

QUESTIONI CONTROVERSE IN TEMA DI ACCERTAMENTO DEL PASSIVO DAVANTI AL GIUDICE DELEGATO ¹

Quale Giudice delegato ai fallimenti, mi occuperò principalmente delle problematiche concernenti l'udienza di verifica del passivo. Trattandosi di un tema molto vasto, impossibile da affrontare con una trattazione sistematica in questa sede, mi limiterò ad individuare una serie di profili problematici concernenti l'udienza di verifica dei crediti e a cercare di delineare le possibili soluzioni degli stessi sotto il profilo interpretativo e delle prassi applicative.

A) **IL RINVIO DELL'UDIENZA DI VERIFICA DEI CREDITI.** Il legislatore ha immaginato l'udienza di verifica dei crediti come tendenzialmente unica, nella quale il giudice delegato, *«anche in assenza delle parti, decide su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati»* (art. 95, co. 3, l.f.). La prima domanda da farsi è allora se sia ipotizzabile un rinvio dell'udienza di verifica dei crediti ². La questione, così posta, può apparire banale, ma in realtà ha enormi implicazioni teoriche ed anche pratiche.

1) **Rinvio preliminare dell'udienza antecedente alla sua apertura.** Prima di tutto bisogna chiedersi se è possibile un rinvio preliminare dell'udienza di verifica dei crediti e, quindi, quale soggetto possa chiedere questo rinvio e quando lo stesso possa essere chiesto. È noto infatti, che l'udienza di accertamento del passivo viene fissata con la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 16, n. 4, l.f.); ed è proprio sulla base di tale udienza che le domande dei creditori vengono qualificate tempestive (se depositate in cancelleria trenta giorni prima dell'udienza di verifica del passivo: art. 93, co. 1, l.f.) o tardive (se depositate oltre detto termine, ma entro dodici mesi – e fino a diciotto mesi in caso di proroga – dalla dichiarazione di esecutività dello stato passivo: art. 101, co. 1, l.f.). Possiamo, pertanto, distinguere le seguenti ipotesi:

a) **Rinvio d'ufficio.** Tale tipo di rinvio viene disposto per impedimento del giudice dovuto a qualsiasi ragione. L'udienza non si tiene e viene

¹ Relazione tenuta dal dott. Giacomo Maria Nonno, giudice delegato ai fallimenti presso il Tribunale di Palermo, nell'ambito del Corso di formazione per curatori fallimentari organizzato dal Dipartimento DEMS dell'Università di Palermo in data 22 ottobre 2011.

² Sul tema si veda ampiamente MINUTOLI G. – RAGAGLIA E., *Progetto di stato passivo e udienza di discussione*, in FERRO M. - BASTIA P. - NONNO G.M. (a cura di), *L'accertamento del passivo*, Milano, 2011, 93-106.

dunque differita, d'ufficio, ad altra data. In tale ipotesi ci si chiede se al differimento debba provvedere il tribunale, con decreto collegiale, ovvero il giudice delegato. La prima soluzione sembrerebbe più rispettosa del dato normativo, tenuto conto del fatto che la fissazione dell'udienza è disposta con la sentenza che dichiara il fallimento. Peraltro, è anche vero che, una volta pronunciata la sentenza che dichiara il fallimento, il tribunale si spoglia di ogni potere inerente allo svolgimento della udienza di accertamento del passivo, che si svolge sotto il diretto controllo del giudice delegato. Ne consegue che si può ragionevolmente sostenere che sia quest'ultimo a dovere adottare tutti i provvedimenti ordinatori relativi all'udienza e, dunque, anche quelli relativi al suo rinvio preliminare (oltre quelli relativi al suo rinvio successivo, così come previsto dall'art. 96, co. 3, l.f.). Il decreto di differimento dell'udienza del giudice delegato andrà poi comunicato a tutti i creditori che si sono insinuati al passivo e a tale adempimento dovrà provvedere il curatore.

- b) Rinvio su istanza di parte. Bisogna chiedersi se sia ipotizzabile un rinvio preliminare della prima udienza di verifica del passivo su istanza di una delle parti, ad es. per impossibilità delle stesse a presenziare all'udienza ovvero in ragione del fatto che il curatore non ha tempestivamente depositato il progetto di stato passivo. Pur non essendo, in teoria, da escludere una simile eventualità – in quanto, se è vero che l'udienza di accertamento del passivo si svolge «*anche in assenza delle parti*» (art. 95, co. 3, l.f.)³, è altrettanto vero che le parti hanno diritto di partecipare alla stessa – personalmente sono contrario a consentire questo rinvio fuori udienza (salvi casi eccezionali), gravando il curatore di faticosi oneri di comunicazione. Ciò non significa che, una volta aperta l'udienza, il giudice non possa preliminarmente disporre il rinvio della stessa ad altra data se verificarsi, ad es., che il progetto di stato passivo non sia stato presentato tempestivamente dal curatore,

³ In proposito, a dispetto della opinione largamente maggioritaria (APRILE F. – VELLA P., Sub art. 95 l.f., in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare*, Milano, 2011, 1055, ove ulteriori riferimenti bibliografici) autorevole dottrina non ha mancato di evidenziare che assenza delle parti significa solo assenza dei creditori e non del curatore, la cui presenza sarebbe, dunque, necessaria (BOZZA G., *Il contraddittorio incrociato e l'attività del G.D.*, Fall., 2011, 1083; ID, Sub art. 92-97 l.f., in JORIO A. (diretto da) - FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, 1444).

cosicché i creditori non abbiano potuto visionarlo; ovvero che il giudice possa ritenere valide le ragioni di impossibilità a comparire rassegnate da un creditore con istanza depositata fuori udienza.

È chiaro, peraltro, che il particolare carattere del contraddittorio, cd. incrociato, che si instaura nell'udienza di accertamento del passivo, in cui tutti i creditori sono legittimati, insieme al curatore, a formulare rilievi ed eccezioni alle domande insinuate dagli altri creditori, impone che l'udienza venga rinviata integralmente e che non possano essere rinviate, ad es., le sole domande riguardanti il creditore impedito ovvero quelle non esaminate dal curatore con un progetto di stato passivo parziale.

