

CHIUSURA DEL FALLIMENTO E LITI PASSIVE ED ATTIVE ALLA LUCE DEI NOVELLATI ARTT. 118 E 110 L. FALL. E DELLE PROSPETTIVE DI RIFORMA

di Monica Attanasio

SOMMARIO

1. Premessa. - 2. Le liti passive. - 3. Le liti attive: i procedimenti esecutivi. - 4. Le liti attive: le azioni di massa. - 5. Le liti attive: le azioni dirette all'acquisizione di beni diversi dal denaro.

1. Premessa

Con il D.l. 7 giugno 2015, n. 83, ed all'atto della conversione di detto decreto con la L. 6 agosto 2015, n. 132, gli artt. 43, 104 *ter* e 118 l. fall. sono stati implementati con nuove disposizioni¹. Obiettivo comune di questi interventi addittivi è la riduzione della durata delle procedure concorsuali, perseguito sia mediante misure destinate ad operare all'interno della procedura, in particolare in funzione di una accelerazione della fase di recupero/ricostituzione dell'attivo e della sua monetizzazione, sia al di fuori di essa, con l'introduzione della possibilità di procedere alla chiusura del fallimento malgrado la pendenza di giudizi.

Lo "spettro" sottostante a queste modifiche è, come noto, la legge Pinto. Lo Stato Italiano ha riportato un gran numero di condanne a mente della L. n. 89/2001, ed il relativo debito è andato incrementandosi di anno in anno, anche a causa dell'insufficienza dei fondi all'uopo stanziati. Nel 2011 e nel 2012 lo stanziamento è stato di appena il 10% del debito accumulato, e, pur aumentato negli anni successivi, non lo è mai stato in misura sufficiente a coprire

¹ Segnatamente, all'art. 43 è stato aggiunto un ultimo comma, a mente del quale "*Le controversie in cui è parte un fallimento sono trattate con priorità. Il capo dell'ufficio trasmette annualmente al presidente della corte di appello i dati relativi al numero di procedimenti in cui è parte un fallimento e alla loro durata, nonché le disposizioni adottate per la finalità di cui al periodo precedente. Il presidente della corte di appello ne dà atto nella relazione sull'amministrazione della giustizia*"; l'art. 104 *ter* è stato addizionato con l'imposizione di un termine massimo per la predisposizione del programma di liquidazione e la previsione che il suo mancato rispetto costituisce giusta causa di revoca del curatore (comma 1°), e l'aggiunta fra i contenuti del programma di liquidazione dell'indicazione del termine di ultimazione della liquidazione dell'attivo, con la precisazione che detto termine "*non può eccedere due anni dal deposito della sentenza di fallimento. Nel caso in cui, limitatamente a determinati cespiti dell'attivo, il curatore ritenga necessario un termine maggiore, egli è tenuto a motivare specificamente in ordine alle ragioni che giustificano tale maggior termine*" (comma 2°, lett. f) e comma 3°); nel comma 2° dell'art. 118 sono stati infine inseriti i seguenti, ulteriori periodi: "*La chiusura della procedura di fallimento nel caso di cui al n. 3) non è impedita dalla pendenza di giudizi, rispetto ai quali il curatore può mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio, ai sensi dell'articolo 43. In deroga all'articolo 35, anche le rinunzie alle liti e le transazioni sono autorizzate dal giudice delegato. Le somme necessarie per spese future ed eventuali oneri relativi ai giudizi pendenti, nonché le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato, sono trattenute dal curatore secondo quanto previsto dall'articolo 117, comma secondo. Dopo la chiusura della procedura di fallimento, le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti definitivi e gli eventuali residui degli accantonamenti sono fatti oggetto di riparto supplementare fra i creditori secondo le modalità disposte dal tribunale con il decreto di cui all'articolo 119. In relazione alle eventuali sopravvenienze attive derivanti dai giudizi pendenti non si fa luogo a riapertura del fallimento. Qualora alla conclusione dei giudizi pendenti consegua, per effetto di riparti, il venir meno dell'impedimento all'esdebitazione di cui al comma secondo dell'articolo 142, il debitore può chiedere l'esdebitazione nell'anno successivo al riparto che lo ha determinato*".

l'arretrato: nel 2013 sono stati stanziati 50 milioni di euro a fronte di un debito arretrato di 230 milioni; nel 2014 la dotazione è stata portata a 100 milioni e nel 2015 a 180 milioni, ma il debito era nel frattempo lievitato a 465 milioni².

L'immediata applicabilità delle nuove disposizioni dell'art. 118, comma 2 – sulla quale si è registrata unanimità di vedute tra gli interpreti, a differenza di quanto avvenuto per la maggior parte delle questioni poste dalla nuova disciplina – ha sicuramente già comportato una diminuzione del numero delle procedure pendenti. Dal rapporto Cerved *“La durata dei fallimenti chiusi e delle esecuzioni immobiliari in Italia nel 2016”* risulta che il numero di fallimenti chiusi in quest'anno è stato superiore del 22% rispetto a quello del 2015, ed il più alto registrato negli ultimi quindici anni; il dato è attribuito nel rapporto alla fissazione del termine di due anni per l'ultimazione delle operazioni di liquidazione, ma, in realtà, esso si inserisce nel contesto di una tendenza già in atto negli anni precedenti, ed è in ogni caso riferibile, non già al disposto del comma 3 dell'art. 104 *ter*, destinato ad operare per le procedure in cui alla data di entrata in vigore del D.l. n. 83/2015 non era ancora intervenuta l'approvazione del programma di liquidazione, bensì e per l'appunto alla possibilità di chiusura anticipata del fallimento.

Anche per il futuro questa misura è destinata a contribuire più di ogni altra al contenimento della durata delle procedure fallimentari: la pendenza dei giudizi intentati dalla curatela al fine di recuperare o ricostituire attivo costituisce notoriamente la principale causa della eccessiva dilatazione temporale dei fallimenti, giacché essa sconta i lunghi tempi di definizione propri del contenzioso civile in Italia; per altro verso, non solo il termine per il compimento dell'attività di liquidazione può essere indicato, motivatamente ed in relazione a singoli cespiti, in misura maggiore di due anni, ma la disposizione del comma 3 dell'art. 104 *ter* configura a carico del curatore un'obbligazione di mezzi e non di risultato, giacché impone la programmazione ed attuazione di un numero di tentativi di vendita adeguato alla tipologia del bene posto in vendita, ma non, ovviamente, la garanzia di un loro esito fruttuoso, esito in larga misura dipendente da fattori esterni. Del resto, nelle bozze dei decreti legislativi destinati a dare attuazione alla Legge delega n. 155/2017³ il termine massimo per il completamento delle operazioni di liquidazione è stato più realisticamente fissato in cinque anni dal deposito della sentenza di apertura della procedura, prorogabile dal giudice delegato, in casi di eccezionale complessità, sino a sette anni.

