



REPUBBLICA ITALIANA
 IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
 IL TRIBUNALE DI TERNI

riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti magistrati:

- dott. Girolamo Lanzellotto, Presidente
- dott.ssa Paola Vella, Giudice rel.
- dott. Mario Montanaro, Giudice

ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 1083/09 R.G., promossa da

U. [redacted] C. [redacted] M. [redacted] B. [redacted] quale procuratore di A. [redacted] F. [redacted] in
 persona del legale rappresentante p.t.
 elett. te dom. ta in T. [redacted], c.so T. [redacted], presso lo studio dell'avv. (omissis)
 contro
 FALLIMENTO "DI A. [redacted] O. [redacted]", in persona del Curatore, avv. *

RICORRENTE

RESISTENTE

OGG.: opposizione allo stato passivo ex art. 98 L. Fall.

CONCLUSIONI RICORRENTE: "Chiede che l'ill.mo Tribunale di Terni, ogni contraria deduzione, eccezione e difesa respinta, voglia accogliere le seguenti conclusioni: dichiarare e confermare l'ammissione della Copia [redacted] e per essa della A. [redacted] F. [redacted] nella qualità esposta in epigrafe al passivo dell'intestato fallimento in via chirografaria per l'importo complessivo di € 57.775,48; con vittoria di spese, diritti ed onorari. Si riporta alle memorie in atti ed insiste per l'ammissione delle richieste istruttorie articolate."

CONCLUSIONI RESISTENTE: "Voglia il Tribunale adito, in composizione collegiale, in via pregiudiziale di rito, rilevare d'ufficio l'improponibilità dell'opposizione ex art. 98 avverso il provvedimento reso dal GD il 3 febbraio 2009 perché reclamabile ex art. 26 L.F.; in via subordinata, dichiarare l'improcedibilità della spiegata opposizione per consumazione del diritto all'impugnazione; in via preliminare di rito, dichiarare la decadenza dell'A. [redacted] F. [redacted] dalla dispiegata opposizione perché instaurata oltre il termine di legge ex art. 98 LF, quanto precede con conferma del provvedimento opposto e condanna dell'opponente al pagamento delle spese del giudizio. Nel merito, in ipotesi di ritenuta ammissibilità, proponibilità, procedibilità della spiegata opposizione, si chiede che il Tribunale adito rigetti l'opposizione perché infondata in fatto e in diritto. Ritenuta in ogni caso la responsabilità dell'opponente nell'instaurazione del presente giudizio, si chiede che il Tribunale condanni l'A. [redacted] F. [redacted] al pagamento delle spese, funzioni ed onorari di causa."

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

La vicenda in esame, che interseca diacronicamente le tematiche procedurali dell'accertamento del passivo, va opportunamente preceduta da una sommaria ricognizione delle norme che disciplinavano -al tempo dell'adozione del provvedimento da cui essa origina- l'istituto dell'ammissione con riserva, anche alla luce delle disposizioni successivamente introdotte dalla riforma, che, seppure non applicabili *ratione temporis*, ne hanno ridisegnato, con maggiore chiarezza, i lineamenti.

Tutto muove dal provvedimento del 26.2.04 con cui l'allora GD ammetteva al passivo del fallimento "Di A. O.", in via chirografaria, il credito di C. (cui ora è subentrata A. F., e per essa U. C. M. B.), per l'ammontare di € 57.775,48 "con riserva da sciogliersi all'esito del giudizio di opposizione al D.I. n. 137/01".

Al riguardo si osserva quanto segue.

A) L'art. 95 l.f. allora vigente prevedeva espressamente l'ammissione con riserva dei crediti indicati nell'ultimo comma dell'art. 55 l.f. e di quelli per i quali non fossero stati ancora presentati i documenti giustificativi (co. 2), aggiungendo "se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato è necessaria l'impugnazione se non si vuole ammettere il credito" (co. 3).

In quest'ultima ipotesi, era assai dibattuta la tematica del percorso processuale da seguire per giungere alla decisione sulla insinuazione al passivo: secondo l'orientamento dottrinario più accreditato, conforme alla lettera della norma, una volta autorizzata l'impugnazione della sentenza, il GD avrebbe dovuto rigettare la domanda e il creditore avrebbe avuto l'onere di proporre opposizione allo stato passivo, che andava però sospesa *ex art. 295 c.p.c.*, in attesa della definizione del giudizio di impugnazione, in quanto ad essa pregiudiziale; secondo altra tesi, il GD avrebbe dovuto sospendere ogni decisione sino alla definizione del giudizio di impugnazione della sentenza; altri propendevano per l'ammissione con riserva, in via analogica, assumendo trattarsi di un vero e proprio credito condizionale; ancor più marginalmente si riteneva che il GD potesse disporre l'ammissione in via provvisoria, come il collegio ai sensi dell'art. 99 co. 3 ult. parte l.f. allora vigente.

