

LE NOVITÀ DELLA DISCIPLINA DELL'ACCERTAMENTO DELLO STATO PASSIVO A SEGUITO DELLE RECENTI RIFORME DELLA LEGGE FALLIMENTARE – D. LGS. 5/06 E D. LGS. 169/07

Dario Finardi

La novella contenuta nel D. Lgs. 5/06¹ ha mantenuto, in materia di accertamento del passivo, il sistema bifasico di cui al R. D. 16 marzo 1942, n. 267, sistema confermato anche dal correttivo 2007, di cui al D. lgs. 169/07.² Sono, infatti, previste ancora una fase necessaria avanti al G.D., nonché una fase eventuale avanti al Tribunale.

Non mancano, comunque, novità di rilievo con la scelta di distinzione dei ruoli delle parti, creditori istanti, curatore e Giudice delegato.

Prima fra tutte, il legislatore ha voluto limitare la procedura di accertamento dello stato passivo attraverso l'indicazione di alcuni requisiti imprescindibili, in assenza dei quali l'accertamento non avrà luogo.

Si prevede espressamente che il Tribunale (art. 102 l.f.), con decreto motivato da adottarsi prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo (su istanza del curatore depositata almeno 20 giorni prima dell'udienza), disponga di non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo se sia prevedibile la non acquisizione di un attivo sufficiente da distribuire ai creditori che abbiano chiesto l'ammissione, una volta soddisfatti i crediti prededucibili e le spese di procedura.

L'anzidetto provvedimento del Tribunale deve essere emanato secondo quanto analizzato dal curatore in una specifica relazione circa le prospettive della liquidazione, con parere del comitato dei creditori e sentito il fallito.³

¹ Si tratta del d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, recante riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali ai sensi dell'art. 1, comma quinto, l. 14 maggio 2005, n. 80.

² D. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 16 ottobre 2007, n. 241.

³ L'introduzione, ad opera del correttivo 2007, della previsione di un parere del comitato dei creditori e non della mera audizione, come era invece previsto in sede di riforma del 2006, ne ha enfatizzato il ruolo. Si è sottolineato da più parti, un arretramento del ruolo del G.D. e del Tribunale a favore della valorizzazione del comitato, soprattutto a seguito delle modifiche introdotte nel 2007. Tra gli ultimi interventi sul punto, si veda M. Fabiani, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, 9, 226; L. Stanghellini, *Creditori forti e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 377.

Il provvedimento di cui all'art. 102 l.f., dunque, è di competenza del Tribunale ma non implica che la procedura si stia incamminando verso la chiusura. Questa è prevista, ex art. 118, comma primo, n. 4, l.f., solo quando la mancanza di attivo non consenta di soddisfare neppure i creditori concorsuali prededucibili e le spese di procedura.⁴

Il non procedere all'accertamento del passivo, nel senso del *saltum* della prima fase del procedimento, non riguarda, secondo quanto previsto dall'art. 102, comma primo, l.f. i crediti prededucibili (che trovano precisa disciplina nell'art. 52, comma secondo, l.f.,⁵ che richiama a sua volta l'art. 111, comma primo, n. 1, l.f.) crediti che saranno comunque soggetti a verifica.

Anche l'art. 102, comma secondo, l.f., è stato modificato, nel 2007, nel senso di rendere applicabili le disposizioni di cui al primo comma, ove l'insufficiente realizzo dell'attivo risulti in epoca successiva alla verifica dello stato passivo, quindi, presumibilmente, con riferimento alle domande tardive di crediti, mentre nella riforma del 2006 l'emersione dell'insufficienza doveva o avvenire nell'ambito dell'udienza di verifica o delle udienze successive ex art. 16 l.f..

La *ratio* della norma è la medesima che informa l'art. 15, ultimo comma, l.f.. per cui la dichiarazione di fallimento non ha luogo nel caso in cui l'esposizione debitoria complessiva (ammontare debiti scaduti e non pagati) sia inferiore a €30.000,00.⁶ Sia nella riforma del 2006 che in quella del 2007 si registra l'intenzione, da parte del legislatore, di ridurre le dichiarazioni di fallimento, soprattutto al fine di sollevare le sezioni fallimentari dei Tribunali dal carico di lavoro a cui sono state sottoposte negli ultimi decenni con riferimento a procedure concorsuali riguardanti imprese medio – piccole⁷ e, comunque, di ridurre gli adempimenti quando sia

⁴ Accanto a tale ipotesi, l'art. 118 l.f. prevede, ulteriori casi di chiusura della procedura di fallimento:

- quando manchi la proposizione nei termini di domande di ammissione al passivo;
- quando le ripartizioni ai creditori raggiungano l'intero ammontare dei crediti ammessi;
- quando, ovviamente, è compiuta la ripartizione finale dell'attivo.

⁵ L'art. 52 l.f. è stato modificato dal correttivo 2007, che ha introdotto alla norma un terzo comma, in forza del quale i crediti esentati dal divieto di azioni esecutive (es. credito fondiario), devono essere verificati in sede concorsuale.

⁶ L'importo è stato così modificato ed elevato dal correttivo 2007. Il precedente limite, di cui al d. lgs. 5/06 era pari a €25.000,00.

⁷ Si è detto che la ridotta possibilità di accedere al fallimento, se da una parte comporta una maggiore celerità e semplificazione nella gestione della procedura, dall'altro impedisce agli imprenditori non soggetti a fallimento di accedere al concordato preventivo, e rende "velleitario l'istituto dell'esdebitazione e spinge la tutela del credito verso l'esecuzione individuale". Così, M. Fabiani, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, cit..

prevedibile che l'attivo non consenta alcuna suddivisione per i creditori concorsuali.

Lo stesso può dirsi in relazione ai limiti di fallibilità (soglie) introdotti dall'art. 1 l.f.⁸, modificato dal correttivo 2007 che, ai due originari parametri alternativi, ne ha aggiunto un terzo, basato sull'ammontare dei debiti.

Si evidenzia, di conseguenza, una precisa volontà di economicità delle procedure, ribadita, peraltro, dall'art. 118, n. 1, l.f., per il quale, se nel termine stabilito dalla sentenza di fallimento, non sono state proposte domande di ammissione al passivo, il fallimento si chiude.

Il modello di accertamento del passivo proposto è agile, con cognizione sommaria prevalentemente documentale, e salvaguarda, nel contempo, la concorsualità e la posizione di terzietà del G.D., con attribuzione di compiti al curatore quale parte processuale a tutela di un interesse collettivo. Tale ultimo aspetto non può essere tralasciato, poiché la riforma del 2006 espressamente recita che il curatore è "considerato terzo rispetto ai rapporti sostanziali tra debitore e coloro che presentano la domanda di partecipazione al concorso".⁹

Il curatore diviene organo centrale della procedura, con l'attribuzione di funzioni tipicamente gestorie. La conseguenza è la sottrazione al G.D. delle relative incombenze, nonché la mancanza di un cumulo tra funzioni di giurisdizione e amministrazione.

Inoltre, attraverso l'attribuzione al curatore della qualità di parte processuale, ne esce rafforzata la natura contenziosa dell'intero procedimento.

⁸ L'art. 1 l.f. prevede, quali parametri limitativi dell'ambito di operatività delle procedure concorsuali:

- attivo non superiore a € 300.000,00 nei tre esercizi anteriori all'istanza per la dichiarazione di fallimento o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore;
- ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo non superiore a €200.000,00 (nel correttivo scompare la media)
- ammontare del debito, anche non scaduto, non superiore a €500.000,00.

Questo terzo parametro è stato introdotto con il correttivo 2007. Inoltre, si è finalmente risolto il contrasto intervenuto in giurisprudenza successivamente alla riforma entrata in vigore il 16.7.2006, circa il riparto dell'onere probatorio relativo alla prova del possesso dei requisiti di esenzione (che ora devono essere congiunti). La prova incombe sull'imprenditore nei cui confronti è stata depositata l'istanza di fallimento, come precisato con una disposizione di valenza interpretativa ex art. 1, l.f., come modificato dal correttivo 2007.