Gli effetti della riforma sui fallimenti pendenti, come quelli futuri sul contenimento dei tempi della loro definizione, avrebbero potuto e potrebbero essere maggiori, se la disciplina della chiusura anticipata non fosse così imprecisa e lacunosa da ingenerare una pluralità di dubbi interpretativi e di difficoltà operative⁴.

² Dati tratti da le “Informazioni relative al pagamento delle condanne ai sensi della legge Pinto” pubblicate sul sito del Ministero della Giustizia

³ Pubblicate in www.organizzazione-oci.org

⁴ Il rilievo è comune a tutti i commentatori della norma; uno dei primi ha in particolare evidenziato *“l'estrema approssimazione di dettato della norma, le sue vistose improprietà tecniche e lessicali, tali da rendere la tracciatura del perimetro applicativo assai aleatoria e difficilmente coerenzabile con quella che ne dovrebbe presumibilmente esprimere la ratio ispiratrice”* (M. Montanari, *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in www.ilcaso.it settembre 2015, 3), e l'appunto è stato considerato addirittura troppo benevole da altro Autore (G. Bozza, *La chiusura anticipata del fallimento oggi e domani*, in www.fallimentiesocietà.it, 2017, p. 2).

Certamente, il criterio dell'interpretazione teleologica spinge verso una lettura estensiva della norma e del suo perimetro applicativo, ma non sempre esso consente di saldare la “*frattura tra ciò che la legge ha detto e ciò che secondo la ratio ispiratrice avrebbe dovuto dire*”⁵.

A questi fini, il rilievo secondo il quale l'ultrattività degli organi della procedura è fenomeno nient'affatto sconosciuto alla legge fallimentare⁶, pur rispondendo a verità, non appare però tranquillizzante, nella misura in cui quel fenomeno costituisce eccezione e non regola, e necessita pertanto di un sicuro supporto normativo. La regola, infatti, è quella per la quale la chiusura del fallimento comporta la decadenza dei suoi organi, con il corollario della perdita della legittimazione processuale del curatore e dell'inesistenza giuridica, per assoluta carenza di potere, dei provvedimenti emessi e degli atti compiuti dagli organi fallimentari dopo la chiusura del fallimento⁷.

Analogamente, la constatazione che l'istituto oggi disciplinato dall'art. 118, comma 2, l. fall. è già da tempo previsto in ipotesi di liquidazione coatta amministrativa delle banche, suscita semmai sconforto e rammarico: ché la disciplina dettata dall'art. 92 del D.lgs. n. 385/1993⁸, perfettibile, ma assai più completa e dettagliata di quella introdotta dal legislatore del 2015, avrebbe potuto costituire il modello da cui muovere per disegnare un compiuto statuto della chiusura del fallimento in pendenza di giudizi.

Da qui l'auspicio, da molti avanzato, di un nuovo intervento correttivo e chiarificatore del legislatore, che si sperava potesse essere convogliato nell'alveo del progetto di riforma organica delle procedure concorsuali allo studio della Commissione del Presidente Rondorf. La Legge delega n. 155 del 2017, cui i lavori della Commissione sono infine approdati – non senza modifiche rispetto all'impianto originario – dedica in effetti alla chiusura anticipata del fallimento la lett. b) del comma 10 dell'art. 7, che, però, come meglio si vedrà in prosieguo, non risolve tutte le questioni che la disciplina attuale propone. Restava la possibilità di utilizzare a questi fini il principio dettato dall'art. 2, lett. m) – che chiama il legislatore a riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento, in coerenza con i principi stabiliti dalla legge delega –, ma di tale principio le bozze dei decreti delegati paiono aver fatto uso parsimonioso.

2. Le liti passive

⁵ così G. Bozza, *La chiusura anticipata del fallimento oggi e domani*, cit., p. 2

⁶ G. Limitone, *La doverosa chiusura del fallimento in pendenza di giudizi*, www.ilcaso.it, giugno 2016; tra le ipotesi di ultrattività degli organi fallimentari possono essere ricordate: quella del curatore nel caso di chiusura in pendenza di giudizio di reclamo avverso la sentenza di fallimento, e correlativamente del giudice delegato per il rilascio delle necessarie autorizzazioni; quella del tribunale in caso di revoca della sentenza di fallimento, ai fini della liquidazione del compenso del curatore e delle spese di procedura; del curatore in caso di chiusura a seguito di omologa di concordato fallimentare, per la sorveglianza sulla sua esecuzione; del giudice delegato, ai fini del riparto supplementare delle somme destinate ai creditori irreperibili che non siano state reclamate nei cinque anni successivi, nonché in ordine allo scioglimento delle ammissioni con riserva che non sia stato possibile sciogliere prima, e più in generale allo svincolo delle somme oggetto di accantonamento ai fini della loro attribuzione al creditore in favore del quale l'accantonamento era stato fatto e per il loro riparto supplementare.

⁷ Cfr. Cass., 14 marzo 1985, n. 1984, in *Fall.*, 1985, 9, p. 935; Cass., 8 settembre 1986, n. 5476, in *Giust. Civ.*, 1986, 12, p. 3087; Cass., 14 dicembre 2015, n. 25135, ined.

⁸ che il legislatore aveva oltre tutto ben presente, tanto che nella relazione illustrativa dello schema di disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, si affermava che la modifica dell'art. 118 era riproduttiva di quanto già previsto per la chiusura della liquidazione coatta amministrativa dall'art. 92, commi 7 e 8, del T.u.b.

A mente del citato art. 92 T.u.b., comma 7, “*La pendenza di ricorsi e giudizi, ivi compreso quello di accertamento dello stato di insolvenza, non preclude l’effettuazione degli adempimenti finali previsti ai commi precedenti e la chiusura della procedura di liquidazione coatta amministrativa*”.

Il perimetro applicativo di tale disposizione è assai ampio, riguardando tutte le liti, sia attive che passive. Per quel che riguarda le prime, la latitudine della formula adoperata dal comma 7 è confermata dal richiamo, operato nel comma successivo, all’art. 84, comma 1, il quale attribuisce ai commissari l’esercizio di tutte le azioni spettanti alla banca. Quanto alle liti passive, la loro inclusione nell’ambito di applicazione dell’istituto è desumibile dal riferimento “*alla esecuzione di accantonamenti o all’acquisizione di garanzie ai sensi dell’articolo 91, commi 6 e 7*”, contenuto nel comma 7, nonché dall’espressa menzione dei “*giudizi relativi allo stato passivo*” operata dal comma 9.