L'attuale art. 96 l.f. (come modificato dal d.lgs. n. 5/06) prevede invece ora, con maggiore chiarezza, 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'art. 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".

Appare dunque evidente come la riforma abbia eliminato molti dubbi e la farraginosità del sistema che li alimentava, omogeneizzando il trattamento di tutte le ipotesi di ammissione con riserva e rendendo unico anche il meccanismo del suo scioglimento, introdotto *ex novo* con l'art. 113bis l.f., il quale prevede la proposizione di apposita istanza -da parte del curatore o della parte interessata- al verificarsi dell'evento considerato (condizione; produzione del titolo; passaggio in giudicato della sentenza).

Ancora oggi, invece, la legge fallimentare nulla dice circa l'impugnabilità del provvedimento che scioglie la riserva; ciò potrebbe ben ricondursi ad una corretta interpretazione dell'istituto, in quanto la riserva apposta dovrebbe essere tale che, al verificarsi dell'evento in essa previsto, l'ammissione o il rigetto della domanda segua praticamente *de plano*, senza necessità di ulteriori accertamenti, che si sottrarrebbero surrettiziamente al regime di contraddittorio incrociato proprio della verifica dello stato passivo.

Esiste, peraltro, una ipotesi normativamente tipizzata, quale è quella prevista per i crediti tributari dall'art. 88 del DPR 602/73 (il cui meccanismo di scioglimento della riserva ha in effetti funto da modello per l'art. 113bis l.f.), il quale prevede testualmente, al co. 4, che contro il provvedimento di scioglimento della riserva "*il concessionario, nel termine di dieci giorni dalla comunicazione, può proporre reclamo al tribunale, che decide in camera di consiglio con decreto motivato, sentite le parti*".

Pare dunque ragionevole concludersi che, per ogni forma di scioglimento della riserva oggi contemplata dall'ordinamento concorsuale, il mezzo di impugnazione sia, proprio per le caratteristiche che essa deve avere, non l'opposizione allo stato passivo, ma il reclamo *ex art. 26 l.f.*, che invero da sempre rappresenta lo strumento impugnatorio residuale, per tutte le ipotesi in cui non sia diversamente disposto o previsto (come testualmente si legge sia nella stesura del 1942 che nel testo oggi vigente).

B) Focalizzando l'attenzione sull'ammissione del credito portato da "sentenza non passata in giudicato", occorre rammentare -anche a giustificazione della scelta operata dall'allora GD- il lungo dibattito che ha impegnato dottrina e giurisprudenza in merito alla equiparabilità del decreto ingiuntivo non definitivo alla sentenza non passata in giudicato, dibattito che può dirsi ora definitivamente approdato alla conclusione negativa (Cass. civ. sez. I, 13.8.08 n. 21565), in ragione della natura di norma di carattere eccezionale -perciò insuscettibile di qualsivoglia applicazione analogica- dell'art. 95, co. 3 l.f. (versione 1942) sopra citata (Cass. civ. sez. III, 20.3.06, n. 6098; Cass. civ., sez. I, 1.4.05 n. 6918).

Pertanto, nel caso -concretamente verificatosi nella fattispecie in esame- di dichiarazione di fallimento del debitore ingiunto intervenuta nelle more del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo dallo stesso proposto, il creditore opposto deve partecipare al concorso con gli altri creditori, previa domanda di ammissione al passivo, attesa l'inopponibilità al fallimento di un decreto non ancora definitivo, e perciò privo della indispensabile natura di "sentenza impugnabile". Di conseguenza, la domanda diretta a far valere, nelle forme ordinarie -segnatamente davanti al giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo- una pretesa creditoria soggetta al regime del concorso, va dichiarata inammissibile o improcedibile, siccome proposta secondo un rito diverso da quello previsto come necessario dalla legge, e quindi inidonea a conseguire una pronuncia di merito (Cass. civ. sez. I, 18.5.05, n. 10414; Cass. civ., sez. I, 22.12.05, n. 28481); con l'ulteriore specificazione che si tratta di vizio rilevabile d'ufficio e anche nel giudizio di cassazione, discendendo da norme inderogabilmente dettate a tutela del principio della *par condicio creditorum* (Cass. civ. sez. I, 15.5.01, n. 6659).