⁹ Sul tema del ruolo del curatore nel fallimento, si veda C. Ferri, *Gli organi del fallimento.*, in *Fall*, 2006, 1225; D. Finardi, *Legittimazione del curatore fallimentare ad esperire l'azione di riduzione in luogo del fallito pretermesso.*, ivi, 2006, 714; M. Fabiani, *Sulla posizione del curatore nei giudizi concernenti la procedura fallimentare*, 1997.

Rimane ferma, comunque, anche la funzione pubblicistica del curatore, in capo al quale permane la competenza circa la ricostruzione della massa passiva del fallito.

Questo nuovo modello ha richiesto il ridisegno dei compiti del curatore e del G.D., con conseguente ridimensionamento dei poteri di quest'ultimo e accentuazione di quelli del primo, in modo tale che il curatore assuma il ruolo di parte, contraddittore del creditore istante, ma conservi altresì la posizione di terzietà rispetto al rapporto sostanziale posto a fondamento delle domande esaminate.

L'art. 92 l.f. puntualizza il contenuto dell'avviso del curatore ai creditori (previo esame delle scritture contabili o di altre fonti di informazione) a mezzo posta, fax o posta elettronica. Tale comunicazione deve contenere l'avviso circa la possibilità di partecipare al concorso, la data dell'udienza, la data entro la quale vanno presentate le domande di ammissione al passivo nonché ogni utile informazione per agevolare la domanda.

L'art. 93 l.f. disciplina, quindi, le domande di ammissione al passivo, di restituzione o rivendicazione dei beni mobili e immobili da depositare almeno 30 giorni prima dell'udienza di verifica, udienza che, ex art. 16 l.f., deve tenersi nel termine perentorio di 120 gg. dal deposito della sentenza; nel correttivo 2007 è previsto un termine più lungo di 180 gg., nel caso di particolare complessità della procedura.

Il curatore predispose un progetto di stato passivo (art. 95 l.f.), contenente osservazioni circa la fondatezza di ciascuna domanda presentata e con elenchi separati dei creditori e dei titolari di diritti reali su beni immobili e mobili di proprietà del debitore. Detto progetto viene depositato dal curatore nella cancelleria del Tribunale almeno 15 giorni prima dell'udienza.

Nella riforma del 2006, è stabilita, altresì, la possibilità, per i creditori, di presentare osservazioni scritte, e lo stesso può fare il debitore, sino a 5 gg. dalla data della prima udienza di verifica.

I tempi del curatore sono stringenti ma anche i tempi di risposta per i creditori sono strettissimi.

Riepilogando, l'impianto del D. Lgs. 5/06 attualmente in vigore, con le problematiche di diritto intertemporale di cui all'art. 21 del correttivo 2007¹⁰, prevede le seguenti scadenze:

¹⁰ L'art. 21 così recita: "il presente decreto entra in vigore il 1° gennaio 2008. Le disposizioni del presente decreto si applicano ai procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti alla data della sua entrata in vigore, nonché alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore. Gli artt. 7, comma 6, 18, comma 5, 20 e 21 bis, si

a) avviso del curatore ai creditori;

b) almeno 30 giorni prima dell'udienza i creditori devono depositare le proprie domande, con possibilità di integrazioni con documenti entro 15 gg. dall'udienza¹¹;

c) il curatore deposita il progetto di stato passivo almeno 15 giorni prima dell'udienza di verifica e deve avvisare gli interessati dell'avvenuto deposito (l'art. 95 l.f. precisa: i creditori, i titolari di diritti sui beni, il fallito). Questa ulteriore, "onerosa" ed inutile comunicazione, sembra non essere necessaria, visto che comunque entro 15 giorni dall'udienza il curatore deve depositare il progetto di stato passivo. Detta comunicazione può essere contenuta nella lettera ex art. 92 l.f., in assenza di specifica prescrizione di legge.

d) quindi i creditori, i titolari di diritti sui beni e il fallito sino a 5 gg. prima la data dell'udienza di verifica, possono presentare le loro osservazioni scritte sul progetto di stato passivo.

Il curatore ha, altresì, il compito di precisare le proprie conclusioni su ogni domanda presentata, con conseguente obbligo di motivazione in caso di difformità.

Il progetto presuppone un attento esame da parte del curatore di ciascuna domanda e la formulazione, su ciascuna, delle sue motivate conclusioni, eccependo i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione. Il principio *temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, è espressamente regolato dall'art. 95, primo comma, l.f., nel testo del 2006, non modificato dal correttivo 2007.¹² Infatti, in sede di verifica dei crediti, il curatore può eccepire i fatti estintivi, modificati o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione e ciò non vale solo per il periodo successivo all'entrata in vigore della riforma, essendo espressione di un principio già vigente nella struttura della legge fallimentare in precedenza.¹³

applicano anche alle procedure concorsuali pendenti". Sostanzialmente, quindi, le modifiche all'accertamento del passivo si applicheranno ai fallimenti che originino da istanze depositate dal 1.1.2008 o pendenti a tale data, con sostanziale difformità dalla norma di diritto transitorio di cui all'art. 150, d. lgs. 5/06.

¹¹ Così l'art. 93, comma settimo, l.f..

¹² Sul tema si veda R. Conte, *Brevi note sull'eccezione revocatoria nella legge fallimentare tra vecchio e nuovo regime*, in *Fall.*, 2007, 943.

¹³ Ai sensi dell'art. 101, testo previgente, l.f. un creditore può far valere il suo credito anche in via tardiva, senza limiti temporali, finquando non siano state esaurite tutte le ripartizioni

Nella originaria formulazione della norma, antecedente al correttivo 2007, la previsione per cui le conclusioni del curatore nel progetto di stato passivo presuppongono l'esame delle domande e dei documenti alle stesse allegati, appariva di ardua realizzazione, visto che i documenti dimostrativi del credito, ovvero del diritto del terzo che chiede la restituzione o la rivendica del bene potevano essere depositati nello stesso termine di 15 gg., prima dell'udienza di verifica, previsto per il deposito del progetto di stato passivo da parte del curatore.

Si poteva ipotizzare, quindi, che il termine per il deposito del progetto non fosse prescritto a pena di decadenza e che fosse possibile la richiesta di proroga di detto termine, andando a comprimere ulteriormente i 5 gg. per la presentazione delle osservazioni scritte. Il legislatore avrebbe potuto prevedere che, previa istanza al G.D. ed al comitato, fosse consentito il deposito del progetto di stato passivo anche entro 10 gg. prima dell'udienza, rendendo possibile al curatore l'esame dei documenti depositati dai creditori 15 gg. prima dell'esame dello stato passivo.

In questo modo entrambe le parti avrebbero avuto il medesimo termine di 5 gg.; il curatore per esaminare i documenti, i creditori (nonché i titolari di diritti sui beni ed il fallito) per le osservazioni scritte.

Il correttivo 2007 ha modificato questo intreccio di termini, che generava notevoli ed inutili complicazioni.

L'art. 93, comma settimo, l.f., è stato abrogato dal correttivo 2007. Le modifiche introdotte erano sicuramente necessarie e volte a razionalizzare e a chiarire numerosi aspetti. Purtroppo, per la loro introduzione, è stata utilizzata una tecnica "random"¹⁴, certamente non soddisfacente.

dell'attivo fallimentare. Se, correlativamente, senza limiti temporali, non si riconoscesse al curatore il diritto di poter sollevare l'eccezione di revocabilità della prelazione, si costringerebbe, sulla base di un criterio incoerente ed antieconomico, lo stesso curatore a proporre tempestivamente tutte le azioni idonee a far valere l'inefficacia delle prelazioni, anche se riferibili a crediti che potrebbero non formare mai oggetto di domande di ammissione al passivo, e ciò al solo fine di evitare che domande inerenti a crediti, muniti di garanzie revocabili, siano presentate tardivamente, in epoca successiva al decorso del tempo utile per proporre l'azione revocatoria fallimentare, proprio per evitare la proposizione in reazione a tale azione". Così R. Conte, *Brevi note sull'eccezione revocatoria nella legge fallimentare tra vecchio e nuovo regime*, in *Fall.*, 2007, 943.