Non ha, invece, diritto di chiedere il differimento della udienza di verifica il **fallito**, il quale non è parte, ma ha solo la possibilità di presenziare all'udienza al fine di essere sentito. Ovviamente, anche nel caso in cui il rinvio sia disposto su istanza di parte, provvederà il giudice delegato e delle comunicazioni del decreto di differimento verrà incaricato il curatore, non diversamente da quanto accade nel caso di rinvio disposto d'ufficio.

Deve escludersi, a mio parere, che il rinvio preliminare dell'udienza di prima comparizione delle parti possa determinare uno spostamento in avanti del **termine per la proposizione delle domande tempestive**, facendo diventare tempestiva (perché depositata trenta giorni prima della nuova udienza fissata) una domanda originariamente qualificata come tardiva⁴. Inoltre, la circostanza che l'udienza non si è affatto tenuta implica che: i) il curatore potrà depositare *ex novo* (se non l'ha già depositato), modificare o integrare il progetto di stato passivo fino a quindici giorni prima dell'udienza di rinvio; ii) i creditori potranno depositare documenti e formulare eccezioni fino alla nuova udienza fissata, senza incorrere in decadenze.

- 2) **Rinvio preliminare dell'udienza successivo alla sua apertura.** Può accadere, peraltro, che la prima udienza venga in ogni caso tenuta dal giudice dele-

⁴ In senso con forme MINUTOLI G. – RAGAGLIA E., *op. cit.*, 104, ove ulteriori riferimenti dottrinari. *Contra* BOZZA G., *Sub artt. 92-97 lf., cit.*, 1374.

gato e che il rinvio dell'udienza (dell'intera udienza) debba essere effettuato in via preliminare a seguito di uno degli accadimenti che lo possono giustificare (ad es. tardivo deposito dello stato passivo da parte del curatore, astensione dalle udienze degli avvocati ecc.). Anche in tale ipotesi deve ritenersi che, sebbene l'udienza si sia tenuta, l'attività di accertamento del passivo non è formalmente iniziata e, dunque, le conseguenze processuali saranno analoghe a quelle del rinvio dell'udienza senza che la stessa si sia tenuta; con la sola differenza che non vi sarà bisogno di effettuare le comunicazioni alle parti in quanto il decreto di differimento viene pronunciato dal giudice delegato in udienza (arg. *ex art.* 96, co. 3, l.f.; il che rende preferibile, a mio avviso, l'adozione di tale forma di rinvio, ove possibile).

3) **Rinvio dell'udienza successivo all'inizio dell'esame delle domande.** Si tratta dell'ipotesi espressamente contemplata dall'art. 96, co. 3, l.f., il quale prevede un rinvio dell'udienza non superiore a otto giorni, senza altro avviso per gli intervenuti o gli assenti, per il caso in cui le operazioni di accertamento non possano esaurirsi in una sola udienza. Due sole considerazioni in merito, l'una di carattere pratico, l'altra di carattere teorico:

- a) il legislatore ha inteso chiaramente fissare un **termine acceleratorio**, nell'intento di rendere più breve possibile la fase di accertamento del passivo. È evidente, peraltro, che la previsione di un termine di differimento così breve – per la violazione del quale, peraltro, non è possibile ipotizzare alcuna decadenza – costituisce nient'altro che un impraticabile auspicio: il giudice delegato non è in grado di ipotizzare *ex ante* la durata di un'udienza di verifica, calendarizzando i rinvii fin dalla data della sentenza di fallimento e lasciando liberi gli opportuni spazi di udienza da occupare con i rinvii. Una simile gestione del contenzioso fallimentare rischierebbe, del resto, di essere antieconomica;
- b) occorre chiedersi se il rinvio dell'esame della domanda di uno dei creditori comporta lo slittamento all'udienza successiva del termine fissato per il deposito di osservazioni scritte e documenti integrativi di cui all'art. 95, co. 2, cpv. Ed, infatti, interpretando rigorosamente tale disposizione, potrebbe sostenersi che l'udienza cui si fa riferimento è quella fissata per l'accertamento del passivo, indipendentemente dall'eventuale differimento dell'esame della domanda. In altri termini,

i creditori o gli altri interessati potrebbero essere costretti a depositare la **documentazione integrativa e/o le osservazioni scritte** comunque entro la data della udienza di verifica (termine di decadenza fissato dalla norma), indipendentemente dal fatto che la loro domanda venga o meno esaminata, in questo secondo caso provvedendo al loro deposito in cancelleria. Un'interpretazione meno rigorosa del disposto normativo fa, invece, coincidere la decadenza con l'udienza in cui viene effettivamente trattata la domanda: tale interpretazione ha il pregio di semplificare l'onere dei creditori, ma determina la mobilità del termine di decadenza per tutti i creditori, introducendo indubbiamente un'anomalia nell'ambito del cd. contraddittorio incrociato. Certamente, peraltro, il rinvio non riapre il termine per il deposito dei documenti se disposto successivamente all'esame della domanda del creditore⁵, ad es. per consentire al curatore o allo stesso giudice delegato un migliore esame dei documenti e delle eccezioni formulate all'udienza stessa.

B) **IL REGIME DELLE PRECLUSIONI E IL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE.** Quanto or ora riferito in ordine al termine di decadenza per i creditori nel deposito delle osservazioni e dei documenti integrativi impone di prendere in esame il regime delle preclusioni (assertive ed istruttorie) per le parti nell'ambito del procedimento di accertamento del passivo. Tale regime è stato costruito in almeno tre modi differenti, che verranno in questa sede esaminati a partire da quello più rigoroso, cui io ho dato nome facendo riferimento al carattere rigido o mobile delle preclusioni. Naturalmente la terminologia adoperata vuole avere solo un valore descrittivo-mnemonico e nessun effettivo valore dogmatico (essendo sotto tale profilo alquanto discutibile).

