI.PE. Costruzioni S.r.l. ricorre per un mezzo, nei confronti del Fallimento Miluan S.r.l., contro il decreto del 20 ottobre 2015 con

cui il Tribunale di Foggia ha dichiarato inammissibile l'opposizione allo stato passivo ivi spiegata dall'odierna ricorrente.

2. — Per l'intelligenza della vicenda è sufficiente rammentare che:

-) la allora Costruzioni 96 S.r.l., poi Miluan S.r.l., ha convenuto in giudizio VI.PE. Costruzioni S.r.l. al fine di ottenerne condanna al pagamento di una somma dovuta alla società in forza di pregressi rapporti intercorsi tra le parti;

-) la convenuta ha proposto riconvenzionale;

-) all'esito del giudizio di primo grado, il Tribunale adito ha condannato Costruzioni 96 S.r.l. al pagamento, in favore di VI.PE. Costruzioni S.r.l., della somma di euro 362.002,08, oltre accessori;

-) impugnata la sentenza da Costruzioni 96 S.r.l., nel corso del giudizio di appello, è stata pronunciata ad istanza di VI.PE. Costruzioni S.r.l. sentenza del 3 gennaio 2013 dichiarativa del fallimento della ormai divenuta Miluan S.r.l.;

-) in sede di formazione dello stato passivo il giudice delegato al fallimento Miluan S.r.l. ha ammesso in privilegio il credito insinuato da VI.PE. Costruzioni S.r.l. e portato dalla sentenza di primo grado, con riserva da sciogliere al passaggio in giudicato della medesima;

-) pronunciatasi definitivamente la Corte d'appello, che ha respinto l'appello, VI.PE. Costruzioni S.r.l. ha chiesto l'ammissione del proprio credito in via definitiva, previa fissazione di udienza;

-) il giudice delegato ha fissato l'udienza in vista della quale il Curatore ha invitato la società istante a documentare le spese oggetto della richiesta di ammissione ed essa ha prodotto osservazioni allo stato passivo;

-) all'esito dell'udienza tenutasi, il giudice delegato ha infine ammesso il credito per l'importo di euro 480.593,11, in chirografo, e per euro 2000,00 in privilegio;

-) contro la decisione ha proposto opposizione VI.PE. Costruzioni S.r.l., ai sensi dell'articolo 98 della legge fallimentare, ed ha chiesto di essere ammessa per l'importo di euro 607.795,51, in privilegio;
-) nel contraddittorio con il Curatore, il Tribunale ha dichiarato inammissibile l'opposizione, reputando che il provvedimento di scioglimento della riserva dovesse essere impugnato con il reclamo di cui all'articolo 26 della legge fallimentare, evidenziando che detto provvedimento era stato comunicato a mezzo pec il 24 marzo 2015 e che l'opposizione era stata proposta il 14 aprile 2015, oltre lo spirare del termine di 10 giorni di cui al citato articolo 26.

3. — Il Fallimento Miluan S.r.l. resiste con controricorso.

4. — In vista dell'adunanza il ricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

5. — Il ricorso contiene un unico mezzo con cui la società ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto ai sensi dell'articolo 360, numeri 3 e 5 c.p.c., con riferimento agli articoli 113 *bis* e 98 della legge fallimentare, sostenendo, in breve, che il Tribunale avrebbe errato nel ritenere che il provvedimento di cui all'articolo 113 *bis* della legge fallimentare debba essere impugnato con il reclamo di cui all'articolo 26 della stessa legge e non con l'opposizione allo stato passivo.

6. — Il ricorso è fondato.

6.1. — Prima della riforma della legge fallimentare del 2006 l'ammissione con riserva era disciplinata dal secondo e terzo comma dell'articolo 95 della legge fallimentare, secondo cui: «2. *I crediti indicati nell'ultimo comma dell'articolo 55 e quelli per i quali non sono stati ancora presentati i documenti giustificativi sono*

compresi con riserva fra i crediti ammessi. 3. Se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato, è necessaria l'imputazione se non si vuole ammettere il credito».