¹⁴ Espressione, questa, utilizzata efficacemente dal prof. Massimo Montanari in un suo recente intervento dal titolo "L'accertamento del passivo" al convegno di Verona del 5 ottobre 2007, dedicato alla recente riforma del fallimento.

Non vi è più, per il creditore, la possibilità di integrazione documentale (che era sanzionata a pena di decadenza) fino a 15 gg. prima dell'udienza di verifica.

Ma la posizione dei creditori è stata facilitata dall'art. 95, secondo comma, l.f. come modificato dal correttivo 2007, nella parte in cui prevede che i creditori, i titolari di diritti sui beni ed il fallito, possano esaminare il progetto e presentare osservazioni scritte e documenti integrativi fino all'udienza.

Scomparirà per il curatore la comunicazione ai creditori del deposito del progetto (di cui all'art 95, comma secondo della riforma del 2006) e per i creditori, titolari di diritti sui beni ed il fallito la possibilità di presentare osservazioni scritte sino a 5 gg. ed il deposito di documenti integrativi sino a 15 gg. prima dell'udienza di verifica.

Il correttivo 2007 indebolisce la valenza del progetto di stato passivo e delle conclusioni del curatore, ben conscio, quest'ultimo, che osservazioni e documenti integrativi possono essere depositati dai creditori fino all'udienza di verifica.

Posto che il carattere della verifica è giurisdizionale, ovvero quello di un procedimento contenzioso, anche se sommario, sorretto dall'endiade della terzietà - imparzialità del giudicante, ci si domanda quali ruoli potranno svolgere il curatore ed il creditore concorrente se solo all'udienza conosceranno le prove a fondamento della domanda degli altri creditori?¹⁵

Semberebbe, quindi, che il correttivo 2007, in apparenza, risulti più favorevole per i creditori a danno del curatore.

Tuttavia, da un'analisi letterale della normativa, tale affermazione va ribaltata: la parte maggiormente favorita è il curatore.

Dalla lettura dell'art. 93, comma sesto, l.f., si rileva, infatti, che il creditore deve allegare al ricorso per l'ammissione al passivo i documenti dimostrativi del proprio diritto (ovvero il documento dimostrativo del diritto del terzo che chiede la restituzione o la rivendica del bene). Il secondo comma dell'art. 95, l.f., sostituito dal correttivo 2007, precisa poi che le osservazioni scritte e i documenti integrativi possono essere depositati fino all'udienza di verifica. Vi è, quindi, un notevole irrigidimento degli oneri di produzione per i creditori, visto che ora al ricorso devono essere allegati i

¹⁵ Il carattere documentale della verifica è comunque compatibile "all'assunzione di sommarie informazioni o ad atti di istruzione su richiesta delle parti nel rispetto delle esigenze di speditezza del procedimento". Così l'art. 95, comma terzo, l.f., novellato nel 2006 e non modificato dal correttivo 2007.

documenti dimostrativi e costitutivi del credito e, fino all'udienza, solo i documenti integrativi.

In ordine alla posizione del fallito nell'ambito della procedura di accertamento del passivo, il ruolo di tale soggetto nel testo dell'art. 95 l.f. del 1942 era relegato a persona informata sui fatti e quindi come fonte di informazione per il G.D.¹⁶

Conseguentemente, la decisione del G.D. non diveniva opponibile al fallito tornato *in bonis* e non rilevava ai fini della contestazione del credito o dell'accertamento dello stato d'insolvenza nel giudizio di opposizione al fallimento.

Nel vecchio rito fallimentare, prima della riforma del 2006, il ruolo minore del fallito si rivalutava nel passaggio dalla fase necessaria alla fase eventuale di opposizione a cognizione piena, dove l'efficacia della decisione si espandeva anche sul fallito, in quanto la sentenza diveniva opponibile in relazione all'accertamento del credito.

L'art. 95 l.f., nel testo risultante dalla riforma del 2006, prevede che il fallito possa chiedere di essere sentito¹⁷ e che il deposito del progetto di stato passivo sia comunicato anche al fallito, che deve depositare le proprie osservazioni entro 5 gg. dall'udienza.

Il fallito, quindi, assume un ruolo specifico di parte del procedimento anche se *sui generis*.

La riforma del 2006 prevede, inoltre, all'art. 96, ult. comma, l.f., che tutte le decisioni sullo stato passivo sia del G.D. nella fase necessaria – sommaria che del Tribunale in sede di impugnazione, producano effetti solo ai fini del concorso (escluso, quindi, ogni impatto della sentenza del giudizio di opposizione sull'ex fallito tornato *in bonis*).

Mentre in passato l'opposizione allo stato passivo era un giudizio a cognizione piena, con la novella del 2006 diviene una vera e propria impugnazione e, come tale, non può estendere, dunque, i suoi effetti oltre il fallimento.

Ora però, gli effetti per il fallito sono più marcati:

¹⁶ Una recente pronuncia della Cassazione ha confermato la legittimità dell'esclusione all'impugnazione dei crediti ammessi da parte del fallito, esclusione che non si pone in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost.. Così, Cass. 13 settembre 2006, n. 19653, in *Foro it.*, 2007, 1857, con nota di M. Fabiani. La questione non si pone più dopo che il d. lgs. 5/06 ha abrogato l'art. 100 l.f. che prevedeva tale limitazione e tenuto conto che detto articolo ormai non sarà più applicato, visto che le verifiche del passivo dei fallimenti anteriori alla riforma si possono considerare allo stato probabilmente già tutte chiuse.

¹⁷ L'assenza del fallito dal procedimento di accertamento del passivo (nella fase sommaria) ha sempre giustificato la tesi della efficacia esclusivamente endoconcorsuale della decisione del G.D.

1) ai fini dell'esdebitazione ex art. 142 l.f., che richiede "un qualche pagamento" ai creditori concorsuali; quindi, un ulteriore unico credito chirografo che venisse ammesso, potrebbe incidere su tale requisito se, per esempio, i creditori ammessi fossero esclusivamente privilegiati ed andassero ad assorbire l'intero disponibile;

2) l'entità della massa debitoria ammessa al passivo è rilevante in funzione della domanda di concordato fallimentare.

Con il correttivo 2007, l'art. 120 l.f. è stato modificato solo relativamente al primo comma, prevedendosi che "con la chiusura cessano gli affetti del fallimento sul patrimonio del fallito e le conseguenti incapacità personali e decadono gli organi preposti al fallimento".

Non essendosi modificato l'ultimo comma di tale norma, il quale prevede che il provvedimento di ammissione costituisca prova scritta idonea per il procedimento monitorio, una volta che il fallito sia tornato *in bonis*, si pongono problemi di coordinamento rispetto a quanto stabilito dall'art. 96, ult. comma. l.f.. Tale disposizione, infatti, come già detto, sembra prevedere un'efficacia endoprocedimentale delle decisioni in sede di accertamento del passivo. Viceversa, l'art. 120, ult. comma, l.f., consente che il provvedimento di ammissione al passivo rechi con sé un'efficacia esterna alla procedura, suscettibile di assumere rilevanza anche nel procedimento monitorio. Si registra, quindi, un'eventuale antinomia tra le due previsioni.

Le considerazioni relative al ruolo del fallito nell'accertamento del passivo (in particolare in relazione all'art. 95 l.f. novellato), vengono confermate anche dal correttivo 2007, dove non è prevista alcuna comunicazione del deposito del progetto di stato passivo ai creditori ed al fallito, ma agli stessi è consentito, comunque, svolgere osservazioni scritte (e, addirittura, di produrre documenti integrativi) fino all'udienza.

