

Insufficiente realizzo

Fallimento rapido senza accertamento del passivo: quale finalità?

di **Francesco Dimundo**

La possibilità di omettere l'accertamento del passivo, secondo la novella della legge fallimentare, offre l'occasione per esaminare se l'istituto contribuisca effettivamente, ed in quale misura, a conseguire l'obiettivo di economia processuale perseguito dal legislatore del 2006 e, con esso, a dare attuazione, sotto il profilo della ragionevole durata, al principio costituzionale del giusto processo fallimentare.

1. L'arresto della verifica del passivo tra finalità dichiarate e portata effettiva

Come noto, pur dopo la riforma organica del 2006 è rimasta del tutto inalterata la struttura bifasica del procedimento di verifica del passivo, articolata in una prima fase di accertamento, che si svolge dinanzi al giudice delegato, ed in una fase successiva, meramente eventuale, avente carattere impugnatorio, che si svolge dinanzi al tribunale.

Tuttavia, la prima fase di accertamento ha perso il suo tradizionale carattere di necessità, ed è divenuta (al pari della fase successiva di impugnazione) meramente eventuale. Nel regime previgente, infatti, ogni creditore che intendesse far valere il proprio credito all'interno della procedura concorsuale doveva superare positivamente la verifica del giudice delegato; ma al tempo stesso questo procedimento costituiva un momento necessario ed imprescindibile della procedura fallimentare.

Così oggi non è più, perché, ai sensi del novellato art. 102 l.fall., prima dell'udienza di verifica il tribunale, su istanza del curatore (da depositarsi almeno venti giorni prima di tale udienza), può decidere, con decreto motivato, di non dare corso al procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali, ove risulti che non possa essere acquisito un attivo sufficiente da distribuire ai creditori insinuati, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura. Dopo la formazione dello stato passivo analogo potere di «arresto» spetta al tribunale, sempre ai sensi dell'art. 102 l.fall., quando l'insufficiente realizzo emer-

ga nel corso delle udienze di verifica successive alla prima.

Si tratta quindi di un istituto ispirato - quanto meno nelle intenzioni - a finalità deflattive (1), che aspira ad inserirsi nel più ampio quadro delle misure di economia processuale approntate dal legislatore del 2006 per evitare l'attivazione dell'apparato procedurale del fallimento, con il connesso dispendio di tempo e di risorse (anche umane), nelle ipotesi in cui l'entità economica degli interessi in gioco sia tale per cui il gioco non vale la proverbiale candela: circostanza, questa, che si verifica quando sia richiesto il fallimento per un debito scaduto e non pagato inferiore ai 30.000,00 euro (art. 15, ultimo comma l.fall.), ovvero quando emerga la totale assenza di attivo, tale da impedire il pagamento, sia pur parziale, non solo dei crediti concorsuali, ma anche delle spese prededucibili (art. 118, n. 4 l.fall.). Il provvedimento previsto dal novellato art. 102 risponde infatti alla medesima logica di evitare «un inutile spreco di iniziative, costi e tempi della giustizia» quando l'attività di accertamento è destinata a «sfociare in nessuna operazione di riparto in favore dei creditori concorsuali» (2): e ciò tanto

Note:

(1) C. Miele, *Sub art. 102 l.fall.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2007, 736; M. Vitiello, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, 182.

(2) Così P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di dir. fallimentare*, Milano, 2008, 523; analogamente, fra gli altri, G. Cavalli, *L'accertamento del passivo*, in S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, *Il falli-*
(segue)

più nel contesto del sistema riformato, ove è oramai positivamente codificato, all'art. 96, ultimo comma l.fall., il principio dell'incidenza strettamente endofallimentare dell'accertamento del passivo, con la conseguente impossibilità che il creditore possa ricevere pregiudizio alcuno diverso da quello dell'accertamento della non soddisfacibilità della sua pretesa (3).

Se si arresta l'indagine ad un livello iniziale, parrebbe quindi lecito concludere che l'obiettivo così perseguito dal legislatore della riforma - cioè quello di «realizzare, in esecuzione della delega, l'economia del mezzo processuale» (4) - sia per un verso senz'altro sintonico con quello - perseguito a livello generale - di garantire il «giusto processo» (compreso quello fallimentare), ed in particolare con la finalità, enunciata ora anche dalla Carta costituzionale (art. 111, sesto comma Cost.), di assicurarne la «ragionevole durata»; e per altro verso si ponga in linea con la valutazione espressa nel marzo 2009 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, secondo la quale «la riforma del 2006 riguardante i procedimenti di bancarotta ha contribuito a ridurre il numero e ad accelerarli, riducendo la fase di verifica dei crediti» (5). Sembrerebbe infatti difficilmente contestabile che l'intervenuta soppressione dell'obbligo di procedere comunque alla verifica del passivo, nelle ipotesi in cui non sia prefigurabile alcun attivo da distribuire, «elimina certamente il rischio delle erogazioni assurde di indennizzi ex «legge Pinto» per l'attesa di inesistenti riparti e l'assurdo di indennizzi sostitutivi di crediti inesigibili per insolvibilità del debitore» (6).