Correttamente dunque, nel caso di specie, la domanda coltivata dal creditore ricorrente dinanzi al giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo -nel quale invero si era costituita anche la curatela- è stata ivi dichiarata improcedibile, anche se ciò ha creato una distonia con la decisione dell'allora GD di ammettere il

credito al passivo con riserva, in attesa proprio dell'esito di quel giudizio, invece conclusosi, per le ragioni sopra indicate, in termini di *non liquet*.

E' stato quindi per superare la frizione così ingeneratasi che lo stesso opponente ricorda, in ricorso, di aver presentato istanza per lo scioglimento della suddetta riserva -chiedendo la definitiva ammissione del credito- all'attuale GD, che invece ha rigettato la domanda, con il provvedimento qui opposto del 3.2.09.

C) Occorre a questo punto valutare quale fosse il corretto strumento impugnatorio, tanto dell'originario provvedimento del GD, quanto del successivo provvedimento oggetto della presente opposizione, tenendo sempre presente che si tratta di una procedura soggetta al cd. vecchio rito, in forza di cogenti disposizioni transitorie.

E' ormai *ius receptum* della Corte di Legittimità (v. da ultimo Cass.civ. sez. I, 13.3.09 n. 6198) che, in presenza di una ammissione al passivo fallimentare con riserva di produzione dei documenti giustificativi, l'opposizione allo stato passivo costituisce -nel regime *ante riforma*- l'unico mezzo per conseguire l'eliminazione della riserva, non essendo a tal fine idoneo il mero deposito di documenti nella cancelleria del giudice delegato, o l'invio degli stessi al curatore, in epoca successiva al decreto di esecutività, perchè ciò equivarrebbe ad eludere il controllo degli altri creditori e, di riflesso, l'onere incombente sulla parte di dimostrare il proprio credito in contraddittorio (Cass. civ. sez. I, 19.6.08, n. 16.657; Cass. civ., sez. I, 16.4.03 n. 6010). Diversamente, per il caso dell'ammissione con riserva apposta su un credito condizionato, si è sempre ritenuto sufficiente l'avverarsi della condizione per azionare il meccanismo di scioglimento della riserva. Quanto poi ai crediti portati da sentenza non passata in giudicato, si sono viste sopra, *sub A*), le alternative ermeneutiche praticate.

La peculiarità del caso concreto è rappresentato dal fatto che il provvedimento di ammissione con riserva è stato evidentemente adottato in applicazione estensiva dell'allora vigente art. 95 co. 3 l.f., equiparandosi (come visto in conformità all'orientamento minoritario oggi costantemente disatteso dal Supremo Collegio) il decreto ingiuntivo non definitivo alla sentenza non passata in giudicato; in quella prospettiva, lo scioglimento della riserva era necessariamente subordinato alla decisione di merito nel pendente giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, invece conclusosi -correttamente- in termini di improcedibilità della domanda nei confronti della curatela.

Manca dunque il sostrato -l'evento- cui ancorare lo scioglimento della riserva, senza rischiare di snaturare l'istituto, come avverrebbe se la decisione fosse assunta ora, a distanza di oltre sei anni dalla esecutività dello stato passivo, prescindendo completamente -ma necessariamente- dall'esito di quel giudizio, cui la decisione stessa era stata subordinata.

Resta poi da valutare - come soluzione alternativamente prospettata dall'opponente - la tesi che si sia in realtà in presenza di una cd. riserva atipica, la quale, secondo il prevalente orientamento, deve ritenersi come non apposta, e il credito perciò ammesso puramente e semplicemente (nel caso di specie sin dal 19.11.04, data di esecutività dello stato passivo), senza alcun onere di impugnazione del provvedimento (Cass.civ. sez. I 20.2.04 n. 3397; Cass.civ. sez. I, 2.2.00 n. 7329; Cass.civ., sez. I, 21.11.97 n. 11642), anche se la giurisprudenza di merito, talvolta, ha sostenuto che una simile riserva debba essere comunque rimossa

con l'opposizione, quanto meno nei casi in cui non sia chiaro se essa sia effettivamente una riserva atipica (Trib. Crotone 15.2.99, F.it., 1999, I, 2082; Trib. Roma 26.7.94; *contra* Cass.civ. 19.11.03 n. 17526, Fall., 2004, 1332).

Invero, la tesi appare contraddittoria rispetto alla stessa linea difensiva dell'opponente, il quale - evidentemente- tanto non ha ritenuto la riserva apposta *tamquam non esset* da invocarne egli stesso lo scioglimento, una volta conclusosi (peraltro con esito a lui sfavorevole, in rito nei confronti della curatela, e nel merito nei confronti degli altri opposenti) il giudizio pendente.