Inoltre, l'art. 99 l.f., modificato dal correttivo 2007, precisa che il ricorso (opposizione, impugnazione, revocazione) non deve essere notificato al fallito entro 10 gg. dalla comunicazione del decreto, come avveniva in precedenza ed il fallito non potrà più chiedere di essere sentito (come persona informata o come parte *sui generis*).

Nella riforma del 2007 non è più previsto, altresì, che il Tribunale o il G.D. debba sentire le parti e quindi anche il fallito, confermando una posizione del fallito totalmente marginale.

Il curatore, inoltre, ha il compito di precisare, nel progetto di stato passivo, le proprie conclusioni su ogni domanda presentata, con conseguente obbligo di motivazione in caso di difformità. È previsto, come già evidenziato, il potere in capo al curatore di opporre al creditore fatti

modificativi, estintivi, impeditivi del diritto azionato, nonché la facoltà di impugnare lo stato passivo.

Il sistema processuale appare caratterizzato, quindi, secondo quanto sopra anticipato, dal reciproco controllo delle attività compiute nel processo e dalla possibilità di far valere le proprie osservazioni e contestazioni nonché di impugnare le decisioni sfavorevoli.

Anche per i creditori è prevista l'attribuzione di poteri tipici.

La domanda di ammissione per la partecipazione al concorso deve essere presentata almeno 30 giorni prima dell'udienza, anche in forma telematica, purché sia possibile fornire la prova della ricezione, presso la Cancelleria del Tribunale, con conseguente assunzione dell'onere della prova, prevalentemente documentale.

La medesima domanda deve contenere alcuni elementi necessari, sicché il ricorso sarà considerato inammissibile laddove sia omissivo, ovvero assolutamente incerto, il procedimento al quale si intenda partecipare, le generalità del creditore, la somma che si voglia insinuare al passivo ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione, con l'indicazione delle ragioni giustificatrici della prelazione, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono le ragioni della domanda, la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione. Nella domanda, secondo il testo della riforma del 2006, il creditore dovrebbe indicare anche la graduazione del diritto di prelazione del credito (grado in cui il credito dovrebbe essere collocato ma che discende, peraltro, dalla legge). Nel correttivo 2007 questo requisito scompare, come non vi è più la necessità per il G.D. di indicare il grado del credito nel provvedimento di ammissione al passivo.

Sono espressione della medesima logica anche i poteri attribuiti al G.D.. Egli accoglie la domanda in tutto o in parte ovvero la respinge, con decreto succintamente motivato laddove ricorra contestazione da parte del curatore sulle domande proposte dai creditori, questo nel testo del 2006.

Peraltro, sul punto, tutti i commentatori erano già concordi, comunque, nel ritenere la necessità di un obbligo di motivazione per il G.D., quando la decisione fosse suscettibile di impugnazione.

Nel correttivo 2007, è stato soppresso il secondo comma dell'art. 96 l.f., nella parte in cui richiedeva una succinta motivazione del decreto, solo in caso di contestazione del curatore sulla domanda.

L'art. 96, comma primo, l.f. così come modificato dal correttivo 2007, risulta semplificato, poiché è sempre necessaria una motivazione, ancorché

succinta, del decreto del G.D., che accolga o dichiari inammissibile in tutto o in parte la domanda avanzata ex art. 93 l.f..

È chiaro, anche in questo caso, l'interesse alla celerità, snellimento e speditezza della procedura.

Il G.D. decide su ciascuna domanda anche in assenza delle parti (si intende del creditore).

Al G.D. è restituita la funzione di organo risolutore delle controversie e riservato il ruolo di controllo sulla mera regolarità della procedura.

Come giudice della cognizione, l'organo giudicante deve rispettare il principio di cui all'art. 112 c.p.c., che esige la corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Egli non può ampliare di propria iniziativa il *thema decidendum*.

Rispetto a quanto previsto per i fallimenti dichiarati sino al 16.7.06, il giudice non è più dotato di poteri inquisitori circa la ricerca del materiale probatorio ma deve formare il proprio convincimento soltanto sui mezzi di prova introdotti dalle parti, né può rilevare fatti modificativi, impeditivi o estintivi (come, ad es., la prescrizione o la revocabilità di una prelazione). Questa attività sarà possibile solo su istanza del curatore o di un creditore concorrente.

Ne deriva un minor spazio per la revocatoria incidentale (di credito o di garanzia in sede di verifica, a meno che la richiesta non provenga dal curatore).

Al termine dell'esame di tutte le domande, il G.D. forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria.

Il G.D. ora non può più, a differenza di quanto avveniva in precedenza, riservarsi la definitiva formazione dello stato passivo fino a 15 gg. dopo che l'adunanza dei creditori avesse esaurito le sue operazioni, ma deve provvedere alla chiusura dell'adunanza, anche al fine di consentire ai creditori ammessi, di procedere alle operazioni di voto per la richiesta di sostituzione del curatore o del comitato dei creditori ai sensi dell'art. 37 bis l.f..

Tale norma risulta modificata anche dal correttivo 2007. Viene precisato, infatti, che, solo a seguito della chiusura dell'adunanza e prima dell'emissione del decreto di esecutività, i creditori presenti, anche per delega, che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi¹⁸, possano effettuare nuove designazioni dei componenti del comitato dei creditori e

¹⁸ La formulazione precedente parlava di "crediti allo stato ammessi" mentre adesso è stato eliminato l'inciso "allo stato".

chiedere la sostituzione del curatore (quindi ai soli creditori concorrenti). Nel correttivo 2007, è stata introdotta, altresì, la novità di una valutazione necessaria e preventiva da parte del Tribunale delle ragioni della richiesta di sostituzione del curatore da parte dei creditori ammessi.

Nel particolare delle singole fattispecie, è possibile che l'importo che il creditore intenda insinuare sia già stato accertato giudizialmente prima del fallimento. Si pone il problema, quindi, di verificare in che modo e con quale valore tale precedente accertamento giudiziale possa essere fatto valere all'interno della procedura concorsuale.

Le fattispecie tipiche sono la sentenza e il decreto ingiuntivo già passati in giudicato.¹⁹ In questo caso, il creditore dovrà far valere il titolo passato in giudicato nell'ambito della concorsualità. Il giudicato coprirà il dedotto ed il deducibile e nell'accertamento passivo, quindi, non si potrà mettere in discussione l'esistenza del credito e/o la validità del titolo. Il curatore potrà, invece, far valere l'inefficacia del titolo ex art. 64 l.f. o la sua revocabilità, che comporta, conseguentemente, un'inefficacia nei confronti dei creditori.²⁰

La verifica è poi necessaria se la condanna portata dal titolo passato in giudicato abbia ad oggetto un credito non pecuniario, per la necessità di conversione, ai fini del concorso, dei crediti non pecuniari in crediti pecuniari.

Nella fattispecie di sentenza non passata in giudicato, invece, il credito va ammesso o il diritto riconosciuto – sempre salva l'inefficacia o la revocabilità del relativo titolo – a meno che il curatore non proponga o prosegua il giudizio d'impugnazione.²¹

Viceversa, laddove il credito risulti da decreto ingiuntivo non passato in giudicato (perché opposto e l'opposizione non sia definitiva) il curatore non

¹⁹ Sul punto, si veda, Cass. 3 settembre 2007, n. 18529, in *Guida al diritto*, 2007, 44, 81. Nella pronuncia si legge che “il decreto ingiuntivo non opposto è provvedimento idoneo ad acquistare, in difetto di opposizione, autorità di cosa giudicata, sia sulla regolarità formale del titolo che sull'esistenza del credito, tanto in ordine all'oggetto che ai soggetti così che la sua efficacia si estende a tutte le questioni relative, impedendo che in un successivo giudizio, avente ad oggetto una domanda fondata sullo stesso rapporto, si proceda a un nuovo esame”.