Analogo sforzo definitorio non ha invece caratterizzato l’intervento legislativo del 2015, tant’è vero che le questioni su cui gli interpreti sono stati chiamati ad interrogarsi riguardano in massima parte l’individuazione dei “*giudizi pendenti*”.

I dubbi non hanno però investito le liti passive, di cui è al contrario pacifica l’estraneità alle nuove disposizioni, non, peraltro, perché la pendenza di giudizi di questo tipo sia ritenuta ostativa alla chiusura del fallimento, bensì perché essa è da tempo predicata e praticata sulla base di altre disposizioni della legge fallimentare.

A seguito della modifica dell’art. 117 disposta dall’107 del D.lgs. 9 gennaio n. 5/2006, il comma 3, ultimo periodo, di tale articolo stabilisce espressamente che “*Gli accantonamenti non impediscono la chiusura della procedura*”; si tratta peraltro, come da altri osservato⁹, di norma pleonastica, giacché la regola è implicita nella previsione, dettata dal periodo precedente, del deposito delle somme accantonate.

Ed invero, in presenza di una delle ipotesi codificate dal n. 1 al n. 4 dell’art. 118 l. fall. – le quali sono espressione dell’insussistenza o dell’esaurimento degli scopi della procedura –, la chiusura del fallimento risponde innanzi tutto all’interesse, ed anzi al vero e proprio diritto del fallito, alla cessazione delle limitazioni e delle incapacità di natura sia personale che patrimoniale che si accompagnano al relativo *status*; viene inoltre in considerazione l’interesse pubblico ad una sollecita definizione delle procedure concorsuali, e, infine, quello dei creditori ad una tempestiva distribuzione dell’attivo, ed anche al ritorno *in bonis* del fallito, che potrebbe riprendere a produrre ricchezza e divenire quindi nuovamente aggredibile – salva esdebitazione – al fine del soddisfacimento dei crediti rimasti inappagati nella procedura.

A questo fascio di interessi si contrappone quello dei creditori concorsuali ma non ancora concorrenti, per essere l’accertamento del loro credito *sub iudice*, a che non si faccia luogo a distribuzioni dell’attivo nè alla chiusura della procedura sin tanto che non sia stato definitivamente accertato il loro diritto di partecipare al concorso.

Gli accantonamenti assolvono appunto alla funzione di contemperare questi contrapposti interessi, sia nel corso della procedura, in occasione dei riparti parziali, sia al momento della sua definizione, permettendo al creditore in favore del quale l’accantonamento è disposto di

⁹ M. Vacchiano, *La chiusura del fallimento in pendenza di opposizione allo stato passivo*, in *Fall.*, 2007, 6, p. 650.

non essere pregiudicato dai riparti parziali e finale, al tempo stesso consentendo che il regolare procedere del fallimento, sino al suo esito conclusivo, non sia intralciato dalla pendenza delle liti passive.

E, proprio in funzione di questo bilanciamento di interessi, in passato la Corte di Cassazione aveva legittimato l'utilizzo di accantonamenti innominati: al riconoscimento della rispondenza della chiusura del fallimento alle esigenze di celerità che caratterizzano la procedura concorsuale si era, infatti, accompagnata l'affermazione della necessità, nel caso di pendenza di giudizi di opposizione o impugnazione di crediti ammessi, dell'adozione di opportune cautele da parte del giudice delegato, da attuarsi mediante depositi ed accantonamenti volti ad assicurare che, nel caso di conclusione del giudizio in senso favorevole al creditore, costui vedesse rispettato nei suoi confronti il principio della *par condicio*, ricevendo sul suo credito una percentuale eguale a quella degli altri creditori di pari grado¹⁰. A partire dagli inizi degli anni '90 questo indirizzo viene però soppiantato da altro, di segno diametralmente opposto, che se da un lato predica la natura eccezionale, e quindi tassativa degli accantonamenti, dall'altro conferma che la chiusura del fallimento non trova ostacolo nella pendenza di liti passive¹¹, al tempo stesso negando che, in presenza di una delle ipotesi previste dall'art. 118 legge fall., gli organi fallimentari abbiano qualsivoglia facoltà discrezionale in ordine alla prosecuzione della procedura¹².

Nell'imbobare questa strada, da essa stessa definita "più radicale" (ma in realtà più aderente al testo normativo), la Cassazione disattende, ritenendone la manifesta infondatezza, eccezioni di illegittimità costituzionale degli artt. 113, 117 e 118 l. fall., sollevate in relazione agli artt. 3 e 24 Cost.: sotto il primo profilo, una volta individuata la *ratio* degli accantonamenti nella sottoposizione dei relativi crediti ad un vaglio giudiziale, la Corte ha facile gioco nel rimarcare la differenza rispetto ai crediti che quel vaglio non hanno ancora subito o superato (com'è il caso, rispettivamente, dei crediti per i quali penda domanda tardiva di insinuazione e di quelli non ammessi al passivo e per i quali penda giudizio di opposizione); sotto il secondo profilo la Corte afferma che le norme censurate "*non pregiudicano il diritto alla difesa dell'opponente allo stato passivo a far valere il proprio diritto in contraddittorio col curatore del fallimento e ad ottenere l'ammissione provvisoria del credito al passivo ai sensi dell'art. 99, terzo comma l.fall.*"¹³.

In disparte rimane però il rilievo fondato sul principio per il quale la durata del giudizio non può riverberarsi in danno dell'avente diritto, principio che secondo parte della dottrina giustificerebbe, nell'ottica di una lettura costituzionalmente orientata del sistema, gli

¹⁰ Cfr. Cass., 5 marzo 1979, n. 1367, in *Fall.*, 1979, p. 1020, con nota di M. Lugaro; Cass., 6 aprile 1981, n. 1938, in *Il diritto fallimentare*, 1981, p. 375; Cass., 1 luglio 1982, n. 3949, in *Il Foro It.*, 1983, 12, p. 3105; Cass., 21 maggio 1984, in *Fall.*, 1984, 6, p. 1364.

¹¹ Cfr. Cass., 17 dicembre 1990, n. 11961, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1991, 2, p. 254; Cass., 1° marzo 1991, n. 2186, in *Fall.*, 1991, 7, p. 695; Cass., 24 marzo 1993, n. 3500, *ibidem*, 1993, 8, p. 843; Cass., 9 settembre 1995, n. 9506, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1996, 2, p. 223; Cass., 27 aprile 1998, n. 4259, in *Il Foro It.*, 1998, 6, p. 1809; più di recente cfr. Cass., 5 marzo 2009, n. 5304 e Cass., 2 settembre 2014, n. 18550, inedite.