Norma, quella che precede, la quale suscitava gravi problemi interpretativi, di cui è qui superfluo dar conto, soprattutto nell'ipotesi prevista dal terzo comma da ultimo trascritto.

6.2. — Introdotto a mezzo del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, l'articolo 113-*bis* della legge fallimentare — norma che non è modificata dalla disciplina dettata dal decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14: v. articolo 233 del codice della crisi e dell'insolvenza —, sotto la rubrica: «*Scioglimento delle ammissioni con riserva*», stabilisce oggi che: «*Quando si verifica l'evento che ha determinato l'accoglimento di una domanda con riserva, su istanza del curatore o della parte interessata, il giudice delegato modifica lo stato passivo, con decreto, disponendo che la domanda deve intendersi accolta definitivamente*». La norma va letta in collegamento con l'attuale secondo comma dell'articolo 96 della legge fallimentare, dedicato alla «*Formazione ed esecutività dello stato passivo*» ove è stabilito che: «*Oltre che nei casi stabiliti dalla legge, sono ammessi al passivo con riserva: 1) i crediti condizionati e quelli indicati nell'ultimo comma dell'articolo 55; 2) i crediti per i quali la mancata produzione del titolo dipende da fatto non riferibile al creditore, salvo che la produzione avvenga nel termine assegnato dal giudice; 3) i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento. Il curatore può proporre o proseguire il giudizio di impugnazione*». L'ultimo comma dell'articolo 55 della legge fallimentare dispone poi che: «*I crediti condizionali partecipano al concorso a norma degli articoli 96, 113 e 113-bis. Sono compresi tra i crediti condizionali quelli che non possono farsi valere contro il fallito, se non previa escussione di un obbligato principale*».

L'articolo 113 della legge fallimentare disciplina le ripartizioni parziali e, per quanto qui interessa, prevede l'accantonamento di quanto spettante ai creditori ammessi con riserva.

L'introduzione dell'articolo 113 *bis* della legge fallimentare ha avuto evidentemente lo scopo di riordinare ed omogeneizzare la disciplina dell'ammissione con riserva, delineando i caratteri salienti del provvedimento con cui il giudice delegato scioglie la riserva e provvede all'ammissione del credito in via definitiva.

6.3. — La norma, tuttavia, non manca di suscitare ulteriori questioni, prima tra le quali quella dell'identificazione dello strumento di controllo del provvedimento che il giudice delegato adotta a scioglimento della riserva. La questione — che si ricollega alla latitudine della cognizione esercitata dal giudice delegato in sede di scioglimento della riserva — si presta essenzialmente a due soluzioni, obbiettivamente controvertibili, sostenute tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza di merito, mentre non vi sono pertinenti precedenti di questa Corte: secondo la prima, avverso il provvedimento di scioglimento della riserva va proposto il reclamo di cui all'articolo 26 della legge fallimentare; altri autori, come pure alcuni giudici di merito, reputano invece che il provvedimento di scioglimento della riserva sia assoggettato alle impugnazioni di cui all'articolo 98 della legge fallimentare. Vi è poi, per vero, in dottrina, una ulteriore opinione secondo cui il provvedimento in questione verrebbe adottato *de plano*, sì da non rimanere assoggettato né al reclamo, né all'opposizione allo stato passivo.