²⁰ L'inopponibilità alla massa di cui all'art. 64 l.f. (nella specie fideiussione a titolo gratuito prestata dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento) si traduce in un'inefficacia degli atti, che non incide sulla loro esistenza e validità. Pertanto, ai fini dell'esclusione dal passivo, in forza della citata norma, non rileva che la sussistenza e l'ammontare del credito medesimo risultino definitivamente accertati in giudicato formatosi tra le parti di quell'atto. Così Cass. 18 giugno 1990, n. 16126, in *Fall.*, 1991, 33; Cass. 9 marzo 1978 n. 1180, in *Arch. Civ.*, 1978, 743.

²¹ Così è previsto dall'art. 96, comma terzo, n. 3, l.f..

ha alcun onere di proseguire nell'opposizione ed il credito o il diritto saranno esaminati in sede di verifica, in base alla prova del credito diretto, che sarà dimostrata nell'ambito del concorso.²²

Come già rilevato, la decisione del G.D. produce effetti ai soli fini del concorso. Si parla di efficacia di giudicato endofallimentare.

Tale efficacia è ora riconosciuta, come si è precedentemente accertato, dall'art. 96, ultimo comma, l.f. sia per le statuizioni contenute nel decreto di esecutività dello stato passivo, sia per le decisioni assunte dal Tribunale all'esito dei giudizi di cui all'art. 99 l.f..

Dunque, il procedimento di accertamento del passivo è diretto esclusivamente ad individuare, quantificare e graduare i crediti verso il fallito (si ricordi che il diritto di partecipare al riparto spetta solo ai creditori anteriori al fallimento), per cui la revocabilità degli atti compiuti dal debitore trova spazio solo se questi atti comportino la mancata ammissione di un credito o di una garanzia.

Sono esclusi tutti i provvedimenti che possano incrementare l'attivo.²³

Riassumendo, si potrebbe concludere nel senso che il procedimento di accertamento del passivo è e rimane un procedimento sommario, qualificato dal contraddittorio tra creditore, curatore e debitore insolvente, espressione della concorsualità poiché coinvolge tutti i creditori (valuta anche le

²² Sull'opposizione a decreto ingiuntivo e ai rapporti con il fallimento, Cass. 14 settembre 2007, n. 19290, in *Guida al diritto*, 2007, 44, 82. La Suprema corte ha ritenuto che nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo e fallimento del creditore opposto, nei cui confronti sia stata fatta domanda riconvenzionale dall'opponente, non si verifica l'improcedibilità del giudizio di opposizione e la rimessione al giudice del fallimento, dovendo il giudice dell'opposizione trattenere la causa e su questa decidere, disponendo la rimessione della sola riconvenzionale, previa separazione dei due procedimenti e salva la possibilità di sospensione dell'opposizione laddove la riconvenzionale sia pregiudiziale rispetto alla decisione dell'opposizione. Sulla domanda riconvenzionale, fallimento ed accertamento del passivo, Cass. Sez. Unite 10 dicembre 2004, n. 23077, in *Fall.* 2005, 121; Cass. Sez. Unite 12 novembre 2004, n. 21499, ivi, 2005, 121. Sempre sullo stesso tema, si veda, M. Fabiani, *Il risveglio della ragione rende più fluido il rapporto fra l'azione promossa dal curatore e la riconvenzionale proposta dal convenuto*, in *Fall.*, 2005, 530. Dall'inopponibilità al fallimento del decreto ingiuntivo non passato in giudicato la giurisprudenza ha desunto anche l'inopponibilità dell'ipoteca giudiziale iscritta sulla base di ingiunzione provvisoriamente esecutiva. In tal senso Cass., 1 aprile 2005, n. 6918, in *Fall.*, 2006, 250; tale affermazione è stata contestata da autorevole Autore, per il quale "se titolo per l'iscrizione ipotecaria è l'ingiunzione provvisoriamente esecutiva e la conferma del decreto ingiuntivo nel giudizio di opposizione costituisce condizione di stabilità dell'iscrizione ipotecaria, la circostanza che per l'accertamento del credito muti il rito, essendo prescritto quello di verifica dello stato passivo, non dovrebbe influire sull'opponibilità dell'iscrizione ipotecaria, salvo l'applicabilità dell'art. 67 ove alla data del fallimento non sia ancora decorso il semestre dalla data di costituzione della garanzia". Così L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2007, 208 ss..

²³ Cass., 1 agosto 1996, n. 6963, in *Le Società*, 1997, 468.

eccezioni formulate da altri interessati, non solo quelle del curatore o rilevabili d'ufficio) e caratterizzato dalla funzione di terzo esercitata dal giudice.

L'elemento di novità consiste nel fatto che a questo momento qualificante della procedura si perviene mediante un progetto predisposto non più dal G.D., bensì da un soggetto professionale nominato *ad hoc*, consentendo in tal modo che il giudice si riappropri della propria originaria posizione *super partes*.

L'art. 96 l.f., anche nel testo di cui al correttivo 2007, prevede che se le operazioni non si possano esaurire in una sola udienza, il G.D. rinvia la prosecuzione a non più di 8 gg..

Difficile conciliare questo breve termine con il fatto che l'art. 95 l.f., così come modificato dal correttivo 2007, consente la produzione documentale e le osservazioni scritte dei creditori titolari di crediti fino all'udienza di verifica, con ciò rendendo piuttosto fragile la posizione del curatore in udienza, con la necessità di riformulare o modificare il proprio progetto eventualmente in soli 8 gg..

AMMISSIONE CON RISERVA (art. 96, comma terzo, l.f.)

L'ammissione con riserva rappresenta una delle ulteriori novità della riforma del 2006 del diritto fallimentare²⁴.

L'istituto è limitato alle sole ipotesi di crediti condizionali, intesi nell'accezione concorsuale, ovvero con eliminazione dell'anacronistica ammissione con riserva di presentazione di documenti, ovvero quelli che non possono farsi valere contro il fallito se non previa escussione di un obbligato principale (*ex art. 55, ult. comma, l.f.*).

L'ammissione con riserva va disposta:

1. per i crediti condizionali e per quelli che non possono essere fatti valere se non previa escussione di un obbligato principale;
2. per i crediti per i quali la mancata produzione documentale del titolo dipenda da fatto non riferibile al creditore (si ricorda che i documenti giustificativi vanno depositati, nel testo del 2006, a pena di decadenza, almeno 15 gg. prima dell'udienza di verifica); tuttavia, il G.D. può assegnare un diverso termine;
3. per i crediti accertati con sentenza non passata in giudicato, per i quali l'accertamento prosegue, come si è visto, in sede

²⁴ Sul punto non è intervenuto il correttivo 2007, lasciando immutata la formulazione del d. lgs. 5/06.

extraconcorsuale avanti al giudice dell'impugnazione competente secondo le regole ordinarie²⁵.

Allo stato, l'ammissione con riserva non è estesa anche a quelle domande per le quali manchi, al momento dell'accertamento del passivo, il bene oggetto del privilegio speciale.²⁶

Mentre con l'ammissione del credito al passivo il creditore ha diritto di partecipare al riparto, con l'ammissione con riserva, viceversa, vi è solo una valutazione positiva del credito che consente l'accantonamento delle quote di spettanza nelle ripartizioni dell'attivo, ai sensi dell'art. 113, n.1, l.f..

Lo scioglimento della riserva deve intervenire per decreto del G.D., impugnabile ex art. 26 l.f. dai creditori concorrenti o dal creditore escluso dall'ammissione al passivo a seguito dello scioglimento della riserva, ma sul come e sul quando lo scioglimento della riserva venga formalizzato non vi è stato alcun chiarimento da parte del legislatore, neppure con il correttivo 2007.

Infine, ai sensi dell'art. 97 l.f., l'esito del procedimento di accertamento del passivo viene immediatamente comunicato a ciascun creditore, informandolo che può proporre opposizione.

FASE EVENTUALE (artt. 98 e 99 l.f.)