¹² Cfr. Cass., 16 marzo 2001, n. 3819, ined.; Cass., 15 dicembre 2006, in *Fall.*, 6, p. 642; Cass., 22 ottobre 2007, n. 22105, ined.

¹³ Così, rispettivamente, Cass., n. 2186/91 e n. 4259/98, cit., nonché Cass., 24 maggio 2004, n. 9901, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, p. 406.

accantonamenti atipici, ovvero la prosecuzione della procedura fallimentare sino alla definizione dei giudizi di opposizione¹⁴.

A seguito della riforma del 2006, l'ampliamento delle ipotesi di accantonamento, nonché, e soprattutto, il riconoscimento di un diritto al deposito delle relative somme al momento del riparto finale¹⁵, hanno senz'altro mitigato il problema, ma non ne hanno segnato la definitiva soluzione. Problema che oltre tutto presenta una rinnovata attualità, e rilevanza pratica di non poco momento, a cagione dei contrasti che hanno contrassegnato l'ultima stagione del diritto concorsuale in ordine al riconoscimento di crediti prededucibili, in specie nel caso di fallimento conseguito ad una procedura concorsuale minore, e che spesso hanno visto la giurisprudenza di merito attestata su posizioni più rigorose di quella poi assunta dai giudici di legittimità.

E forse proprio a questa considerazione si deve il recente inserimento, attuato con la L. n. 119/2016, di conversione del D.l. n. 59/2016, di due nuovi periodi nel testo dell'art. 110, comma 1¹⁶, che consente ora il riparto anche a favore dei creditori oppositori, previo rilascio in favore della procedura di una fideiussione idonea a garantire la restituzione delle somme che dovessero risultare ripartite in eccesso all'esito del giudizio, anche in forza di provvedimenti non ancora definitivi.

Anche in questo caso si tratta di istituto non nuovo, ma già conosciuto nella liquidazione coatta amministrativa degli istituti di credito¹⁷. Come già avviene per questa procedura, pure nel fallimento la facoltà è concessa a tutti i creditori la cui ammissione al passivo è *sub iudice*¹⁸, ed è quindi data in alternativa all'accantonamento cui essi avrebbero altrimenti

¹⁴ C. Miele, *Sub art. 113 l.f.*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2011, p. 1308, e M. Fabiani, *Processi pendenti e chiusura del fallimento*, in *Fall.*, 1997, 1, pag. 5.

¹⁵ In passato, gli accantonamenti erano previsti in favore: 1) dei creditori residenti all'estero per i crediti dei quali, essendo stato prorogato il termine, non era ancora avvenuta la verifica (art. 113, n. 1); 2) dei creditori per i quali era stato ordinato l'accantonamento delle quote, e cioè i creditori ammessi nei cui confronti era stato promosso giudizio di impugnazione o di revocazione, nonché i creditori ammessi con riserva di presentazione del titolo (art. 113, n. 2, 100, comma 3, e 102, comma 2); 3) dei creditori i cui crediti erano soggetti a condizione sospensiva non ancora verificata, compresi i crediti che non potevano farsi valere contro il fallito se non previa escussione di un obbligato principale (art. 113, n. 3); l'accantonamento era inoltre ritenuto ammissibile, anche dall'orientamento più rigoroso, nel caso di ammissione provvisoria al passivo ai sensi dell'art. 99, comma 3. La maggior parte di tali accantonamenti era però destinata a venire meno al momento del riparto finale, giacché la regola, tuttora vigente, della distribuzione degli accantonamenti in precedenza fatti trovava eccezione nella sola ipotesi di cui all'art. 113, n. 3, mentre attualmente i depositi effettuati ai sensi dell'art. 117, comma 2, sono obbligatori in tutte le ipotesi previste dall'art. 113, fatta eccezione soltanto per l'ammissione con riserva di presentazione del titolo.

¹⁶ Non appare, invero, un caso che uno dei primi precedenti editi in cui si è fatta applicazione delle nuove disposizioni abbia riguardato il caso di professionisti che avevano assistito la debitrice in una procedura di concordato preventivo e che, essendo stati ammessi al passivo del successivo fallimento in privilegio e non, come richiesto, in prededuzione, avevano proposto opposizione: cfr. Trib. Modena, 3 aprile 2017, *Fall.*, 2017, 11, p. 1211, con nota critica di D. Finardi.

¹⁷ L'art. 91 T.u.b., dopo aver previsto che "*Nell'effettuare i riparti e le restituzioni, i commissari, in presenza di pretese di creditori o di altri interessati per le quali non sia stata definita l'ammissione allo stato passivo, accantonano le somme e gli strumenti finanziari corrispondenti ai riparti e alle restituzioni non effettuati a favore di ciascuno di detti soggetti, al fine della distribuzione o della restituzione agli stessi nel caso di riconoscimento dei diritti o, in caso contrario, della loro liberazione a favore degli altri aventi diritto*", stabilisce che, in detti casi, "*i commissari, col parere favorevole del comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, possono acquisire idonee garanzie in sostituzione degli accantonamenti*".

¹⁸ Il richiamo è, infatti, all'art. 98, e quindi riguarda non solo i giudizi di opposizione, ma anche quelli di impugnazione e revocazione, mentre, stando alla lettera della norma, è rimasta fuori l'ipotesi dei creditori ammessi con riserva a mente dell'art. 96, n. 3, cosa che peraltro può comportare un'irragionevole disparità di

diritto ex art. 113, nn. 2, 3 e 4, ovvero, per i creditori oppositori privi di un diritto all'accantonamento (e cioè quelli che non hanno chiesto o ottenuto l'adozione di misure cautelari né l'accoglimento della domanda con decreto non ancora passato in giudicato), quale sola misura precauzionale prevista in loro favore. Il sistema adottato per il fallimento è però assai più complesso di quello regolamentato dall'art. 91, comma 7, T.u.b., perché analoga facoltà viene attribuita ai "*creditori che avrebbe diritto alla ripartizione delle somme ricavate nel caso in cui risulti insussistente, in tutto o in parte, il credito avente diritto all'accantonamento ovvero oggetto di controversia a norma dell'art. 98*", la qual cosa importa che, ove uno o più dei creditori contestati abbiano espresso la volontà di ottenere il pagamento previo rilascio di fideiussione, dovranno essere interpellati, per l'eventuale esercizio di analoga facoltà, tutti i creditori che li seguono in grado.