1) **Tesi delle preclusioni assertorie e istruttorie "rigide".** Secondo un primo orientamento, il creditore dovrebbe indicare nella domanda di insinuazione al passivo tutti i fatti costitutivi della pretesa nonché i mezzi istruttori offerti a sostegno della domanda. Il curatore, con il progetto di stato passivo, dovrà poi formulare tutte le eccezioni non rilevabili d'ufficio e, dunque, allegare

⁵ *Contra* NARDONE A., Sub art. 95 l.f., in NIGRO A. - SANDULLI M. - SANTORO V., *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 1233.

tutti i fatti modificativi, impeditivi o estintivi del diritto fatto valere in giudizio dal creditore, depositando i documenti a sostegno e, indicando, ove occorra, i mezzi di prova critica. Il creditore istante avrà termine fino all'udienza per formulare le sole eccezioni che si siano rese necessarie in relazione alle eccezioni formulate dal curatore nel progetto di stato passivo nonché per produrre i soli documenti integrativi a quelli prodotti con la domanda di insinuazione, che saranno ammissibili se (e solo se) non potevano essere prodotti in precedenza ovvero si sono resi necessari in relazione alle eccezioni formulate dal curatore. Gli altri interessati, invece, avranno termine fino all'udienza di verifica per formulare le eccezioni di merito non rilevabili d'ufficio e per produrre la documentazione a supporto. All'udienza di verifica il curatore potrà replicare nei soli limiti di quanto ulteriormente dedotto dal creditore istante, senza formulare eccezioni nuove che non siano rilevabili d'ufficio. Analogamente quest'ultimo potrà comportarsi in relazione alle nuove deduzioni dei contro interessati o del curatore. A tale udienza neppure possono essere richieste prove critiche che non siano state precedentemente richieste, se non nei limiti dell'oggetto del processo per come ammissibilmente allargato dalle parti.

- 2) **Tesi delle preclusioni assertorie “rigide” e delle preclusioni istruttorie “mobili”.** Un secondo orientamento, attenua il rigore del precedente, limitandolo alle preclusioni assertorie e non già a quelle istruttorie. Si osserva, infatti, come non vi sia nelle norme la previsione di decadenze per la mancata indicazione dei documenti nell'ambito della domanda di insinuazione, cosicché l'espressione «*documenti integrativi*» prevista dall'art. 95, co. 2, l.f. deve essere intesa in senso ampio; nel senso, cioè, di documenti ulteriori rispetto a quelli prodotti con la domanda introduttiva. Inoltre, le prove costituenti possono essere chieste fino all'udienza di verifica ad opera di tutte le parti. Naturalmente, una maggiore larghezza nella produzione di documenti integrativi comporterà inevitabilmente anche una maggiore possibilità, per le controparti, di formulare eccezioni prima non proposte, che si sono rese necessarie in relazione a tali nuovi documenti prodotti. Tale visione più permissiva, che ha trovato numerosi sostenitori in dottrina ⁶, viene giustificata

⁶ MINUTOLI G. – RAGAGLIA E., *op. cit.*, 104; PAGNI I., *La formazione dello stato passivo: il ruolo del curatore e del giudice delega-*

essenzialmente con il rilievo che nella fase dell'opposizione allo stato passivo è oggi consentita la proposizione di nuovi mezzi istruttori non dedotti nella fase di accertamento del passivo ⁷.

- 3) **Tesi delle preclusioni assertorie ed istruttorie “mobili”**. Infine, un terzo orientamento muove dalla considerazione che la legge fallimentare non pone rigide decadenze nemmeno per il curatore e che l'unica effettiva barriera preclusiva, sia assertoria sia istruttoria, è costituita dall'udienza di verifica dei crediti. Conseguentemente il curatore ha certamente l'onere di depositare il progetto di stato passivo quindici giorni prima dell'udienza di verifica, ma tale onere non è assistito da nessuna decadenza formale, ma soltanto dalla sua eventuale responsabilità nei confronti degli altri organi della procedura. Egli potrà, dunque, modificare le conclusioni adottate anche all'udienza, laddove potrà proporre nuove eccezioni di merito, produrre documenti e chiedere l'assunzione di mezzi istruttori analogamente a quanto possono fare le altre parti del contraddittorio incrociato. Ciò comporterà la possibilità, per le altre parti, di formulare nuove eccezioni o dedurre nuove prove (in relazione alle eccezioni e alle prove che le controparti hanno articolato in udienza), con conseguente necessità, da parte del giudice delegato di assegnare termini e concedere rinvii. La scansione processuale si rivelerà, in tale ipotesi, inevitabilmente dilatata, atteso che l'unico limite alla modifica delle domande e delle conclusioni delle parti è quello della formulazione di una domanda completamente nuova rispetto a quella originariamente proposta ⁸.

Quale che sia la tesi preferibile tra quelle sopra sommariamente descritte, è certo che le **prove costituenti**, che possono essere utilizzate nel procedimento di accertamento del passivo sono le stesse che trovano ingresso nel giudizio ordinario, con il solo **limite della compatibilità con le esigenze di celerità del procedimento**. Ciò non significa, ad es., che la prova testimoniale sia di per sé incompatibile con il procedimento di verifica dei crediti, ma sarà sicuramente incompatibile una prova che comporta l'assunzione di un notevole numero di testimoni o che sia verosimilmente destinata ad impegnare il giudice delegato per una notevole quantità di tempo, in considera-

to, in JORIO A. (diretto da) - FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, 2010, 363.

⁷ FERRI C., *Le eccezioni e le prove*, *Fall.*, 2011, 1077.

⁸ Sulla dilatazione dell'udienza di accertamento del passivo conseguente all'adesione a tale orientamento si veda APRILE F. – VELLA

zione della sua difficoltà.

Con riferimento, invece, alle **prove documentali**, vale la pena fare riferimento in questa sede a quell'orientamento da ultimo espresso dalla Suprema Corte, secondo il quale il creditore che intende insinuare al passivo fallimentare un credito deve fornire la prova dei fatti costitutivi della propria pretesa, tra questi rientrando anche la circostanza che il credito sia anteriore alla dichiarazione di fallimento. Ciò implica che quando il creditore intende fornire la prova dell'esistenza del suo credito sulla base di una scrittura privata, la stessa deve avere data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento e tale circostanza deve essere rilevata d'ufficio dal giudice delegato, indipendentemente da qualsiasi eccezione formalmente proposta dal curatore ovvero dagli altri controinteressati⁹.