Anche le fasi eventuali dell'opposizione allo stato passivo, dell'impugnazione e della revocazione dei crediti ammessi sono state innovate.

²⁵ Tale credito, dunque, va ammesso con riserva ma se il curatore non impugna il credito viene ammesso semplicemente. L'oggetto della riserva, quindi, è dato dall'esito del giudizio. Prima della riforma la pendenza di accertamento in sede extraconcorsuale giustificava soltanto l'ammissione con riserva dei crediti d'imposta esigibili mediante ruolo per i quali pendesse ricorso avanti alle Commissioni tributarie, mentre per i crediti accertati con sentenza non passata in giudicato era previsto soltanto che "è necessaria l'impugnazione se non si voglia ammettere il credito". Con la riforma si è ritenuto opportuno valorizzare la valutazione positiva sul credito risultante da sentenza non passata in giudicato, dalla quale risulti un grado di probabilità dell'esistenza del credito certamente maggiore di quello dell'iscrizione a ruolo di un credito d'imposta". In tal senso, L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit..

²⁶ Cass. S. Un., 20 dicembre 2001, n. 16060, in *Fall.*, 2002, 416, con nota di M. Fabiani, *Credito con privilegio speciale e acquisizioni del bene*, e in *Giust. Civ. mass.*, 2001, 2188: l'ammissione al passivo fallimentare di un credito in via privilegiata non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, che questi siano già presenti nella massa, non potendosi escludere la loro successiva acquisizione all'attivo fallimentare; ne consegue che a tal fine è sufficiente, in sede di verifica dello stato passivo, l'accertamento dell'esistenza del credito e della correlativa causa di prelazione, dovendosi demandare alla successiva fase del riparto la verifica della sussistenza o meno dei beni stessi.

Quanto all'opposizione, con essa il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili del debitore, contesta che la propria domanda sia stata accolta in parte o sia stata respinta; la medesima, come anche l'impugnazione, deve intervenire entro 30 giorni dalla comunicazione *ex art. 97 l.f.*, termine che, a seguito di dichiarazione di incostituzionalità²⁷, decorre dalla data in cui si riceveva la comunicazione dal curatore circa l'esito della domanda e l'avvenuto deposito in cancelleria dello stato passivo.²⁸

Non è più contemplata l'opposizione dei crediti o dei titolari di diritti reali o personali ammessi con riserva, con la conseguenza che, in caso di ammissione con riserva, il creditore può proporre opposizione solo se abbia richiesto l'ammissione e lamenti l'accoglimento parziale della sua domanda per effetto dell'apposizione della riserva; mentre se non contesti tale apposizione non dovrà né potrà proporre opposizione e dovrà chiedere lo scioglimento della riserva nelle forme previste dall'art. 113 bis l.f. (articolo introdotto con la riforma del 2006 e non mutato dal correttivo 2007).

L'impugnazione, secondo quanto statuisce l'art. 98, comma terzo, l.f. può essere proposta dal creditore o dal curatore o, ancora, dal titolare di diritti su beni mobili o immobili, i quali contestino "che la domanda di un creditore o di altro concorrente sia stata accolta".

Al giudizio, comunque, partecipa anche il curatore, nel caso di impugnazione proposta dagli altri soggetti legittimati.

In tema di impugnazione è possibile rinvenire una delle innovazioni che probabilmente incideranno in maniera determinante sul sistema della vecchia legge fallimentare del 1942; è prevista, infatti, la legittimazione del curatore all'impugnazione dei crediti ammessi, insieme al creditore o al titolare di diritti sui beni mobili o immobili.

Questo appare il logico corollario del mutato ruolo assunto dal curatore nella verifica dello stato passivo.

Non sembrano determinanti, sul punto, le critiche mosse da alcuni circa l'inadeguatezza della previsione, visto che comunque il curatore non è attualmente dotato di poteri decisori.

²⁷ In tal senso Corte Cost., 14 dicembre 1990 n. 538, in *Cons. stato*, 1990, II, 1773; nello stesso senso, Corte cost. 30 aprile 1986, in *Dir. Fall.*, 1987, II, 228. Per la comunicazione è sufficiente la raccomandata con ricevuta di ritorno; così Cass., 17 marzo 2000, n. 3104, in *Giust. Civ. mass.*, 2000, 588.

²⁸ Prevale la tesi che ritiene applicabile al termine per l'opposizione la sospensione feriale dei termini, salvo che l'esenzione dalla sospensione derivi dall'oggetto della controversia. In questa prospettiva non sarebbe soggetta a sospensione dei termini l'opposizione allo stato passivo avente ad oggetto un credito di lavoro. Così, Cass., 1 febbraio 2000, n. 1091, in *Fall.*, 2000, 1272.

Anzi, appaiono meglio garantite le ragioni dei creditori e della massa, superando la subalternità del curatore rispetto al giudice delegato, anche nella fase di accertamento dello stato passivo.

La revocazione può essere chiesta dal curatore, dal creditore e dal titolare di diritti su beni mobili o immobili, quando siano decorsi i termini per l'opposizione o per l'impugnazione non solo contro i provvedimenti di accoglimento – come previsto prima della riforma del 2006 – ma, logicamente, anche contro i provvedimenti di rigetto.

I motivi di revocazione sono :

1. falsità: va riferita alle prove, come quella considerata dall'art. 395, n. 2, c.p.c.. Può concernere sia la prova documentale (costituita) che quella testimoniale (costituenda). Si afferma comunemente che, a differenza di quanto previsto dalla corrispondente norma del codice di rito, non è necessario che le prove siano state anteriormente riconosciute false. La dimostrazione della falsità può essere data nel giudizio di revocazione;

2. dolo: come quello previsto dall'art. 395, n. 1 c.p.c.. Il dolo s'identifica nella messa in opera di espedienti tali da far apparire artificiosa una situazione reale, ingannando gli organi fallimentari con danno della massa dei creditori;

3. errore essenziale di fatto: la nozione di errore è la stessa data dall'art. 395, n. 4 c.p.c. e si configura, secondo quanto affermato dalla Cassazione, come “falsa percezione materiale la quale abbia indotto il giudice a ritenere la sussistenza di un fatto che non esiste o l'inesistenza di un fatto che esiste”. A differenza di quanto previsto dall'art. 394 n. 4, c.p.c., l'errore non deve necessariamente risultare dagli atti della causa.

Anche rispetto alla revocazione sono da sottolineare alcuni aspetti di novità.

Soggetti legittimati a proporla sono il curatore, il creditore, ovvero il titolare di diritti su beni mobili o immobili del debitore, una volta decorsi i termini per la proposizione dell'opposizione e dell'impugnazione, e comunque entro 30 giorni dalla scoperta del fatto o del documento.

Presupposto dell'istanza è che il provvedimento risulti determinato da dolo, errore essenziale di fatto o mancata conoscenza di documenti decisivi che non siano stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile.

La novella del 2006 suscita qualche perplessità, nella parte in cui la norma si limita a stabilire che la comunicazione ex art. 97 l.f. da parte del

curatore (dalla quale decorre la data del *dies a quo*) debba intervenire immediatamente; nulla si dice del termine nel caso in cui il curatore non provveda immediatamente alla comunicazione ai creditori, ovvero ricorra un errore nella medesima. Probabilmente, sul punto sarebbe stato opportuno un maggior approfondimento, attraverso la previsione di un'autonoma fattispecie di responsabilità del curatore, con obbligo di comunicazione, per esempio, entro 30 gg. dal deposito dello stato passivo. Non si registra alcun intervento da parte del correttivo 2007 per questa fattispecie.

Gli errori materiali contenuti nello stato passivo sono corretti dal G.D. su istanza dei creditori o del curatore, sentito il curatore o la parte interessata ex art. 98, ult. comma l.f.. In simili casi, non sarà necessario, di conseguenza, proporre opposizione allo stato passivo.