Il meccanismo è dunque complicato e farraginoso, e di esso non sono state oltre tutto regolamentate le modalità di attuazione.

Con esso, il legislatore pare poi aver abdicato alla funzione di regolamentare il conflitto tra creditori, in particolare tra quelli già ammessi al passivo e quelli non ammessi ed oppositori: la soluzione, qualsiasi soluzione, non può non presentare limiti ed inconvenienti, come sempre accade quando si tratta di contemperare interessi fra loro confliggenti, ma quella proposta dal legislatore non è ispirata a criteri valoriali, bensì rimessa alla minore o maggiore capacità dei creditori di procurarsi le fideiussioni necessarie per ottenere un riparto in proprio favore, cosa che vedrà avvantaggiati i creditori finanziariamente più strutturati, e quindi paradossalmente proprio i creditori meno bisognosi di un riparto immediato¹⁹. Sotto questo profilo il sistema previgente rispondeva a maggiore equità, in quanto fondato sulla presenza o meno di un primo, positivo vaglio del giudice delegato o del tribunale, e poteva semmai esser migliorato reintroducendo la possibilità di un'ammissione provvisoria al passivo, quale già prevista dall'art. 99 (originariamente al comma 3, e, dopo la riforma del 2006, e prima della sua modifica col decreto correttivo del 2007, al comma 10), ovvero chiarendo la natura e rendendo più facilmente accessibili le "misure cautelari" di cui al n. 2 dell'art. 113.

In ogni caso, gli accantonamenti, i depositi, e, oggi, il rilascio di fideiussioni finalizzate al riparto, comportano inevitabilmente il carattere non stabile e definitivo delle assegnazioni, anche se attuate in sede di riparto finale, e la necessità di provvedere all'attribuzione definitiva, o a riparti supplementari, una volta che i giudizi sull'ammissione al passivo verranno conclusi con decisione passata in giudicato; ne deriva la necessaria ultrattività degli organi della procedura, al fine sia degli adempimenti previsti dall'art. 117, comma 3, e di quelli resi necessari dal nuovo art. 110, comma 1, sia della partecipazione ai giudizi di opposizione, impugnazione o revocazione che proseguono dopo la chiusura del fallimento.

Quest'ultima conclusione non è tuttavia così pacifica, o almeno non lo è stata finora.

La tesi sin qui prevalente nella giurisprudenza di legittimità è, infatti, quella della perdita della legittimazione processuale del curatore nei giudizi di opposizione (o di impugnazione o revocazione) pendenti al momento della chiusura del fallimento, ed il contrasto ha semmai riguardato la sorte di quei giudizi, declinata alternativamente in termini di

trattamento tra situazioni che differiscono fra di loro soltanto per il dato, contingente e casuale, della pronuncia di una sentenza favorevole al creditore prima della dichiarazione di fallimento.

¹⁹ Il rilievo è anche di D. Finardi, *La nuova disciplina dell'art. 110 l. fall.: l'antinomia tra l'esigenza di celerità dei riparti e l'equità nei pagamenti*, in *Fall.*, 2017, 11, p. 1216.

improcedibilità/improseguibilità²⁰, ovvero di possibilità di prosecuzione, previa interruzione e successiva riassunzione, nei confronti del fallito tornato in *bonis*²¹.

Le ragioni fondanti il primo, e più rigoroso, di tali indirizzi sono tuttavia tali da indurre a ritenere che esso non può riguardare ogni e qualsiasi ipotesi di lite passiva, bensì soltanto quelle prive di implicazioni sulla sorte dei depositi effettuati ai sensi dell'art. 117, nonché dei pagamenti eseguiti previo rilascio di fideiussione ex art. 110. Si afferma, infatti, che “*il giudizio di ammissione al passivo ... è controversia che trova nella procedura fallimentare il suo necessario presupposto e che quindi, con la chiusura del fallimento, viene, inevitabilmente, a perdere la propria ragion d'essere*” (così Cass., n. 19394/2004), ovvero che la legge fallimentare riformata “*ha inteso strutturare il giudizio di opposizione allo stato passivo come un procedimento strettamente connesso alla procedura fallimentare, inteso ad accertare il credito ai soli fini dell'ammissione al passivo*”. Tuttavia, nel caso di procedimenti dal cui esito dipenda la destinazione finale dei depositi, o la stabilità dei pagamenti eseguiti in favore dei creditori che hanno prestato fideiussione, appare evidente che, malgrado la chiusura del fallimento, il giudizio conserva una sua ragion d'essere, tutta interna alla procedura ed intesa a regolare la partecipazione al concorso; per altro verso, poiché questo concorso riguarda somme che non potrebbero giammai rientrare nella disponibilità del fallito, la sua partecipazione al giudizio sarebbe del tutto ingiustificata²².

La soluzione più logica e lineare appare pertanto quella di riconoscere il mantenimento della legittimazione passiva in capo al curatore, soluzione che le nuove disposizioni dell'art. 118, comma 2, pur se estranee a queste fattispecie, possono rendere più agevole: è stato, infatti, osservato che sarebbe del tutto irragionevole ritenere che le liti attive possano proseguire, con conservazione della legittimazione processuale del curatore, ed immaginare invece la perdita di quella legittimazione e la interruzione dei giudizi concernenti l'accertamento del passivo, ed aventi ad oggetto il diritto dei creditori a partecipare alla distribuzione di quanto ricavato, anche in forza dell'esito dei giudizi cd. attivi²³.

3. Le liti attive: i procedimenti esecutivi

Una delle (tante) questioni poste dal novellato art. 118, comma 2, attiene alla possibilità di ritenere ricomprese nel suo ambito di applicazione, oltre ai giudizi di cognizione, anche i procedimenti esecutivi. L'interrogativo sorge in quanto la terminologia adoperata dal legislatore (“*giudizi*”, “*stati e gradi*”) è propria dei primi e non dei secondi, ma la soluzione in senso positivo ne è in qualche modo necessitata: se il curatore, una volta ottenuta una pronuncia favorevole alla procedura, non potesse agire in via esecutiva, il conseguimento del risultato utile del giudizio pendente al momento della chiusura del fallimento resterebbe affidato alla spontanea ottemperanza della decisione da parte del debitore, e la prosecuzione

²⁰ Così Cass., 9 agosto 2017, n. 19752 e Cass., 8 febbraio 2018, n. 3075, ined.

²¹ Così, da ultimo, Cass., 29 maggio 2013, ined.