Ma è proprio vero che, almeno sotto questo profilo, l'arresto del procedimento di verifica possa effettivamente contribuire (se non certo a risolvere, quanto meno) ad attenuare il problema della eccessiva durata delle procedure concorsuali? (7)

A nostro avviso v'è da dubitarne, ed i motivi di perplessità derivano in primo luogo da limiti «esterni», riconducibili cioè alle stessa struttura del processo fallimentare. Se è vero infatti che la Corte di Strasburgo ha talvolta condannato il nostro Paese per l'irragionevole durata del procedimento di accertamento del passivo (8), è altrettanto innegabile che ciò che maggiormente incide sulla durata complessiva delle procedure concorsuali è piuttosto la dilatazione temporale dei processi ordinari che si innestano o, per dirla con le parole di Bonsignori, che «rampollano» dal fallimento, quali ad esempio le azioni di responsabilità promosse dalla curatela contro gli amministratori della società fallita, le azioni revocatorie e quelle di recupero dei credi-

ti (9): giudizi ordinari che, secondo la Suprema

Note:

(segue nota 2)

mento, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, XI, Padova, 2008, 607, e G. Scarselli, *L'accertamento del passivo*, in E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi, G. Pacchi, G. Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 274.

(3) Sottolineano il collegamento fra l'istituto disciplinato dal nuovo art. 102 l.fall. e l'efficacia meramente endofallimentare del decreto di esecutività dello stato passivo, fra gli altri, M. Fabiani, *Sub art. 102 l.fall.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 918; M. Montanari, *Sub art. 102 l.fall.*, in *Il nuovo dir. fallimentare*. Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, I, Bologna, 2006, 1559; D. Plenteda, *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, Milano, 2008, 259.

(4) In questi termini la relazione illustrativa della riforma del 2006, che indica quale concorrente finalità perseguita dall'istituto in esame quella di «consentire al creditore istante i benefici fiscali ordinariamente connessi alla presentazione della domanda di ammissione al passivo»: ma che tale ulteriore risultato sia davvero ricollegabile all'arresto della verifica del passivo v'è seriamente da dubitare, se è vero che - si è correttamente obiettato - la normativa fiscale consentiva, e consente oggi, la deducibilità delle perdite su crediti a prescindere dall'ammissione del creditore al passivo fallimentare, essendo sufficiente - a tal fine - che il debitore sia stato sottoposto a procedura concorsuale (così A. Della Chà, *La previsione di insufficiente realizzo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 995).

(5) La letteratura fiorita sul tema del «giusto processo fallimentare», ed in particolare sulla «ragionevole durata» del medesimo, è ormai nutritissima, e ciò rende improbo, e destinato a sicuro insuccesso, ogni tentativo di dare conto, in modo completo, dei contributi dedicati all'argomento: limitandosi a quelli principali, editi dopo la riforma, si segnalano fra gli altri gli interventi di A. Didone, *Ragionevole durata del (giusto) processo concorsuale*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, I, Torino, 2009, 1 ss.; G.N. Nardo, *Giusto processo*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, III, Padova, 2010, 597 ss.; D. Chindemi, *La legge Pinto e la procedura fallimentare*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 535 ss. Fra gli studi anteriori alla riforma v. in particolare quelli di L. Panzani, *Fallimento e giusto processo*, in questa *Rivista*, 2002, 237 ss.; G. Costantino, *Il giusto processo*, *ibidem*, 244 ss.; S. Chiarloni, *Giusto processo e fallimento*, *ibidem*, 257 ss.; G. Cavalli, *Fallimento e giusto processo. Crisi di un istituto*, *ibidem*, 265 ss.; G. Bozza, *La ragionevole durata del giusto processo, la legge Pinto e il processo fallimentare*, *ibidem*, 299 ss.; L. Stanghellini, *Giusto processo e fallimento celere*, *ibidem*, 321 ss.; G. Scarselli, *Brevi note sul giusto processo fallimentare*, in *Foro it.*, 2001, I, 11 ss.; G. Bongiorno, *L'aspirazione ad un giusto processo*, in *La tutela dei crediti nel giusto processo di fallimento*, a cura di A. Didone e P. Filippi, Milano, 2002, 45 ss.