6.4. — Nel senso dell'assoggettamento al reclamo di cui all'articolo 26 milita anzitutto un elemento testuale, collegato al dato della collocazione sistematica dell'articolo 113 *bis* c.p.c. nella legge fallimentare: l'articolo 98 della legge disciplina le impugnazioni: «*Contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo*», e non

contro il provvedimento di scioglimento della riserva, che modifica lo stato passivo, provvedimento che, del resto, è collocato non nel capo quinto della legge, «*Dell'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi*», nel quale trova ospitalità anche il sistema delle impugnazioni contro lo stato passivo, bensì nel capo settimo, «*Della ripartizione dell'attivo*». Sicché, avverso il provvedimento di scioglimento della riserva, non rimarrebbe che il ricorso al reclamo di cui all'articolo 26, esperibile contro qualunque dei «*decreti del giudice delegato e del tribunale*», «*salvo che non sia diversamente disposto*», reclamo proponibile in definitiva da «*chiunque vi abbia interesse*» e sottoposto al termine perentorio di 10 giorni decorrente dalla comunicazione o dalla notificazione.

Sul piano della *ratio*, la previsione dell'articolo 113 *bis* della legge fallimentare, e la sua collocazione, si spiegherebbero per il fatto che lo scioglimento della riserva non atterrebbe al momento dell'accertamento del passivo, ma ad una semplice verifica del sopravvenire del fatto — dell'evento, come si esprime la norma — che, nella sua oggettività, determina lo scioglimento della riserva: una sorta di provvedimento, dunque, a rime obbligate, tale da non richiedere la previa istituzione del contraddittorio, che la norma non prevede, e da risolversi in un'operazione di automatico adeguamento dello stato passivo al verificarsi del fatto posto a base della riserva, in esito ad un accertamento che ha già in precedenza avuto luogo in sede di ammissione con riserva.

6.5. — Ma è proprio qui che la ricostruzione in tal modo prospettata mostra con tutta evidenza la corda.

Non v'è dubbio, come questa Corte ha già stabilito, che la ammissione con riserva abbia natura non meramente interinale, e produca anzi di per sé e da subito effetti sostanziali, quali, oltre al diritto a veder accantonate le somme eventualmente dovute allo scioglimento della riserva, ai sensi del citato articolo 113, il

riconoscimento di talune prerogative (diritto di voto in caso di concordato fallimentare, inserimento nel comitato dei creditori, proposizione di reclami ai sensi degli articoli 26 e 36 della legge fallimentare), e determini una situazione di stabilizzazione, sia pure provvisoria, contro la quale gli interessati debbono, se ritengono, immediatamente insorgere avvalendosi dei rimedi previsti dall'articolo 98 (Cass. 9 gennaio 2020, n. 268, secondo cui è soccombente, e dunque legittimato a proporre immediata opposizione allo stato passivo, senza attendere il decreto di cui all'articolo 113 *bis*, il creditore ammesso con riserva che abbia chiesto l'ammissione pura e semplice del proprio credito, come pure il curatore o gli altri creditori che intendano contestare l'ammissione, ancorché con riserva).

Ciò nondimeno il provvedimento di scioglimento della riserva, ferma la stabilizzazione determinata dall'ammissione con riserva, nei termini descritti dalla decisione appena ricordata, può naturalmente dar luogo, fisiologicamente, ad un largo fascio di ulteriori questioni, non coperte dalla iniziale ammissione con riserva, tali da richiedere un provvedimento che, come tale, si colloca all'esito finale dell'accertamento del passivo, a cui è stata rinviata la decisione finale sull'ammissione o meno del credito, a definizione del procedimento iniziato con l'insinuazione e proseguito con l'ammissione riservata: si pensi, a mero titolo di esempio, all'ammissione con riserva dei crediti condizionati in senso stretto ed alle questioni che possono insorgere al fine di stabilire se la condizione sia o meno venuta ad esistenza, anche nell'ipotesi della finzione di avveramento di cui all'articolo 1359 c.c.; all'ammissione con riserva di un credito da fideiussione (o da altra garanzia) prestata dal fallito ed alle questioni che possono insorgere in ordine all'accertamento dell'avvenuta escussione di un obbligato principale; all'ammissione con riserva in attesa della produzione del titolo ed alle innumerevoli questioni che possono sorgere una volta