²² Cfr. P. Bortoluzzi, *Sub art. 117 l.f.*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2014, pag. 1657.

²³ C. D'Aniello, *La chiusura del fallimento*, in AA.VV., *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, p. 90.

di quel giudizio sarebbe pertanto, nella normalità dei casi, del tutto inutile, ed anzi deleteria per il fallimento (per i costi aggiuntivi che essa inevitabilmente comporta).

Il termine “giudizi” deve dunque necessariamente essere inteso in senso estensivo, come se il legislatore l’avesse adoperato come sinonimo di “processo”²⁴, e, del resto, analoga improprietà di linguaggio si rinviene nell’art. 25, comma 1, n. 6: la norma richiede l’autorizzazione del giudice delegato affinché il curatore possa stare “*in giudizio come attore o come convenuto*”, ma, avuto riguardo alla sua *ratio*, non pare esservi dubbio che essa si applichi anche alle azioni esecutive.

Giunti a questo approdo, non vi è poi ragione di distinguere a seconda che si tratti di procedura esecutiva da intraprendere una volta ottenuto un provvedimento esecutivo nel giudizio proseguito dopo la chiusura del fallimento, ovvero di procedimento esecutivo già instaurato dal curatore prima della chiusura, ovvero ancora di esecuzione promossa nei confronti di terzi dal fallito, quando ancora era *in bonis*, e poi proseguita dal curatore.

Maggiori dubbi pone il caso del processo esecutivo in cui il curatore sia subentrato ai sensi dell’art. 107, comma 6: la tesi positiva muove dal rilievo che il curatore subentra nella posizione del creditore²⁵, ma in dottrina si era già osservato che il subentro del curatore nelle procedure esecutive pendenti costituisce manifestazione del più generale potere di disposizione dei beni del fallito ex art. 31, piuttosto che una vera e propria sostituzione processuale ai sensi dell’art. 81 c.p.c.²⁶.

In effetti, non solo in questo caso si tratta di beni del fallito, i quali fanno quindi già parte della massa attiva, ma la facoltà di subentro è configurata dal legislatore alla stregua di una modalità di liquidazione, tanto da essere contemplata nell’art. 107 in alternativa alla vendita endofallimentare, e da dover per questo formare oggetto di apposita previsione del programma di liquidazione²⁷. Con l’ulteriore corollario della reversibilità della scelta compiuta dal curatore, che, ove successivamente al subentro dovesse ritenere più conveniente per la massa dei creditori una vendita in ambito fallimentare, potrà far dichiarare l’improcedibilità dell’esecuzione e provvedere alla vendita con procedura competitiva, previa approvazione di un supplemento del programma di liquidazione: si pensi, ad es., all’ipotesi in cui l’attivo comprenda un’azienda, che il curatore abbia in un primo momento ritenuto non collocabile sul mercato in quanto tale, optando conseguentemente per la prosecuzione dell’esecuzione, già pendente, avente ad oggetto suoi singoli beni; la successiva formulazione da parte di un terzo di un’offerta di acquisto dell’azienda ben potrebbe integrare quella esigenza sopravvenuta idonea a giustificare un mutamento delle strategie di liquidazione.

E proprio questa considerazione dovrebbe rendere avvertiti della opinabilità, oltre che della inopportunità, di una tesi che porta a ritenere che in questo specifico caso, a differenza di quanto previsto per la generalità delle ipotesi, il curatore sia vincolato alle scelte compiute

²⁴ Così G. Limitone, *La doverosa chiusura del fallimento in pendenza di giudizi*, cit., p. 7

²⁵ G. Billò, *La chiusura del fallimento per ripartizione finale dell’attivo a seguito delle riforme introdotte con il decreto legge 28.06.2015, n. 83, convertito in legge 06.08.2015, n. 132*, in www.osservatorio-oci.org, maggio 2016.

²⁶ G. Bozza, *Criteri di liquidazione selettiva dell’attivo come strumento di gestione rapida ed efficiente del fallimento*, in *Fall.*, 2010, 9, p. 1078.

²⁷ Cfr. Cass., 22 dicembre 2015, n. 25802, in www.ilcaso.it, che parla al riguardo di centralità della programmazione liquidatoria in capo al curatore, la cui facoltà di subentro nelle procedure esecutive pendenti è “*assegnata ad una valutazione di opportunità, quando ad esempio prossima all’esaurimento o alla maturità delle operazioni di vendita già avviate davanti al giudice dell’esecuzione comune*”

all'atto della predisposizione del programma di liquidazione, negandogli la possibilità di modificarle nell'interesse della massa dei creditori: ché, ove la procedura esecutiva in cui è avvenuto il subentro ex art. 107, comma 6, proseguisse dopo la chiusura del fallimento, non potrebbe più darsi la predisposizione di un supplemento del programma di liquidazione, perché ciò esorbita dai poteri attribuiti agli organi che sopravvivono al fallimento – che, a mente dell'art. 120, comma 5, nell'ipotesi di chiusura in pendenza di giudizi ai sensi dell'art. 118, comma 2, restano in carica ai soli fini di quanto ivi previsto –, e perché tra tali organi non vi è il comitato dei creditori²⁸, che quel supplemento dovrebbe approvare.

Al riguardo, tuttavia, le indicazioni provenienti dalla Legge delega e dalle bozze dei decreti attuativi, chiare nell'includere fra i giudizi pendenti, *recte* processi, i procedimenti esecutivi, non lo sono invece altrettanto nell'identificare la tipologia delle azioni esecutive che possono essere proseguite dal curatore: l'una e gli altri menzionano espressamente le “azioni cautelari ed esecutive finalizzate ad ottenere l'attuazione delle decisioni favorevoli conseguite dalla liquidazione giudiziale”, cui le esecuzioni su beni già della massa appaiono, invero, estranee, ma sembra trattarsi di mera esemplificazione e non di indicazione avente carattere di tassatività.

4. Le liti attive: le azioni di massa

Altra questione oggetto di discussione attiene all'inclusione delle azioni di massa tra i “giudizi pendenti” che non ostano alla chiusura del fallimento ex art. 118, comma 2.

Il dubbio è in questo caso ingenerato dal riferimento all'art. 43, che riguarda le azioni già presenti nel patrimonio del fallito e non anche quelle che nascono dal fallimento²⁹, nonché dalla mancata modifica del disposto dell'art. 120, comma 2, il quale continua a stabilire che, per effetto della chiusura della procedura, “Le azioni esperite dal curatore per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento non possono essere proseguite”.