(6) Per questa valutazione v. A. Didone, *Ragionevole durata*, cit., 17.

(7) Il tema del giusto processo e della sua ragionevole durata riguarda non solo il fallimento, ma anche «gli altri procedimenti concorsuali dove si controverte maggiormente di interessi economici e sociali di portata rilevante», quale ad es. l'amministrazione straordinaria: in questi termini G. Lo Cascio, *Relazione di sintesi*, in questa *Rivista*, 2002, 326.

(8) Lo ricorda G. Bozza, *La ragionevole durata del giusto processo, la legge Pinto e il processo fallimentare*, cit., 299 ss.

(9) Per questo rilievo v. fra gli altri A. Didone, *Ragionevole durata*, cit., 12 ss., G. Bozza, *La ragionevole durata del giusto processo, la legge Pinto e il processo fallimentare*, cit.

Corte, assumono senz'altro rilevanza ai fini della valutazione della durata complessiva della procedura concorsuale (10), dovendosi escludere che «la valutazione del termine di ragionevole durata vada effettuata con esclusivo riferimento al tempo impegnato nella distribuzione dell'attivo ai creditori, senza tener conto di quello oggettivamente trascorso nella definizione dei procedimenti incidentali o, comunque, connessi, avviati dal curatore per il recupero di attività alla massa e quindi dell'intera procedura» (11).

In altri termini, ai fini della determinazione della durata ragionevole del fallimento il procedimento di verifica del passivo è solo uno dei diversi elementi di valutazione della procedura concorsuale (insieme al numero dei soggetti falliti, alla quantità dei creditori concorsuali, alle controversie giudiziarie civili, amministrative, tributarie innestatesi nel fallimento, all'entità del patrimonio da liquidare ed alla consistenza delle operazioni di riparto) (12); e nemmeno assume, fra questi elementi, un ruolo predominante o centrale, se è vero che già nel 2002, si osservava autorevolmente che il contenzioso sull'accertamento dei diritti dei creditori vedeva ormai accertata la legittimità costituzionale di riti speciali, ispirati ad esigenze di speditezza e concentrazione, e si concludeva pertanto che per rendere tali riti del tutto conformi alla Costituzione il lavoro sarebbe stato soprattutto un semplice «lavoro di aggiustamento» (13).

Ma ciò che induce a mettere in seria discussione la reale efficacia, sotto il profilo in esame, dell'istituto disciplinato dal novellato art. 102 l.fall., sono i suoi limiti «interni», vale a dire le condizioni cui il legislatore del 2006 ha subordinato la sua concreta possibilità applicativa.

2. I limiti di operatività dell'arresto della verifica del passivo

Primo presupposto per l'operare dell'arresto del procedimento di verifica del passivo, ai sensi del primo comma dell'art. 102 l.fall., è infatti l'impossibilità di acquisire «attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione del passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura»: occorre cioè che le risorse già acquisite e quelle ragionevolmente acquisibili all'attivo fallimentare, considerate nel loro complesso, valgano a soddisfare (anche in parte) i crediti di massa e le spese di giustizia, ma non anche i creditori concorsuali: non soddisfare questi ultimi - si badi bene - in qualsivoglia misura, posto che la norma

non pone - né in forma espressa né implicitamente - alcuna soglia minima al riguardo. Con l'inevitabile conseguenza che basterà quindi la disponibilità, per i creditori concorsuali, di un attivo anche solo simbolico o irrisorio per ritenere precluso l'accesso all'art. 102 e per costringere il curatore a dar luogo comunque alla verifica del passivo, con buona pace delle esigenze di economia processuale apparentemente perseguite dal legislatore della riforma.

Già sotto questo profilo, l'istituto in esame pare quindi destinato a presentarsi come *rara avis* nella concreta prassi applicativa, rivelando dunque un ambito di operatività ben distinto rispetto a quello della chiusura del fallimento ai sensi dell'art. 118, n. 4 l.fall., cui si potrà fare ricorso solo per i fallimenti con zero attivo, cioè tale da non garantire il benché minimo soddisfacimento non solo ai crediti concorsuali, ma anche a quelli prededucibili ed alle spese di procedura (14). Con l'ulteriore duplice corollario che al decreto di non luogo a procedere alla verifica del passivo non segue necessariamente - come pure è stato sostenuto (15) - la chiusura del fallimento, trattandosi di istituti fra loro non (interamente) sovrapponibili (16); e - soprattutto - che il

Note:

(10) Cfr. Cass. 10 febbraio 2005, n. 2727, in questa *Rivista*, 2005, 493.