che il documento sia stato prodotto; alle questioni che possono sorgere in ordine agli esiti del giudizio civile che ha determinato la riserva ed al contenuto, nonché all'interpretazione, della sentenza conclusiva del giudizio, anche soltanto con riguardo alla determinazione del *quantum* degli accessori eventualmente riconosciuti in sentenza. E, nel considerare il rilievo che il provvedimento di scioglimento della riserva può assumere, in relazione alle questioni sorte a valle dell'ammissione con riserva, deve naturalmente tenersi presente che il giudice delegato, nello sciogliere la riserva, in applicazione dell'articolo 113 della legge fallimentare, non necessariamente ammette il credito, essendo ben possibile che ne deneghi infine in tutto o in parte l'ammissione.

6.6. — Se, dunque, il credito è ammesso con riserva, nell'ipotesi considerate dalla legge, vi è, a seguito della iniziale insinuazione, un primo momento decisorio, che dà luogo ad una relativa stabilizzazione della situazione, non solo per gli interessati, ma anche per il giudice, che non possiede *«un potere di riesame sulla legittimità del provvedimento emesso in sede di verifica dei crediti»* (v. la cit. Cass. 9 gennaio 2020, n. 268, il che sembra essere quanto avvenuto nel caso di specie, tenuto conto che il giudice delegato ha ammesso al chirografo un credito che aveva in precedenza ammesso in privilegio).

Ma ciò non vuol dire che lo scioglimento della riserva non partecipi *«dell'accertamento del passivo»*, costituendone il momento finale, per quanto non coperto dall'adozione del provvedimento di ammissione con riserva: vi è cioè un secondo momento decisorio, in cui si concretizza lo scioglimento della riserva.

Ciò perché è del tutto irrealistico ravvisare un normale ed ineluttabile automatismo nella decisione adottata in sede di scioglimento della riserva, mentre il giudice è sempre chiamato ad un intervento valutativo, volto ad scrutinare se l'evento verificatosi

sia idoneo o meno a giustificare lo scioglimento, in senso favorevole al creditore istante, della riserva apposta in sede di ammissione e, quindi, a stabilire se la domanda di ammissione al passivo debba essere infine accolta o rigettata.

6.7. — Ma, una volta giunti a riconoscere che il provvedimento di scioglimento della riserva costituisce il momento finale dell'ammissione al passivo, così da influire sullo stato passivo nella sua definitività, per tutto quanto non coperto già dal procedimento di ammissione con riserva, viene a cadere il — peraltro esile — dato letterale costituito dall'*incipit* dell'articolo 98 della legge fallimentare, come pure dal precetto immediatamente successivo secondo cui, con l'opposizione, il creditore si limita a contestare *«che la propria domanda sia stata accolta in parte o sia stata respinta»*.

Né può allora ascriversi un pregnante rilievo alla collocazione dell'articolo 113 *bis* nel capo settimo della legge fallimentare, che, d'altronde, non ha in effetti nulla a che spartire con il contenuto effettivo della disposizione, comunque la si voglia leggere (lo scioglimento della riserva precede la ripartizione dell'attivo, e si colloca sul versante della definitività dello stato passivo), e dunque è insignificante e non possiede un effettivo rilievo ricostruttivo.

Ed allora, se lo scioglimento della riserva è il momento finale della fase di ammissione al passivo, ferma la stabilizzazione derivante dalla precedente ammissione con riserva, è del tutto ovvio che lo strumento da impiegare contro lo scioglimento della riserva sia l'impugnazione dello stato passivo, a tenore dell'articolo 98 della legge fallimentare, con conseguente legittimazione all'impugnazione, oltre che del creditore che veda sciolta la riserva in senso a lui sfavorevole, anche del curatore e degli altri creditori concorsuali, qualora intendano contestare il giudizio venutosi a

creare sull'effettiva verifica della condizione o sull'idoneità della documentazione.