Infine, appare utile soffermarsi brevemente sul cd. **principio di non contestazione**, il quale è oggi pacificamente ritenuto espressione di un principio di carattere generale codificato dall'art. 115, co. 1, c.p.c. («(...) *il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita*»).

Com'è noto, il principio di non contestazione opera sul piano della prova e serve a rendere più agevole l'onere probatorio gravante sulle parti, esonerandole dal provare quei fatti che non sono oggetto di specifica contestazione ad opera della controparte. Peraltro, perché lo stesso possa applicarsi è necessario che la controparte sia costituita e, dunque, che non si proceda in sua contumacia. Ciò non toglie che il giudice possa comunque ritenere il fatto non contestato non provato, argomentando *a contrario* dal complessivo materiale probatorio acquisito agli atti del processo.

Fatte queste sommarie considerazioni di carattere generale sul principio di non contestazione, ritengo che, sebbene l'art. 115 c.p.c. contenga una previsione astrattamente applicabile ad ogni processo di natura contenziosa, la stessa non è compatibile con il procedimento di accertamento del passivo: non tanto perché il curatore non ha la disponibilità del diritto controverso

P., *op. cit.*, 1056.

⁹ Cass. 8 novembre 2010, n. 22711, *Mass. CED*, Rv. 614636; Cass. 14 ottobre 2010, n. 21251, *Mass. CED*, Rv. 614590. In senso conforme, APRILE F. – VELLA P., *op. cit.*, 1053.

(invero, operando il principio sul piano dell'onere della prova, il curatore – il quale mantiene pur sempre la possibilità di transigere le varie posizioni – non sarebbe chiamato a disporre del diritto, ma si limiterebbe a prendere posizione su circostanze di fatto che, peraltro, non egli non conosce, non essendo parte del rapporto sostanziale fatto valere), quanto perché la verifica dei crediti è un procedimento contenzioso con caratteristiche del tutto particolari. Ed invero ¹⁰:

- a) la posizione del curatore in sede di verifica dei crediti non è avvicinata a quella di una parte costituita ed il principio di non contestazione opera solo nel caso in cui entrambe le parti sono costituite;
- b) il giudice delegato decide «*nei limiti*» e non «*secondo*» le conclusioni delle parti, cosicché potrebbe ritenere il fatto non provato anche in assenza di contestazioni ma in difetto di assolvimento, da parte del creditore, dell'onere probatorio sullo stesso gravante;
- c) il curatore non ha l'onere di prendere posizione specifica sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della propria domanda, a differenza del convenuto, secondo quanto previsto dagli artt. 167 e 416 c.p.c.; analogamente non sussiste un onere del ricorrente di esporre dettagliatamente i fatti posti a fondamento della propria domanda, essendo sufficiente una loro succinta esposizione *ex art. 93, co. 3, n. 3, l.f.*;
- d) la particolare struttura del contraddittorio incrociato in sede di accertamento del passivo implica che il curatore non è l'unico soggetto legittimato a contestare le pretese del ricorrente, potendo farlo anche gli altri creditori concorrenti ¹¹;
- e) nel procedimento di accertamento del passivo mancano le scansioni processuali proprie del processo civile ordinario, destinate all'introduzione di nuove prove, che ben giustificano il potere dispositivo della controparte di rinunciare alla contestazione entro termini predeterminabili.

C) LA DECISIONE DEL GIUDICE DELEGATO. Ulteriore questione di un qualche inte-

¹⁰ Cfr. VELLA P. – GUERNELLI M. – PICCININI C., *La decisione del giudice delegato e la formazione dello stato passivo*, in FERRO M. - BASTIA P. - NONNO G.M. (a cura di), *L'accertamento del passivo*, Milano, 2011, 132-133; BOZZA G., *Il contraddittorio incrociato...*, *cit.*, 1086-1089. Per una possibile operatività del principio anche in sede di accertamento del passivo, purché alla non contestazione del curatore concorra la non contestazione anche degli altri creditori si veda, invece, FERRI C., *Le eccezioni e le prove, cit.*, 1078-1079.

¹¹ PAGNI I., *La formazione dello stato passivo...*, *cit.*, 368.

resse è quella riconnessa all'onere di motivazione che ha il giudice delegato. L'art. 96, co. 1, l.f. afferma che il giudice delegato decide con decreto «*succintamente motivato*». Sembra così essersi affermato – attraverso un percorso che va dalla sua necessità solo in caso di esclusione del credito (art. 95 r.d. n. 267/1942) all'obbligo di succinta motivazione anche in caso di contestazione da parte del curatore (art. 96, co. 1, l.f. per come modificato dal d.lgs. n. 5/2006) – l'obbligo in ogni caso della motivazione, sia pure succinta, forse più conforme alla previsione dell'art. 111, co. 6, Cost. sul giusto processo ¹².

Peraltro, tale obbligo non sembra essere incompatibile con la cd. **motivazione per relationem**, che si ha allorché il giudice delegato fa riferimento alle considerazioni esposte dalle parti nelle rispettive difese e, soprattutto, al progetto di stato passivo del curatore. L'accortezza dovrebbe essere quella di riportare le considerazioni delle parti a verbale, in modo che la motivazione del giudice delegato assunta *per relationem* possa poi essere controllabile nella successiva eventuale fase di impugnazione ¹³.

Si dubita, in ogni caso, che l'**assoluta mancanza di motivazione** costituisca un autonomo vizio del provvedimento del giudice delegato, in grado di inficiarlo di nullità. Invero, è sempre possibile al tribunale adito in sede di opposizione sostituire la motivazione mancante o insufficiente ¹⁴.