(11) Così Cass. 12 aprile 2010, n. 8639, inedita.

(12) Cass. 12 aprile 2010, n. 8638, inedita; conf. Cass. 9 aprile 2010, n. 8519, inedita.

(13) L. Stanghellini, *Giusto processo e fallimento celere*, cit., 322.

(14) V. in questa direzione G.U. Tedeschi, *Manuale del nuovo dir. fallimentare*, Padova, 2006, 414; A. Saletti, *La formazione dello stato passivo: un tema in evoluzione*, in *Giur. it.*, 2006, V, 433; B. Sassani, R. Tiscini, *L'accertamento del passivo*, in *www.judicium.it*, 2006, 2; F. Filocamo, *L'accertamento dello stato passivo nella nuova legge fallimentare*, in *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta»*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2008, 90-91; A. Bassi, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, 162; A. Della Chà, *La previsione di insufficiente realizzo*, cit., 1000, il quale sottolinea l'obiettivo difficoltà di immaginare un caso in cui, in sede di valutazione preliminare, la previsione di insufficiente realizzo possa giustificare la prosecuzione della procedura per il solo pagamento di spese e creditori in prededuzione, ma non a chiudere la procedura *tout court*, e conclude nel senso che l'ipotesi più ragionevole è che la chiusura del fallimento ex art. 118, n. 4 l.fall., verrà disposta molto più frequentemente dell'interruzione della verifica del passivo, destinata invece ad essere applicata «soltanto in ipotesi remote».

(15) A. Costa, *L'accertamento del passivo e dei diritti personali e reali dei terzi su beni mobili ed immobili*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 327.

(16) M. Fabiani, *Sub art. 102 l.fall.*, cit., 920; in giurisprudenza una netta distinzione tra non luogo a procedersi alla verifica del passivo e chiusura del fallimento è tracciata nella motivazione di Trib. Brescia 13 dicembre 2007, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 10, 63, (segue)

provvedimento *ex art. 102 l.fall.* non comporta in realtà una completa omissione della fase di verifica, ma ne circoscrive semplicemente il raggio di azione, dovendo essa pur sempre aver luogo, sia pure limitatamente all'accertamento dei crediti di massa contestati o di cui è prevedibile la soddisfazione parziale e delle domande di rivendica o di restituzione eventualmente presentate (17). In definitiva, anche qualora ricorra il presupposto sostanziale per l'applicazione dell'art. 102, la fase dell'accertamento del passivo non è, dunque, soppressa, ma solo limitata quanto all'oggetto e, come si vedrà fra breve, non è soppressa nemmeno in via definitiva.

Sul piano procedimentale, la dispensa dalla verifica del passivo prende avvio su impulso del curatore, unico soggetto legittimato in tal senso (18). È infatti il curatore titolato a presentare al tribunale apposita istanza corredata da una «relazione sulle prospettive della liquidazione». Tale relazione si risolve in definitiva in un raffronto ragionato fra l'entità del passivo fallimentare e quella dell'attivo già acquisito o ragionevolmente acquisibile in futuro da parte della curatela: ragionevole acquisibilità che deve rappresentare l'esito di un accurato giudizio prognostico, condotto con riferimento - ad esempio - alla fondatezza ed alla concreta fruttuosità di cause già pendenti o da promuovere (quali le azioni revocatorie o le azioni di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi e di controllo della fallita), alla reale esigibilità ed alle effettive *chance* di recupero dei crediti figuranti nella contabilità del fallito (19), alle prospettive di vendita dei beni di pertinenza di quest'ultimo (20).

Siffatta relazione del curatore, insieme all'istanza, deve essere depositata almeno venti giorni prima dell'udienza di verifica: poiché il quadro completo delle domande (tempestive) di insinuazione è però disponibile solo alla scadenza del relativo termine di presentazione (cioè trenta giorni prima di tale udienza), il curatore dovrebbe quindi disporre di soli dieci giorni (compresi tra il trentesimo ed il ventesimo giorno prima dell'udienza di verifica) per effettuare le necessarie valutazioni al riguardo e decidere se chiedere o meno la pronuncia del provvedimento *ex art. 102 l.fall.* I timori connessi alla eccessiva ristrettezza di detto *spatium decidendi*, talora paventati (21), sembrano però dover essere almeno in parte ridimensionati, sia perché il termine di venti giorni fissato dall'art. 102 deve in realtà ritenersi, in assenza di contrarie indicazioni, meramente ordinatorio, e la sua inosservanza non comporta quindi decadenze di sorta (22); sia - soprattutto - perché il D.Lgs. n. 169/2007, nel correggere il secondo com-