Anomalo che il G.D. possa sentire o il curatore o la parte interessata. Per un corretto contraddittorio tra le parti, entrambe dovrebbero essere sentite.

L'art. 98 non risulta modificato dal correttivo 2007.

Il giudizio di opposizione si svolge nelle forme dei procedimenti in camera di consiglio.

Il G.D. (che nel sistema vigente è istruttore della causa di opposizione ex art 99 l.f.) che abbia deciso sulla procedura di accertamento dello stato passivo, non può far parte del Collegio che decide dell'impugnazione avverso il provvedimento da lui stesso emesso (ovvero nel caso di revocazione).

La riforma ha accolto pienamente i principi del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione²⁹.

²⁹ Così anche Corte Cost., 23 dicembre 2005, n. 460, in *Foro it.*, 2006. Sul tema la Corte costituzionale, con decisione di rigetto, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99 l.f., nella parte in cui tale disposizione consente al giudice delegato di svolgere le funzioni di giudice istruttore nel giudizio di opposizione a stato passivo. La Corte ha ribadito quanto osservato molti anni prima, con Corte Cost., 18 novembre 1970, n. 158, in *Dir. fall.*, 1971, II, 5, rilevando che la formazione dello stato passivo si caratterizza come una verifica dei crediti effettuata in sede sommaria e con un'opposizione finalizzata sulla base di motivi di impugnazione a raccogliere elementi utili alla decisione del Collegio, sicché non è possibile rilevare alcuna incompatibilità circa la partecipazione al Collegio anche del giudice delegato. La questione è stata riproposta ed estesa alla partecipazione del giudice delegato nei giudizi di opposizione disciplinati dagli artt. 98 e 99 l.f., ma anche in quest'occasione la Corte costituzionale (v. Corte cost., 23 maggio 2001, n. 167, in *Fall.*, 2001, 1084), aveva ritenuto la compatibilità tra attività istruttoria e decisoria del giudizio di opposizione ed attività del giudice delegato per la formazione dello stato passivo, non potendosi in esse riscontrare il contenuto di una medesima valutazione decisoria. La questione di costituzionalità tornava ancora una volta all'esame della Consulta, con Corte Cost., 19 marzo 2002, n. 75, in *Fall.*, 2003, 126, e anche in questo caso la

La nuova previsione, infatti, rispecchia il rinnovato ruolo assunto dal giudice.

Nel rispetto del principio della prevenzione, il giudice, dotato di un vero e proprio potere decisorio e non più soltanto di poteri sommari nell'accertamento dello stato passivo, non può assolutamente partecipare al successivo grado di giudizio, visto che ha già deciso dell'ammissione o meno del credito – diritto nella fase necessaria.

Nel ricorso non sono consentite domande nuove.

Il procedimento subisce diverse modifiche nel testo derivante dal correttivo 2007.³⁰

È ridato spazio al tema delle preclusioni, sia nella fase necessaria che in quella eventuale, anche se le decadenze a carico del curatore sono in parte coperte dalla scomparsa dei termini di 15 gg. per il deposito dei documenti da parte dei creditori ante udienza di verifica.

Gli snodi del procedimento camerale, precisato dall'art. 99 l.f., individuano uno schema tipo della domanda alla prima udienza, valido per tutte le vicende del fallimento e del concordato, anche se le modifiche del

Corte disattende il dubbio di legittimità, ribadendo sia il principio che nessuna innovazione è stata introdotta dalla riforma dell'art. 111 cost., sia la sussistenza di una diversa connotazione della fase sommaria della formazione dello stato passivo rispetto al giudizio di opposizione.

Sulle stesse questioni si veda, altresì, Lo Cascio, *La dichiarazione di fallimento di ufficio e la pretesa illegittimità costituzionale della disciplina normativa*, in *Fall.*, 2003, 1052; Costantino, *Terzietà ed imparzialità del giudice delegato tra giusto processo e prospettive di riforma*, *ivi*, 2003, 126; M. Fabiani, *Giusto processo e ruolo del giudice delegato*, *ivi*, 2002, 265; D. Finardi, *Giusto processo fallimentare: attesa o scelta?*, *ivi*, 2001, 100.

³⁰ Nel procedimento delineato nel testo del 2006, il Presidente del Tribunale o della sezione nomina un relatore e fissa l'udienza per la comparizione della parti.

Il ricorso ed il decreto devono essere notificati almeno 30 gg. prima della data fissata per l'udienza (notifica che va eseguita anche al curatore nonché al fallito).

Possono costituirsi anche i creditori che intendono intervenire nel giudizio.

Non è chiaro tuttavia, come i creditori possano essere a conoscenza del giudizio, visto che non hanno partecipato all'udienza di verifica.

Le parti devono costituirsi in cancelleria almeno 10 gg. prima dell'udienza e non sono consentite domande riconvenzionali; nella medesima memoria di costituzione depositata devono essere contenute anche le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione dei mezzi di prova.

Il Tribunale può disporre l'assunzione di mezzi di prova e può ammettere in tutto o in parte, anche in via provvisoria, le domande non contestate dal curatore o dai creditori intervenuti.

Il Tribunale provvede all'istruttoria, quindi, se non pronuncia in via definitiva, viene pronunciato decreto motivato non reclamabile, comunicato alle parti ed impugnabile in Cassazione entro 30 gg. (vi è l'eliminazione del grado d'appello).

Lo scopo è quello di evitare inutili e costose sentenze con conclusioni conformi, secondo una consuetudine che si è posta in danno dei creditori, sui quali grava la registrazione.

2007 sono limitate dal punto di vista sostanziale rispetto alla riforma del 2006.

Come anticipato, tutti i procedimenti di impugnazione si svolgono secondo il rito camerale.

Le ragioni della scelta sono abbastanza ovvie.

L'elevata efficienza del rito camerale (seppure con alcune incertezze procedurali), la coerenza della natura sommaria e la dettagliata regolamentazione hanno spinto il legislatore della riforma verso tale soluzione.

In particolare, il deposito del ricorso presso la cancelleria del Tribunale deve intervenire entro 30 gg. dalla comunicazione di cui all'art. 97 l.f.³¹ Il ricorso deve indicare il Tribunale, Il G.D. ed il fallimento, ma, chissà perché, non il curatore.

Quanto ai contenuti, il correttivo 2007 prevede, oltre alle generalità dell'impugnante, che nel ricorso vi sia l'elezione di domicilio nel comune ove ha sede il Tribunale che ha dichiarato il fallimento, l'esposizione degli elementi di fatto e di diritto su cui si basa l'impugnazione e le relative conclusioni, nonché, "a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio".³²

Il d. lgs. 169/07 prevede, quindi, che il Presidente, nei 5 gg. successivi al deposito del ricorso, designi il relatore al quale delegare la trattazione del procedimento e fissi con decreto l'udienza di comparizione entro 60 gg. dal deposito del ricorso.³³

Rispetto al 2006, cambiano i parametri per la notifica del ricorso. Quest'ultimo, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, infatti, a cura del ricorrente, al curatore e all'eventuale controinteressato, entro 10 gg. dalla comunicazione del decreto (non c'è discrezionalità quanto al termine per notificare). Nel testo del 2006, viceversa, si prevedeva semplicemente che tra la notifica e l'udienza dovessero trascorrere 30 gg. liberi. Scompare, altresì, la notifica al fallito.

Le parti resistenti devono costituirsi almeno 10 gg. prima dell'udienza, eleggendo domicilio nel comune in cui ha sede il Tribunale competente. La costituzione si effettua con memoria difensiva da depositare in cancelleria, i cui contenuti sono identici a quelli precisati con la riforma del 2006 e cioè, a

³¹ In questo punto, il testo della norma è identico a quanto previsto dal d. lgs. 5/06.

³² Questa parte della norma risulta parzialmente modificata dal correttivo 2007. Il d. lgs. 5/06 stabiliva che vi fosse, nel ricorso, "l'indicazione specifica, a pena di decadenza, dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti".