In ogni caso, in dottrina e giurisprudenza si è ritenuto che il rapporto sulla eventuale atipicità della riserva ha come termine di paragone soltanto i tipi di riserva contemplati dalla legge, sicchè atipici possono propriamente denominarsi solo quei provvedimenti in cui la riserva attenga a situazioni totalmente diverse da quelle legalmente previste, non anche quelle nei quali oggetto della riserva siano le stesse fattispecie normativamente previste, seppure erroneamente valutate; in altri termini, l'erroneità dell'apposizione di una riserva rientrando nei casi tipici non vale a qualificarla *ex sé* come riserva atipica. In tal senso si è affermato

che "l'ammissione al passivo di un credito con riserva atipica attiene a quei provvedimenti in cui questa fa riferimento a situazioni diverse da quelle previste specificatamente dalla legge, con la conseguenza che: quando la riserva è atipica è *tamquam non esset* e l'ammissione è definitiva; quando la riserva è tipica, anche se inesattamente apposta, implica la proposizione dell'opposizione anche al solo fine di poterla eliminare" (Trib. Monza 25.10.88, Fall., 1989, 913).

Anche di recente, la Suprema Corte ha chiarito che "non si può prescindere dall'opposizione sulla base della pretesa natura atipica della riserva", laddove essa sia così solo erroneamente definita dal ricorrente (Cass.civ. sez. I, 13.3.09 n. 6198).

Su analoga lunghezza d'onda, in tema di interferenza di altri giudizi sull'esercizio del potere del giudice fallimentare di ammissione al passivo -anche se in fattispecie affatto diversa, ma comunque soggetta al r.d. n. 267/1942- il supremo consesso ha sostenuto che, "nel caso in cui sorga controversia sul credito sottratta alla cognizione del giudice fallimentare (perchè quest'ultimo è carente di giurisdizione, o perchè sussiste una competenza inderogabile di altro giudice ordinario), gli organi del fallimento devono considerare il credito assimilabile ai crediti condizionati, e quindi possono ammetterlo con riserva, da sciogliersi dopo la definizione del processo dinanzi al giudice, competente, e in relazione all'esito di tale giudizio. Nè a conclusioni diverse può indurre la circostanza che in realtà detto credito era stato ammesso puramente e semplicemente e non con riserva, perchè tale circostanza mette in discussione non la spettanza, ma il corretto esercizio del potere di ammissione del credito al passivo" (Cass. civ. SS.UU., 16.5.08, n. 12371).

D) Riepilogando:

1) la pendenza del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non avrebbe dovuto essere trattata dal GD come pendenza del giudizio di impugnazione avverso una sentenza di primo grado non ancora passata in giudicato (come ha fatto verosimilmente seguendo l'orientamento minoritario che ammetteva tale

equiparazione), né tantomeno come pendenza di controversia sottratta alla sua cognizione, in entrambi i casi con ammissione con riserva, da sciogliere all'esito del giudizio, come invece è avvenuto;

2) tuttavia, alla luce di tutto sopra premesso, la riserva così apposta appare -piuttosto che atipica- erronea, in quanto conforme al paradigma contemplato dalle norme vigenti in tema di riserva, solo erroneamente applicate (in quanto il GD avrebbe dovuto semplicemente decidere sulla domanda, ammettendola o rigettandola, lasciando che il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo venisse dichiarato -come poi è stato- improcedibile nei confronti della curatela);

3) in questa prospettiva, a fronte di un provvedimento erroneo, il creditore avrebbe dovuto proporre opposizione allo stato passivo *ex art. 98 l.f.*, entro 15 giorni dalla comunicazione del provvedimento -avvenuta in data 19.11.04, con la chiusura dello stato passivo-, per sentire ammettere il proprio credito sulla base della documentazione prodotta in sede fallimentare;

4) in difetto di opposizione, quel provvedimento erroneo -come tale inidoneo ad incidere sullo stato passivo, tanto meno con la pretesa ammissione del credito- si dovrebbe essere cristallizzato, senza possibilità di una successiva rivisitazione all'esito del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, tanto più che quest'ultimo, del tutto legittimamente, non ha avuto alcun esito di merito idoneo (quale supposta condizione) ad incidere sulla formazione dello stato passivo,