Da escludersi, invece, è la possibilità, concessa dal vecchio rito al giudice delegato, di **riservarsi il deposito dello stato passivo**. La formazione dello stato passivo all'esito dell'udienza di verifica rimane un atto del giudice delegato; tuttavia la legge non prevede più la possibilità, per il giudice delegato, una volta chiusa la verifica, di riservarsi il deposito dello stato passivo. Ne deriva che, in casi di particolare complessità, per la presenza di una molteplicità di creditori, il giudice delegato non potrà che utilizzare la previsione dell'art. 96, co. 3, l.f. e rinviare l'udienza di verifica al solo fine di depositare lo stato passivo e dichiararne contestualmente l'esecutività. D'altra parte, dalla dichiarazione di esecutività dello stato passivo decorre il termine annuale (prorogabile fino a diciotto mesi) per il deposito delle domande tardive; con la conseguenza che appare

¹² VELLA P. – GUERNELLI M. – PICCININI C., *op. cit.*, 125-126.

¹³ Si veda, ancora, VELLA P. – GUERNELLI M. – PICCININI C., *op. cit.*, 126-127, ove ulteriori riferimenti in dottrina; APRILE F. – VELLA P., *Sub art. 96 l.f.*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare*, Milano, 2011, 1064-1065.

¹⁴ Trib. Vicenza 21 maggio 2008, *Fall.*, 2009, 609.

quanto mai importante fissare con certezza tale data nei confronti dell'intero ceto creditorio.

D) **LA RINUNCIA ALLA DOMANDA DI INSINUAZIONE AL PASSIVO.** Pronunciando sulla domanda del creditore proposta ai sensi dell'art. 93 l.f., il giudice delegato la accoglie, in tutto in parte, ovvero la respinge o la dichiara inammissibile (art. 96, co. 1, l.f.). La domanda dichiarata inammissibile, continua il co. 1 dell'art. 96, può essere riproposta come tardiva.

Orbene, accade spesso che il creditore si rende conto solo dopo il deposito del progetto di stato passivo del curatore in Cancelleria che la propria domanda non potrà essere accolta, ad es. perché carente della documentazione necessaria e perché tale documentazione non è attualmente nella propria disponibilità. Ci si chiede allora se il creditore può rinunciare alla domanda di insinuazione allo stato passivo per riproporla successivamente come tardiva e, in caso affermativo, se tale rinuncia necessiti dell'accettazione del curatore o degli altri creditori o di entrambi; infine, ci si chiede quale provvedimento dovrà prendere il giudice delegato sulla domanda rinunciata.

Personalmente non vedo alcuna valida ragione per non ritenere possibile una rinuncia alla propria domanda da parte del creditore istante, non solo prima dell'inizio del suo esame, ma anche allorquando l'esame della domanda sia stato iniziato da parte del giudice delegato. Né mi sembra necessario che tale rinuncia abbisogni dell'accettazione del curatore e/o degli altri creditori. Ragionare in questo senso significherebbe equiparare il contraddittorio incrociato che si sviluppa nell'ambito dell'accertamento del passivo, laddove la presenza delle parti (ed anche del curatore) è solo eventuale, ad un vero e proprio giudizio contenzioso ordinario, richiedendo pertanto una sorta di provvedimento equiparabile a quello previsto dall'art. 306 c.p.c.¹⁵.

Il provvedimento che adotterà il giudice delegato sarà, pertanto, un decreto di non luogo a provvedere sulla domanda: il che, da un lato, induce a comprendere come l'elencazione contenuta dall'art. 96, co. 1, l.f. non possa ritenersi tassativa; e, dall'altro, implica per il creditore la possibilità di riproporre la medesima domanda in sede tardiva, ove siano ancora pendenti i termini per la proposizione di tale domanda.

¹⁵ Cfr. VELLA P. – GUERNELLI M. – PICCININI C., *op. cit.*, 119.

- E) **L'AMMISSIONE CON RISERVA**. Tra i provvedimenti che il giudice delegato può assumere all'udienza di verifica occupa un posto di particolare importanza la cd. **ammissione con riserva**, che con la riforma ha trovato una regolamentazione dettagliata all'art. 96, co. 2, l.f. È prevista l'ammissione al passivo con riserva ¹⁶:
- 1) dei **crediti sottoposti a condizione**, vale a dire quelli condizionati in senso stretto e quelli che non possono farsi valere se non previa escussione di un obbligato principale *ex art. 55, co. 3, l.f.* ¹⁷;
 - 2) dei **crediti per i quali la mancata produzione del titolo dipende da fatto non imputabile al creditore** (e perciò non allegato nella domanda di insinuazione, né prodotto o acquisito all'udienza di verifica), salvo che la produzione non avvenga entro il termine assegnato dal giudice delegato;
 - 3) dei **crediti** (o degli altri diritti reali o personali) **accertati con sentenza non definitiva** (e perciò ancora impugnabile dal curatore nella sua sede processuale) **opponibile al fallimento**;
 - 4) nei **casi espressamente stabiliti dalla legge** ¹⁸.

Tenuto conto delle altre ipotesi previste dalla legge, l'elencazione deve ritenersi tassativa, cosicché non sono ammissibili le cd. **riserve atipiche**, le quali, ove apposte, sono inefficaci; con la conseguenza che l'ammissione deve intendersi pura e semplice ¹⁹.

Differentemente che in passato, lo scioglimento della riserva non avviene a mezzo dello strumento dell'opposizione allo stato passivo, ma è stato previsto dall'**art. 113-bis l.f.** un apposito procedimento: 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 con apposito decreto lo stato passivo, disponendo la definitiva ammissione (del credito o del privilegio).

Controverso è, poi, il **rimedio impugnatorio** da adottare avverso il decreto del giudice delegato di scioglimento della riserva *ex art. 113-bis l.f.*: secondo alcuni,

¹⁶ Cfr. APRILE F. – VELLA P., Sub *art. 96 l.f., cit.*, 1065.