³³ Quindi tra deposito del ricorso e data dell'udienza devono trascorrere almeno 60 gg..

pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilavabili d'ufficio, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti. L'intervento di qualunque interessato (quindi non solo dei creditori) non può avere luogo oltre il termine stabilito per le parti resistenti e deve avvenire con le modalità previste per queste ultime.

Il G.D. provvede all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori.

Non è più prevista la facoltà per il Tribunale, se necessario, di assumere informazioni, anche d'ufficio, e di autorizzare la produzione di ulteriori documenti.

Inoltre, il fallito non può più chiedere di essere sentito nella fase eventuale.

Il Collegio provvede definitivamente sull'opposizione – impugnazione o revocazione dello stato passivo, con decreto motivato, entro 60 gg. dall'udienza o dalla scadenza del termine eventualmente assegnato per il deposito memorie. Il decreto è comunicato alle parti dalla cancelleria e nei 30 gg. successivi alla comunicazione può essere proposto ricorso per Cassazione, analogamente a quanto previsto nel testo del 2006.

DOMANDE TARDIVE (art. 101 l.f.)

Necessita di qualche breve cenno anche il procedimento di accertamento delle domande tardive.

È bene premettere che le domande si considerano tardive se depositate in cancelleria oltre il termine dei 30 gg. - previsto ordinariamente - prima dell'udienza di verifica ma non oltre quello di 12 mesi (prorogabile eccezionalmente a 18 mesi in caso di particolare complessità della procedura) dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo.

Il procedimento è speculare a quello previsto per le domande tempestive, poiché si svolge nelle stesse forme.

La riforma del 2006 vuole favorire la concentrazione della presentazione delle domande ed evitare che ci siano domande tardive fino all'esaurimento delle ripartizioni. Contemporaneamente, però, viene garantito il contraddittorio incrociato e collettivo che, nella disciplina precedente, era compromesso.

Il meccanismo prevede la fissazione di un termine entro il quale far pervenire le domande e nel rispetto del quale solo queste possono considerarsi tardive. Il termine previsto è ampio al fine di non risultare pregiudizievole per i creditori. Questi ultimi concorrono sulle somme già

distribuite nei limiti dell'art. 112 l.f. (concorso nelle sole ripartizioni posteriori alla loro ammissione, salvo la presenza di cause di prelazione o che il ritardo sia dipeso da cause non imputabili) e hanno diritto di prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni se assistiti da cause di prelazione o se il ritardo è dipeso da cause non imputabili.

La decadenza dal termine fissato dalla norma è giustificata dall'esigenza pubblicistica della concentrazione e dalla necessità di una rapida soluzione della crisi.

Decorso il termine dei 12 / 18 mesi, le domande tardive sono ammissibili solo laddove si provi che il ritardo sia dovuto a causa non imputabile.

Tutte le domande sono poi fatte oggetto di trattazione contestuale, sempre nel preminente interesse di economicità e celerità della procedura. In questo modo è fatto salvo, altresì, il principio del contraddittorio, consentendosi a tutti i creditori di partecipare alla discussione sull'ammissione delle domande tardive.

Il correttivo 2007 prevede in aggiunta a quanto sopra precisato che il G.D. fissi per l'esame delle domande tardive un'udienza ogni quattro mesi, come per i riparti, salvo che sussistano motivi di urgenza.

Questa modifica è preventivamente volta ad evitare che i creditori tardivi possano venire danneggiati dai riparti eventuali, visto che l'udienza per l'esame delle domande tardive, nel testo novellato 2006, sarebbe stata unica e comunque dopo il lungo termine di 12/18 mesi dal deposito dello stato passivo (addirittura 24 o 26 mesi dopo la sentenza dichiarativa di fallimento tenuto conto dell'art. 16, n. 4 l.f.).

Il creditore tardivo si esponeva ad un limbo temporale di almeno 2 anni dalla sentenza di fallimento con il rischio di non partecipare alle ripartizioni nel frattempo disposte. L'iniziativa di fissare plurime udienze per l'esame delle tardive appare quindi meritevole, ma detta iniziativa viene comunque sterilizzata dall'assenza di una specifica disciplina. Entro quale termine il curatore deve comunicare ai creditori la data dell'udienza fissata dal G.D. (avremo almeno 2 udienze l'anno, senza contare l'interruzione feriale) Se poi il curatore deve depositare un progetto di stato passivo per le tardive almeno 15 gg. prima dell'udienza, il curatore rischia di depositare 3 o 4 progetti di stato passivo e di partecipare ad almeno 3- 4 udienze di verifica (con notevole impegno anche del G.D.), in relazione ai vari quadrimestri del periodo (programma quadrimestrale che corrisponde a quello delle ripartizioni quadrimestrali).

Vero che il G.D. potrebbe fissare all'inizio di ogni anno le udienze di verifica delle tardive, dando quindi un congruo preavviso al curatore per le comunicazioni ai creditori e per predisporre i vari progetti delle tardive presentate, depositate entro una certa data, per esempio entro il 31/03 e il 31/07 di ogni anno, con un'udienza di verifica in maggio ed un'altra in ottobre. Tutto questo non è scritto come norma di diritto positivo ma è comunque una proposta operativa facilmente attuabile.

ACCERTAMENTO DEI DIRITTI DEI TERZI (art. 103 l.f.) – RIVENDICA E RESTITUZIONE

Alcuni rapide osservazioni, per concludere, quanto all'accertamento dei diritti dei terzi.

Il procedimento è modellato secondo lo schema della verifica dei crediti, con concentrazione in un'unica sede anche per quanto riguarda le domande restitutorie.

Fondamentale, anche in questo caso, la valenza del principio della concorsualità e del contraddittorio collettivo. Si applica, di conseguenza, l'art. 621 c.p.c., per quanto concerne i limiti alla prova testimoniale.

La medesima procedura è estesa a tutte le categorie di beni, ivi compresi l'azienda e i rami d'azienda.

La domanda da parte del soggetto interessato ha ad oggetto la rivendicazione di beni mobili o immobili.

La riforma del 2006 ha espressamente recepito un'importante novità per la rivendicazione di beni immobili. Prima della novella detta azione seguiva la via ordinaria ex art 24 l.f.. Detta norma prevede la competenza del Tribunale per tutte le controversie che derivano dal fallimento, tra le quali rientra sicuramente anche l'azione di rivendicazione su beni immobili facenti parte della massa fallimentare.

Nelle intenzioni della novella, invece, anche questa ipotesi è ricompresa nella procedura di accertamento dello stato passivo, con conseguente maggiore celerità rispetto all'*iter* attualmente stabilito.

Quest'ultima previsione è frutto di una mutata valutazione del codice civile, nel quale sussiste un'indubbia prevalenza del diritto di proprietà, verso una rinnovata attenzione per l'impresa (quindi anche per i contratti atipici, e per il contratto di leasing).

Nel caso in cui il bene non possa essere restituito, è prevista la regola della conversione del valore del suddetto bene in corrispondente somma di denaro.

Se il curatore perda il possesso della cosa dopo averla acquisita, il titolare del diritto può chiedere che il controvalore del bene sia corrisposto in prededuzione.

Il correttivo 2007 introduce un nuovo secondo comma all'art. 103 l.f., precisando che sono salve le disposizioni dell'art. 1706 c.c., in relazione agli acquisti del mandatario.³⁴

³⁴ L'art. 1706, rubricato "Acquisti del mandatario" prevede che il mandante possa rivendicare i beni mobili acquistati dal mandatario per suo conto ma in nome proprio, ovvero nei casi di mandato senza rappresentanza, salvi i diritti dei terzi acquistati per possesso di buona fede. Nel caso di immobili o mobili registrati, invece, il mandante non può agire direttamente nei confronti dei terzi ma deve chiedere il ritrasferimento del bene al mandatario, salvo, in caso d'inadempimento, la disciplina in materia di obbligo a contrarre.