La maggior parte dei commentatori attribuisce l'uno e l'altra ad una cattiva tecnica legislativa, e sposa un'interpretazione estensiva della norma, che fa di volta in volta leva sulla finalità perseguita dal legislatore, l'irragionevolezza di una disciplina che includesse le azioni di un tipo e non quelle dell'altro³⁰, la circostanza che l'ultimo comma dell'art. 43 riguarda entrambe³¹.

²⁸ Cosa non liquidabile alla stregua di una semplice svista del legislatore, come dimostrato dall'espressa attribuzione al giudice delegato del potere di autorizzare le rinunce alle liti e le transazioni, in deroga all'art. 35.

²⁹ In senso contrario, tuttavia, G. Billò, in *La chiusura del fallimento per ripartizione finale dell'attivo a seguito delle riforme introdotte con il decreto legge 28.06.2015, n. 83, convertito in legge 06.08.2015, n. 132*, cit.

³⁰ Particolarmente suggestivo è l'esempio fatto da M. Montanari: “... supporre, in conformità al dettato testuale dell'art. 118, 2° comma, terzo periodo, che continui ad essere di ostacolo alla chiusura del fallimento (salva, ovviamente cessione a terzi a norma del 106) la pendenza di una revocatoria promossa allo scopo dell'avocazione alla procedura di un immobile di cui il debitore, ancora in bonis, abbia disposto a mezzo di contratto di compravendita, quando, per contro, nessun ostacolo potrebbe venire al riguardo dalla pendenza di un'azione di risoluzione per inadempimento dello stesso contratto che il curatore abbia esercitato al medesimo fine di recupero alla massa di quel bene ... tutto questo suona ad offesa della logica generale delle cose, prima ancora che della logica specificamente sottesa al disposto di legge di cui si sta discettando”, in *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, cit., p. 7.

³¹ F. Clemente, *La chiusura del fallimento con giudizi pendenti*, in *Il fallimentarista.it*, gennaio 2017.

Si tratta di argomentazioni dotate di indubbia persuasività, ma di per sé non dirimenti: l'interpretazione teleologica, e quella costituzionalmente orientata, non possono spingersi sino al punto di contrastare il testo letterale della norma; l'ultimo comma dell'art. 43 è espressione del già segnalato intento del legislatore di velocizzare le procedure fallimentari, il quale potrebbe però esser stato perseguito con modalità differenti a seconda del tipo di azioni (e cioè con la sola creazione di un canale di trattazione preferenziale nel caso di giudizi relativi ad azioni di massa, ed anche con la possibilità di chiusura del fallimento per tutti gli altri giudizi di cui sia parte la curatela).

Più pregnante è invece il rilievo³² secondo il quale il richiamo dell'art. 43 si spiega con la considerazione che per i giudizi ivi contemplati, a differenza di quanto avviene per le azioni di massa, il curatore è titolare di una legittimazione processuale non propria, ma sostitutiva di quella del fallito, sì che esso riguarda i soli aspetti processuali e non anche quelli sostanziali. Tale considerazione appare in effetti avvalorata dal fatto che quel richiamo è testualmente operato in funzione del mantenimento della legittimazione processuale del curatore, piuttosto che della individuazione dei giudizi la cui pendenza non è di ostacolo alla chiusura (come sarebbe stato ove la norma avesse detto "*La pendenza della procedura di fallimento nel caso di cui al n. 3) non è impedita dalla pendenza dei giudizi di cui all'art. 43*").

Una volta esclusa la portata selettiva del rinvio all'art. 43, diviene più agevole coordinare le nuove disposizioni con quella, immutata, dell'art. 120, comma 2: se le azioni di massa rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 118, comma 2, la improcedibilità disposta dall'art. 120 non può che riguardare le ipotesi di chiusura del fallimento per ragioni diverse dal compimento (effettivo, o secondo alcuni prospettico) del riparto finale.

Rimane tuttavia irrisolto il problema concernente il diritto di credito del terzo che abbia subito la revocatoria, diritto che non è dato sapere come possa esser fatto valere, atteso che se ne è sempre esclusa la azionabilità, mediante domanda riconvenzionale o condizionale, nell'ambito del giudizio di revocatoria³³: il solo strumento offerto al terzo è la insinuazione al passivo ai sensi dell'art. 70, comma 2, ma essa non è in alcun modo ipotizzabile successivamente alla chiusura del fallimento.

Questa considerazione fonda il convincimento di alcuno secondo cui il richiamo dell'art. 43 contenuto nell'art. 118 non è frutto di errore, bensì della scelta del legislatore del 2015 di escludere le azioni di massa dall'ambito di applicazione del nuovo istituto³⁴.

Tuttavia, la L. n. 155/2017, se da un lato è esplicita nel comprendere nel concetto di procedimenti pendenti, non ostativo alla chiusura della procedura, "*le azioni per l'esercizio dei diritti derivanti dalla liquidazione giudiziale*", dall'altro continua a tacere quanto alla sorte del credito restitutorio del terzo, sì che le ragioni di tutela del soccombente in revocatoria, trascurate anche in questa sede, come già avvenuto con il D.l. n. 83/2015 e, ancor

³² che si deve a G. Limitone, in *La doverosa chiusura del fallimento in pendenza di giudizi*, cit., p. 7.

³³ Cfr. Cass., 31 maggio 2012, n. 8782, ined., Trib. Padova, 30 aprile 2003, in Fall., 2003, n.1122, e Trib. Milano 1° dicembre 2011, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012.

³⁴ Così G. Bozza, in *La chiusura anticipata del fallimento oggi e domani*, cit., p. 16-18, ove in particolare si evidenzia come non si possa, "*a fallimento chiuso e senza più la presenza del tribunale fallimentare, riuscire ad organizzare una qualche forma di insinuazione perché la fattispecie della chiusura anticipata presuppone che sia stata compiuta la ripartizione finale dell'attivo (termine ultimo per la presentazione della domanda ultra tardiva ex art. 101, ult. comma), né una qualche forma di verifica del credito del terzo revocato (senza partecipazione di altri creditori, senza possibilità di impugnazione, ecc.)*".

prima, con la modifica dell'art. 106, non sembrano idonee a supportare un'interpretazione della disciplina dettata dall'art. 118, comma 2, che escluda in radice la possibilità di chiudere il fallimento in pendenza di giudizi relativi ad azioni di massa.

Ciò non significa che quelle ragioni possano essere ignorate, ma, nella speranza che la lacuna possa essere in futuro colmata dai decreti delegati³⁵, una soluzione atta a contemperare le esigenze di tutela del terzo con quelle di sollecita definizione della procedura può essere quella adottata, con sano pragmatismo, da qualche Tribunale, che invita i curatori a compiere una previa verifica della “eventuale concreta applicabilità del 2° comma dell'art. 70 l. fall.” e, quindi delle “effettive (seppur presumibili) prospettive di soddisfacimento delle ragioni creditorie”³⁶.