¹⁷ Per un'ampia casistica si veda LIMITONE G., *Ammissione con riserva (ante riforma)*, in FERRO M. (a cura di), *Le insinuazioni al passivo*, III, Milano, 2010, 41-49; CELENTANO P. – MONTELEONE M. – CULTRERA M.R., *L'ammissione con riserva e il suo scioglimento*, in FERRO M. - BASTIA P. - NONNO G.M. (a cura di), *L'accertamento del passivo*, Milano, 2011, 164-165, propone di accogliere una concezione ampia di credito condizionato, facendo rientrare nella categoria tutti i crediti la cui partecipazione al concorso dipenda da un evento futuro ed incerto, purché si tratti di crediti già venuti ad esistenza e, dunque, con l'esclusione dei crediti futuri e/o eventuali. Solo così è possibile far rientrare nell'ambito della disciplina dell'ammissione con riserva, ad es., il credito che non può essere fatto valere nei confronti del fallito se non ne sia stato chiesto prima l'adempimento ad un obbligato principale, essendo stabilito in favore del fallito il cd. *beneficium ordinis*; ovvero il credito di chi abbia acquistato dal fallito *pro solvendo* un credito non soddisfatto poi dal debitore ceduto.

¹⁸ Può citarsi, ad es., l'ipotesi prevista dall'art. 88 d.P.R. n. 602/1973, il quale prevede lo scioglimento della riserva sul credito insinuato dall'agente per la riscossione.

¹⁹ Cass. 20 febbraio 2004, n. 3397, *Fall.*, 2005, 12. CELENTANO P. – MONTELEONE M. – CULTRERA M.R., *op. cit.*, 153; APRILE

incidendo il decreto sullo stato passivo, il provvedimento del giudice delegato dovrebbe essere impugnato con il rimedio dell'opposizione allo stato passivo *ex art. 98 l.f.*; secondo altri, invece, trattandosi di un provvedimento in cui il giudice delegato non ha rilevanti margini di scelta in ordine al provvedimento da adottare, dovendo limitarsi a stabilire se si è verificato l'evento che ha determinato l'accoglimento della domanda con riserva, il rimedio impugnatorio è il reclamo *ex art. 26 l.f.*, potendo, invece, essere proposta l'opposizione *ex art. 98 l.f.* avverso il provvedimento di ammissione con riserva²⁰.

Il tema dell'ammissione con riserva pone innumerevoli questioni problematiche, spesso di difficile soluzione. Ve ne propongo due, di notevole rilevanza pratica.

1) L'interpretazione della disposizione dell'**art. 96, co. 2, n. 2, l.f.**, laddove si fa riferimento all'ammissione con riserva dei 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. La previsione sembra consentire al giudice delegato, all'udienza di verifica, la concessione di un termine entro il quale il creditore possa produrre i documenti necessari per ottenere l'ammissione pura e semplice; e, verosimilmente, si potrebbe anche convenire con quell'autorevole opinione per cui la norma è espressione di un difetto di coordinamento nel passaggio tra la riforma del 2006 e quella del 2007: invero, mentre con la riforma introdotta dal d.lgs. n. 5/2006 era previsto un termine per la produzione di documenti fino a quindici giorni prima dell'udienza di verifica, termine coincidente con il deposito del progetto di stato passivo, oggi che il d.lgs. n. 169/2007 ha spostato questo termine in avanti, fino all'udienza di verifica dei crediti, viene meno l'esigenza di chiedere un termine per la produzione di documenti²¹.

Peraltro, la norma è rimasta immutata a seguito dell'entrata in vigore del decreto correttivo ed è, dunque, necessario dare alla stessa un significato plausibile. Le interpretazioni date in dottrina sono le più varie, ma in questa sede ci possiamo limitare a quelle due che sembrano le più plausibili.

a) A seguito della domanda di ammissione al passivo e del progetto di

F. – VELLA P., Sub *art. 96 l.f.*, *cit.*, 1065.

²⁰ Cfr. CELENTANO P. – MONTELEONE M. – CULTRERA M.R., *op. cit.*, 174-175, secondo il quale i due rimedi potrebbero anche cumularsi: opposizione allo stato passivo in caso di definitiva ammissione o esclusione del credito; reclamo in caso di provvedimento interlocutorio del giudice delegato (che, ad es., affermi che l'evento dedotto in condizione non si è verificato, anche se può ancora verificarsi).

²¹ BOZZA G., *Il contraddittorio incrociato...*, *cit.*, 1090-1091. Questo autore conclude, infatti, per la assoluta inutilità della norma in pa-

stato passivo depositato dal curatore, il creditore deduce che la mancata produzione di uno o più documenti giustificativi – specificamente indicati in ricorso o a verbale d’udienza ²²– del credito non è a lui imputabile e chiede al giudice un termine per la loro produzione. A questo punto il giudice delegato valuterà se concedere il detto termine, disponendo necessariamente un rinvio dell’intera udienza di accertamento del passivo, ovvero se ammettere il credito con riserva. Naturalmente, la decisione del giudice delegato risulterà il più delle volte condizionata dalla necessità di dovere rinviare o meno l’udienza per altra causa. Se si osserva che, avendo il legislatore previsto un’udienza di verifica dei crediti tendenzialmente unica, il limite di tale opzione interpretativa sta proprio nella necessità di dovere fissare altra udienza.

- b) La mancanza dei documenti giustificativi per causa non imputabile al creditore determinerà l’ammissione del credito con riserva, da sciogliersi secondo il procedimento previsto dall’art. 113-*bis* l.f., ovvero secondo un diverso ed alternativo procedimento che implica la concessione, da parte del giudice delegato, di un termine (successivo all’ammissione del credito) entro il quale dovrà essere prodotto il titolo da cui dipende lo scioglimento della riserva. La tesi ha il pregio di accelerare il meccanismo di scioglimento della riserva, soprattutto qualora si ritenga che la riserva debba essere sciolta alla scadenza del termine ²³, ma cozza con il disposto dell’art. 113-*bis* l.f., che sembrerebbe applicabile ad ogni tipo di riserva.

Tutto sommato, la mia preferenza va alla prima tesi, forse più agile e aderente al dettato normativo, tenendo anche in considerazione che difficilmente le udienze di verifica dei crediti possono risolversi in una sola udienza, soprattutto quando si ha a che fare con fallimenti di complessità medio-alta.

- 2) La seconda questione problematica riguarda il disposto di cui all’**art. 96, co. 2, n. 3, l.f.**, relativo alla possibilità di ammettere con riserva i crediti accertati con sentenza non definitiva. Ci si chiede cosa accade se, prima della di-

rola.