Insomma, il quadro in cui leggere la disposizione in esame si può così riassumere: il congegno della ammissione con riserva e del successivo scioglimento della riserva, che costituisce addentellato della fase di accertamento del passivo, ha lo scopo di assicurare l'utilità dell'ammissione al passivo, attraverso l'accantonamento ed il riconoscimento delle prerogative di cui si è detto, in vista del finale accertamento del credito, ma non mira, né vi sarebbe ragione che lo facesse, ad anticipare la decisione del giudice delegato al momento in cui è adottata la riserva, chiudendo in modo definitivo il procedimento di ammissione e relegando il decreto con cui la riserva è sciolta al rango di mera obiettiva constatazione, senza margine valutativo, del supposto evento dirimente.

6.8. — È così che si comprende il perché della tanto scheletrica formulazione dell'articolo 113 *bis*, che non indica quali contenuti debba avere il decreto ivi previsto, non stabilisce un regime di comunicazione del provvedimento adottato, né individua lo strumento di controllo impugnatorio del medesimo.

La sola sensata spiegazione di una simile altrimenti inspiegabile afasia del legislatore è che, per tutto quanto non previsto dall'articolo 113 *bis* occorra far riferimento ai meccanismi previsti per un verso dagli articoli 96 e 97, e, per altro verso, dal successivo articolo 98, con le norme che ad esso si ricollegano. E ciò rende così infine palese:

-) che il decreto non prevede alcuna preventiva costituzione del contraddittorio per il fatto che il contraddittorio è già stato instaurato nella fase interlocutoria dell'ammissione riservata e, quindi, all'inizio del procedimento destinato a concludersi con il decreto di scioglimento;

-) che, con riguardo all'aspetto motivazionale del provvedimento di scioglimento della riserva, neppure esso disciplinato espressamente dall'articolo 113 *bis*, il giudice deve dar conto, nel decreto, delle ragioni dell'ammissione definitiva del credito sì da rendere controllabile il provvedimento adottato;

-) che il decreto va comunicato, come in effetti avvenuto anche nella specie, secondo la previsione dell'articolo 97 e l'impugnazione è regolata dall'articolo 98 della legge fallimentare, con le disposizioni ad esso collegate.

Non può di conseguenza farsi applicazione dell'articolo 26, dal momento che esso esordisce con lo stabilire che il reclamo ivi disciplinato trova applicazione «*salvo che sia diversamente disposto*», il che è quanto accade per le statuizioni attinenti all'ammissione al passivo, assoggettate all'impugnazione di cui all'articolo 98 della legge fallimentare: e del resto, nella prospettiva già in precedenza esaminata, se si condivide l'assunto secondo cui lo scioglimento della riserva costituisce il momento finale volto all'accertamento del credito ammesso, non vi sarebbe ragione di assoggettare il decreto non già allo strumento tipico, predisposto dal legislatore al fine di stabilire se ed in che misura ciascun credito debba essere ammesso, bensì al generico rimedio del reclamo indifferentemente spendibile contro qualunque provvedimento del giudice delegato.

6.9. — Il decreto è cassato e rinviato al Tribunale di Foggia in diversa composizione, che si atterrà al seguente principio di diritto: «*Ferma l'immediata impugnabilità del decreto di ammissione con riserva, adottato ai sensi dell'articolo 96, secondo comma, della legge fallimentare, tanto da parte del creditore che abbia chiesto l'ammissione pura e semplice, quanto del curatore e degli altri creditori, il decreto di cui all'articolo 113 bis della stessa legge è soggetto, per tutto quanto non divenuto incontestabile in esito alla*

adozione dell'iniziale decreto di ammissione con riserva, all'impugnazione di cui all'articolo 98 della stessa legge». Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese di questo giudizio di legittimità.

PER QUESTI MOTIVI

accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e rinvia anche per le spese di questo giudizio di legittimità al Tribunale di Foggia in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 14 giugno 2022.