5. Le liti attive: le azioni dirette all'acquisizione di beni diversi dal denaro

Le azioni promosse dal curatore possono portare ad acquisire beni che richiedono il compimento di una successiva attività di liquidazione.

Ciò accade con maggiore frequenza nel caso di azioni revocatorie, ma non costituisce caratteristica propria di questo tipo di azioni: da un lato, anche le revocatorie possono avere come esito il conseguimento di una somma di denaro, com'è il caso delle revocatorie aventi ad oggetto pagamenti ovvero beni che siano stati alienati a terzi di buona fede; dall'altro, l'acquisizione di beni diversi dal denaro può essere frutto dell'esercizio di azioni di altra natura, quali possono essere le azioni di nullità, simulazione, risoluzione, etc., di atti traslativi di beni, ovvero l'azione di scioglimento della comunione.

In tutte queste ipotesi l'applicazione dell'art. 118, comma 2, è problematica, problematicità che se da un lato può interessare trasversalmente i vari tipi di giudizio di cui la curatela può esser parte, dall'altro è legata, non a caratteristiche proprie del procedimento, ma all'attività che deve esser compiuta successivamente alla sua conclusione, attività in alcun modo considerata dalle nuove disposizioni³⁷.

Pure questa questione registra un contrasto di opinioni: alla tesi prevalente, di chi esclude che giudizi che conducono ad un esito siffatto possano esser proseguiti dopo la chiusura del fallimento³⁸, si contrappone quella estensiva di chi valorizza, unitamente alla *ratio* della

³⁵ Si potrebbe ad es. pensare ad una domanda di insinuazione con riserva, subordinata all'esito sfavorevole della revocatoria per l'istante e all'effettiva restituzione di quanto revocato, da proporsi, prima della chiusura della procedura, entro un dato termine dalla notificazione dell'atto di citazione; attualmente, l'art. 239 della bozza dei decreti attuativi specifica anch'esso che “Per giudizi si intendono, in particolare, quelli aventi ad oggetto i diritti derivanti dalla liquidazione giudiziale”, ma nulla dice al riguardo dei diritti del terzo revocato.

³⁶ Cfr. la circolare dell'Ufficio preposto ai fallimenti del Tribunale di Benevento 1° marzo 2016, pubblicata in www.organizzazione-oci.org.

³⁷ A differenza di quanto accade in caso di chiusura della liquidazione coatta amministrativa delle banche, per la quale l'art. 92, comma 8, T.u.b. stabilisce che “I commissari liquidatori ripartiscono, in base alla documentazione di cui al comma 1, eventuali somme derivanti all'esito dei giudizi nonché quelle derivanti dalla cessione o liquidazione dell'attivo non ancora realizzato al momento di chiusura della procedura ovvero dagli accantonamenti eseguiti a quel momento”.

³⁸ D. Galletti, *La chiusura del fallimento con prosecuzione dei giudizi in corso: strumento da incentivare o da osteggiare?*, in www.ilfallimentarista.it, dicembre 2015; M. Vitiello, *La chiusura anticipata del fallimento nella pendenza dei giudizi*, *ibidem*, febbraio 2016; G. Bozza, *La chiusura anticipata del fallimento oggi e domani*, cit., p. 20 e ss.

disciplina, la genericità di alcune delle espressioni adoperate dal legislatore (la locuzione “*sopravvenienze attive*” che compare nel settimo periodo dell’art. 118, comma 2, o quella “*quanto è oggetto dei giudizi*” contenuta nell’ultimo comma dell’art. 120)³⁹.

Quelle espressioni sono però contrastate da altre, che fanno chiaro ed esclusivo riferimento a somme di denaro: di “*somme ricevute dal curatore*” si parla nel quinto e nel sesto periodo, e solo di queste somme, frutto dei provvedimenti provvisoriamente esecutivi ovvero definitivi pronunciati nei giudizi proseguiti, è previsto il riparto supplementare.

Né il problema è semplicemente quello della mancata determinazione delle modalità con cui l’attività di liquidazione dovrebbe compiersi, lacuna alla quale potrebbe supplire il tribunale all’atto della pronuncia del decreto di chiusura, ovvero il curatore ed il comitato dei creditori mediante l’approvazione di apposito supplemento del programma di liquidazione prima della chiusura della procedura, bensì, a monte, quello della mancata previsione del corrispondente potere in capo agli organi che ad essa sopravvivono: la “norma di chiusura” è qui rappresentata, non già da quella contenuta nel comma 5, ultimo periodo, dell’art. 120 (a mente della quale “*In nessun caso i creditori possono agire su quanto è oggetto dei giudizi medesimi*”)⁴⁰, bensì da quella dettata dal periodo precedente, che circoscrive compiti e poteri del giudice delegato e del curatore a quanto previsto nel precedente art. 118, e quindi alla partecipazione ai giudizi che proseguono dopo la chiusura, all’autorizzazione delle rinunce alle liti e delle transazioni, agli accantonamenti delle somme ricevute, ed alla loro successiva ripartizione.

Pure su questo punto la Legge delega non contiene alcuna specifica indicazione, mentre l’art. 239 del Codice della crisi e dell’insolvenza, nel testo risultante dalle bozze dei decreti delegati, contiene un semplice accenno alle “*ulteriori attività liquidatorie che si siano rese necessarie*”, stranamente non tra le norme dedicate alla definizione dei compiti del curatore e alla descrizione del contenuto del decreto di chiusura (che, rispetto alla versione dell’attuale art. 118, deve dettare disposizioni riguardanti non solo le modalità del riparto supplementare, ma anche il deposito dei rapporti riepilogativi e di un supplemento del rendiconto), bensì in quella che esclude la cancellazione della società dal registro delle imprese quale conseguenza della chiusura del fallimento con pendenza di giudizi: malgrado la lacunosità di questa previsione, alla luce di quanto in precedenza osservato essa dovrebbe tuttavia esser sufficiente a fondare il potere/dovere del curatore di procedere alla liquidazione di beni acquisiti successivamente alla chiusura della procedura.

³⁹ M. Montanari, in *Ancora sulla chiusura anticipata del fallimento in pendenza di giudizi*, in www.ilcaso.it, aprile 2016, p. 12.

⁴⁰ Così sempre M. Montanari, in *Ancora sulla chiusura anticipata del fallimento in pendenza di giudizi*, cit., p. 12.