²² APRILE F. – VELLA P., Sub *art. 96 l.f., cit.*, 1066.

²³ CELENTANO P. – MONTELEONE M. – CULTRERA M.R., *op. cit.*, 170.

chiarazione di fallimento, sia stato chiesto nei confronti dell'imprenditore fallito **l'accertamento di un credito e la domanda sia stata rigettata (in tutto o in parte) con sentenza non definitiva, per cui pende impugnazione proposta nei confronti del curatore**. Il credito insinuato al passivo dal creditore va ammesso con riserva in applicazione analogica del disposto di cui alla richiamata norma ovvero la relativa domanda va rigettata? Ebbene, ove il giudice delegato non ritenga di ammettere il credito puramente e semplicemente, la recente giurisprudenza della Suprema Corte ritiene, condivisibilmente, di dovere applicare anche in questa ipotesi l'istituto dell'ammissione con riserva²⁴. L'opinione della grande maggioranza dei giudici di merito non sembra, peraltro, andare nel senso indicato dalla Corte di Cassazione.

- F) **LA DOMANDA CD. ULTRATARDIVA**. Si è già detto che l'art. 101, co. 1, l.f. stabilisce che sono considerate tardive «*le domande di ammissione al passivo di un credito, di restituzione e rivendicazione di beni mobili e immobili, depositate in cancelleria oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica dello stato passivo (...)*». Ne deriva che la definizione di tardività delle domande di ammissione al passivo è ancorata, in via preventiva, al termine stabilito dalla sentenza dichiarativa di fallimento per l'«*adunanza in cui si procederà all'esame dello stato passivo*» (art. 16, co. 1, n. 4, l.f.). Si tratta di un termine rigido e precostituito, nel senso che non è più, come in passato, legato al corso della verifica ordinaria, alla sua chiusura ed alla pronuncia del decreto di esecutività del giudice delegato²⁵.

La nuova legge fallimentare dispone in modo che l'esame delle domande tardive sia in tutto analogo all'esame delle domande tempestive. Ne deriva che appare più opportuno soffermarsi in questa sede sulla cd. domanda "ultratardiva" (art. 101, ult. co., l.f.), che invece pone problematiche di maggiore interesse.

Vengono normalmente conosciute con il nome di **domande "ultratardive"** o "supertardive" quelle domande depositate oltre il termine di dodici mesi (even-

²⁴ Cass. 1 giugno 2005, n. 11692, *Dir. pr. lav.*, 2006, 301. CELENTANO P. – MONTELEONE M. – CULTRERA M.R., *op.cit.*, 158, laddove ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

²⁵ Cfr. MONTELEONE M. – NONNO G.M. – FILOCAMO F. – CULTRERA M.R., *Le domande tardive ed ultratardive*, in FERRO M. - BASTIA P. - NONNO G.M. (a cura di), *L'accertamento del passivo*, Milano, 2011, 391, laddove ulteriori riferimenti dottrinali. *Contra* NARDECCHIA G.B., *Sub art. 101 l.f.*, in FERRO M. (a cura di), *La legge fallimentare*, Milano, 2011, 1120-1121, il quale distingue l'ipotesi di rinvio preliminare dell'udienza, senza inizio delle operazioni di verifica, dal mero rinvio successivo all'inizio delle operazioni di verifica. Solo nel secondo caso il termine di trenta giorni prima dell'udienza di verifica dei crediti andrà calcolato in relazione alla data d'udienza fissata nella sentenza di fallimento, mentre nel primo caso dovrà considerarsi la data effettiva in cui la prima udienza viene tenuta. Trattasi, peraltro, di un'opinione che, per quanto autorevole, è rimasta piuttosto isolata in dottrina.

tualmente prorogato) dalla dichiarazione di esecutività dello stato passivo e «*fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare*». Tali domande sono ammissibili se l'istante prova che il ritardo nella loro proposizione «è *dipeso da causa a lui non imputabile*».

Stante il silenzio della legge, si dibatte in dottrina e in giurisprudenza in ordine al **procedimento da seguire per l'esame delle domande ultratardive** ²⁶:

- 1) per una **prima tesi**, minoritaria in dottrina, ma, sembrerebbe, maggioritaria nella giurisprudenza di merito, in presenza di una domanda ultratardiva deve aprirsi un procedimento incidentale nel quale accertare, in via preventiva l'ammissibilità della domanda, in ordine alla quale il giudice delegato decide con decreto, per poi fissare l'udienza di verifica unicamente nel caso in cui la domanda viene ritenuta ammissibile. Tra coloro che sostengono tale tesi, tuttavia, vi è chi ritiene che il giudice decide previa acquisizione del parere del curatore; chi ritiene che la decisione viene adottata previa convocazione del creditore istante e del curatore; e chi, infine, ritiene può provvedersi sull'ammissibilità della domanda senza sentire nessuna delle parti;
- 2) per una **seconda tesi**, maggioritaria in dottrina, ma minoritaria in giurisprudenza, a seguito del deposito della domanda ultratardiva, il giudice delegato deve fissare direttamente l'udienza di verifica, nella quale esaminare contestualmente sia l'ammissibilità, sia il fondamento della domanda, invitando altresì il curatore a depositare il progetto di stato passivo almeno quindici giorni prima dell'udienza. Ovviamente, in tale progetto, il curatore prenderà posizione anche sulla tempestività della domanda.

L'accoglimento dell'una o dell'altra tesi ha delle conseguenze anche in ordine alle modalità con le quali occorre procedere all'**impugnazione** del provvedimento adottato dal giudice delegato sulla domanda ultratardiva.

Ed, infatti, qualora si accoglie la prima tesi si è portati a ritenere reclamabile *ex art. 26 l.f.* il decreto del giudice delegato che giudica sulla semplice ammissibilità della domanda e impugnabile nelle forme previste dagli artt. 98 e 99 l.f. il successivo decreto che pronuncia nel merito sulla domanda proposta. Viceversa, qualora si aderisce alla seconda tesi, si tenderà a ritenere solo impugnabile *ex*

²⁶ Si veda MONTELEONE M. – NONNO G.M. – FILOCAMO F. – CULTRERA M.R., *op. cit.*, 399, ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

artt. 98 e 99 l.f. il decreto del giudice delegato, indipendentemente dal fatto che lo stesso si estrinsechi in una pronuncia di inammissibilità ovvero di accoglimento o di rigetto nel merito.