5) non pare infatti potersi consentire l'attivazione *a posteriori* del meccanismo dello scioglimento di una riserva contenuta in un provvedimento errato, che invece doveva essere ricondotto a legittimità attraverso gli strumenti impugnatori previsti dall'ordinamento (peraltro all'epoca concessi solo ai creditori, non anche -come ora- al curatore, che non era perciò legittimato a porvi rimedio), consumati i quali ogni ulteriore decisione apparirebbe lesiva della parità di trattamento processuale dei creditori;

6) in effetti, è lo stesso opponente ad affermare -sia pure per contestare la decisione di rigetto assunta dall'attuale GD col provvedimento opposto- che la banca "*correttamente insinuò il proprio credito mediante il deposito della documentazione integrale relativa al rapporto in bade al quale era stata avanzata l'ingiunzione opposta e in forza di detto rapporto di conto corrente (e non del decreto ingiuntivo) richieste l'ammissione del proprio credito al passivo fallimentare*" (comparsa conclusionale, pag. 6); il che, se corrispondente al vero, corroborerebbe ancor più la tesi che quel provvedimento di ammissione "con riserva all'esito del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo" andava subito opposto, per conseguire la definitiva ammissione del credito che invece si reclama solo ora e in questa sede, a distanza di oltre sei anni dal momento in cui era evidente ciò dovesse essere fatto;

7) peraltro, venuta meno la condizione -giuridicamente impossibile- per cui quella riserva era stata assunta (ossia la decisione di merito del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo), il provvedimento del GD qui opposto, piuttosto che uno scioglimento di riserva finisce per rappresentare una valutazione *ex novo* dell'originaria domanda, a distanza di anni dalla chiusura dello stato passivo, senza il contraddittorio incrociato con gli altri creditori e, soprattutto, senza che ricorrano i presupposti in base ai quali la legge consente che le decisioni sullo stato passivo siano assunte al di fuori della fase della verifica propriamente detta;

8) ma, anche a volersi ritenere ammissibile questa sorta di “riapertura” della verifica, con facoltà di ottenere, piuttosto che lo scioglimento di quella erronea riserva, la vera e propria decisione sulla domanda -secondo la tesi più estensiva seguita dall’attuale GD, che, sciogliendo la riserva, ha infatti riesaminato (e rigettato) la domanda, originando la presente opposizione-, il Collegio ritiene che lo strumento impugnatorio non sia l’opposizione a stato passivo ma il reclamo, in analogia a quanto prevede l’art. 88 DPR 602/73 sopra citato, sub A);

9) in effetti, avverso il provvedimento del 3.2.09, comunicatogli il 5.2.09, l’odierno opponente aveva proposto, in data 16.2.09, reclamo ex art. 26 l.f., poi però abbandonato (forse temendone la tardività, rispetto al termine di tre giorni previsto nella stesura della norma ante riforma), così determinando la decisione di “non luogo a provvedere”, sulla quale la curatela opposta ha fondato l’eccezione di consumazione dei poteri di impugnativa e violazione del principio del *ne bis in idem*, ritenendola una declaratoria di improcedibilità per mancata costituzione/comparizione della ricorrente;

10) peraltro, anche il successivo ricorso in opposizione ex art. 98 l.f. (vecchio rito) appare un mezzo impugnatorio -oltre che erroneamente prescelto (verosimilmente confidando sulla attuale ma inapplicabile previsione del termine di giorni 30 ex art. 99 l.f.)- anche tardivo, perché depositato in data 3.3.09, e quindi oltre il termine di 15 giorni dalla comunicazione del provvedimento impugnato, previsto dall’art. 98 l.f., qui applicabile;

11) né, in presenza di una rituale comunicazione integrale del provvedimento, a cura della cancelleria (a mezzo fax), sulla quale lo stesso ricorrente ha ritualmente fondato la proposizione dell’iniziale reclamo ex art. 26 l.f., si vede spazio alcuno per una applicazione analogica (in quanto non espressamente prevista dalla legge fallimentare) dell’art. 327 c.p.c., nel senso che l’opposizione avverso quel provvedimento del 3.2.09 sarebbe stata possibile addirittura fino al 3.2.10, quando dello stesso l’odierno opponente aveva avuto piena conoscenza sin dal 5.2.09.

In conclusione, l’esito della lite -in termini di inammissibilità dell’opposizione- comporta, ai sensi dell’art. 92 c.p.c., la condanna dell’opponente alla rifusione delle spese sostenute dalla curatela, liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, dichiara inammissibile l’opposizione e condanna l’opponente a rifondere alla curatela opposta le spese di lite, che si liquidano in complessivi € 2.500,00, oltre Iva e Cap come per legge.

Sentenza provvisoriamente esecutiva.

Terni, 11.2.2011

IL GIUDICE EST.

IL PRESIDENTE