Sotto un profilo meramente processuale, è stato osservato in dottrina che la pronuncia del giudice delegato in ordine all'ammissibilità/inammissibilità della domanda appartiene, in definitiva, al merito della stessa, cosicché la soluzione corretta dovrebbe essere l'impugnazione del decreto del giudice delegato, sempre e comunque, qualsiasi tesi venga scelta, con l'opposizione allo stato passivo ²⁷.

Per quanto riguarda l'**esame delle domande ultratardive** si registrano diverse prassi tra i giudici di merito ²⁸:

- 1) trattazione di tutte le domande ultratardive pervenute mediante fissazione di un'udienza periodica (ogni quattro mesi, analogicamente a quanto avviene per l'esame delle domande tardive ²⁹ ovvero secondo differenti cadenze temporali);
- 2) trattazione delle singole domande ultratardive, mano a mano che le stesse vengono depositate in cancelleria;
- 3) fissazione di una sola udienza di trattazione delle domande ultratardive, a ridosso del riparto finale;
- 4) adozione, indifferentemente, di uno qualsiasi dei metodi sopra indicati, a seconda delle esigenze del caso concreto.

Sempre con riferimento alla domanda cd. ultratardiva occorre chiedersi cosa si intenda per **causa non imputabile al creditore**.

Punto di partenza nell'ambito dell'attività esegetica è senz'altro costituito dall'art. 1218 c.c., in tema di responsabilità contrattuale, che utilizza la medesima espressione rinvenibile in materia di dichiarazioni tardive. In tale ottica, la valutazione della non imputabilità della causa non può essere certamente meramente soggettiva, ovvero sia in termini di semplice assenza di colpa, ma deve fondarsi su elementi oggettivi ed estranei al creditore ricorrente. Pertanto non può sostenersi che l'imputabilità del ritardo scusabile possa derivare da incuria, negligenza, trascuratezza, ignoranza o addirittura malafede; è scusabile, per contro, il ritardo derivante da fattori causali esterni alla posizione creditoria vantata,

²⁷ MONTANARI M., *Le insinuazioni tardive*, in JORIO A. (diretto da) - FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, 2010, 430-431.

²⁸ MONTELEONE M. - NONNO G.M. - FILOCAMO F. - CULTRERA M.R., *op. cit.*, 400.

in quanto dovuto a forza maggiore, caso fortuito o errore incolpevole³⁰.

In quest'ottica, viene normalmente ritenuta ammissibile la domanda ultratardiva proposta dal creditore che non ha ricevuto o a cui non è stato inviato l'**avviso ex art. 92 l.f.**³¹, anche se spesso si ritiene che il curatore possa provare la tempestiva ed effettiva conoscenza *aliunde* della sentenza di fallimento da parte del creditore.

Di contro, deve escludersi che il termine più lungo (rispetto a quello previsto per il deposito delle domande tardive), riconosciuto dalla legislazione fiscale per l'attività di accertamento del tributo, ai sensi dell'art. 36-*bis* d.P.R. n. 602/1973, possa integrare gli estremi della «*causa non imputabile*» di cui all'art. 101, comma 4, l.f.. Ed in giurisprudenza è stato altresì negato che legittimi la proposizione della domanda ultratardiva, per difetto del requisito della causa non imputabile, la difficoltà di formazione del ruolo allegata dall'Agenzia delle Entrate, essendo tale circostanza, riferibile all'organizzazione interna del creditore e, dunque, causa a questi imputabile³². Sul punto si è espressa recentemente anche la Suprema Corte, la quale ha statuito che, ai fini della valutazione della non imputabilità del ritardo, viene in considerazione tanto il comportamento dell'Agente per la riscossione, quanto quello dell'Agenzia delle Entrate, cosicché il primo non può giustificare la tardività dell'insinuazione adducendo un fatto imputabile alla seconda³³.

La legge indica il **termine ultimo** entro il quale le domande ultratardive possono essere proposte, cioè «*fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare*». Tuttavia, non viene individuato il termine di decadenza entro il quale il creditore deve depositare la domanda una volta che è venuta meno la causa non imputabile. Va in proposito segnalato un precedente giurisprudenziale che individua tale termine in un lasso temporale di almeno novanta giorni, in conformità con quello che la legge individua come lo spazio temporale sufficiente per la predisposizione di un'istanza tempestiva di ammissione al pas-

²⁹ Probabilmente il sistema più aderente al dettato legislativo: MONTANARI M., *op. cit.*, 435.

³⁰ MONTELEONE M. – NONNO G.M. – FILOCAMO F. – CULTRERA M.R., *op. cit.*, 409; Trib. Mantova 11 novembre 2008, *Fall.*, 2009, 453.

³¹ Trib. Pescara 10 febbraio 2009, *Fall.*, 2010, 67, che nega che analoghe conseguenze possano essere attribuite al ritardato invio dell'avviso. Secondo altro indirizzo, l'omessa comunicazione o la mancata ricezione dell'avviso ex art. 92 l.f. costituiscono indizi della ricorrenza della causa non imputabile al creditore di cui all'art. 101, co. 4, l.f. (MONTELEONE M. – NONNO G.M. – FILOCAMO F. – CULTRERA M.R., *op. cit.*, 401).

³² Trib. Vicenza 8 maggio 2009, www.osservatorio-oci.org, Ms. 106.

³³ Cass. 11 ottobre 2011, n. 20910, inedita.

sivo (termine che si ottiene sottraendo dal termine massimo di centoventi giorni entro il quale il tribunale deve fissare l'udienza di verifica dei crediti il termine di trenta giorni prima entro il quale devono essere depositate le domande tempestive)³⁴.

dott. Giacomo Maria Nonno
g.d. presso il
Tribunale di Palermo

³⁴ Trib. Pescara 10 febbraio 2009, *cit.*; in dottrina, adesivamente, MONTANARI M., *op. cit.*, 429, n. 4.