ma dell'art. 102, ha introdotto la possibilità che il decreto di arresto possa comunque essere richiesto anche quando la condizione di insufficiente realizzo emerga «successivamente alla verifica del passivo», e quindi al fine di non dare corso all'esame delle domande di insinuazione tardive nonostante l'intervenuto svolgimento della verifica delle domande tempestive (23).

Ciò non toglie tuttavia che, anche sotto questo ulteriore profilo, l'istituto in esame paia davvero poco idoneo ad assolvere alla funzione deflattiva che il legislatore ha voluto assegnargli, posto che il provvedimento di arresto della verifica, eventualmente

Note:

(segue nota 16)

ove si legge che «mentre l'assoluta mancanza di attivo comporta la necessità di chiudere il fallimento ai sensi dell'art. 118 n. 4 l.f., la presenza di un attivo insufficiente per pagare i creditori concorsuali consente di non procedere alla verifica dei crediti».

(17) V. in questo senso Montanari, *Sub art. 102 l.fall.*, cit., 1561, il quale parla di giudizio di verifica «a raggio ridotto»; conf., fra gli altri, L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, 206; V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 277; F. Filocamo, *L'accertamento dello stato passivo nella nuova legge fallimentare*, cit., 91.

(18) Opinione pressoché pacifica: v. per tutti G. Cavalli, *L'accertamento*, cit., 607-608; in senso contrario si esprime solo P.P. Ferraro, *Sub art. 102 l.fall.*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, I, Torino, 2006, 589, secondo il quale l'iniziativa potrebbe invece essere assunta dal tribunale d'ufficio (in caso di inerzia o ritardo del curatore) o su sollecitazione del giudice delegato o del comitato dei creditori.

(19) V. al riguardo le motivazioni dei primi provvedimenti editi: Trib. Roma 22 agosto 2007, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 27 settembre 2007, in www.fallimentitribunaledimilano.it; Trib. Brescia 13 dicembre 2007, cit.

(20) Considerato il suo contenuto, la relazione *ex art. 102* potrebbe quindi ricalcare quanto il curatore ha già eventualmente rilevato in sede di redazione del programma di liquidazione di cui all'art. 104^{ter} l.fall.: cfr. G. Cavalli, *L'accertamento*, cit., 608. Per F. D'Aquino, *L'accertamento del passivo* (saggio inedito, 2006, p. 28 del dattiloscritto), «la relazione sulle prospettive di liquidazione altro non è... che il programma negativo di cui all'art. 104-ter privo di beni da liquidare».

(21) Cfr. D. Plenteda, *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, cit., 260, nonché C. Miele, *Sub art. 102 l.fall.*, cit., 737, e M.R. Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2008, 1294 ss., i quali ultimi dubitano giustamente che lo strumento in questione possa trovare effettiva applicazione, specie nelle procedure di maggiori dimensioni.

(22) M. Fabiani, *Sub art. 102 l.fall.*, cit., 920; A. Caiafa, *L'accertamento del passivo*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Caiafa, Torino, 2009, 365.

(23) F. Filocamo, *L'accertamento dello stato passivo nella nuova legge fallimentare*, cit., 92. Anche prima dell'intervento correttivo del 2007, la giurisprudenza che aveva dato prima applicazione al novellato art. 102 ammetteva comunque che, nonostante la formulazione letterale della norma, il provvedimento di arresto della verifica del passivo potesse essere adottato anche dopo la già intervenuta verifica delle domande di insinuazione tempestive: cfr. Trib. Roma 22 agosto 2007, cit.

disposto dal tribunale, sarà fatalmente destinato ad operare quando tale verifica ha in realtà già avuto inizio, per avere il curatore ormai spedito gli avvisi ex art. 92 l.fall. ed esaminato gran parte delle (o tutte le) domande di insinuazione depositate dai creditori, e per essersi il giudice delegato - nell'ipotesi delineata dal secondo comma dell'art. 102 - già pronunciato nelle udienze di verifica precedenti.

Questo è tanto più vero ove si consideri che, sempre sul piano procedimentale, una volta che sia stata depositata l'istanza del curatore occorre ancora:

- «sentire» il fallito, avendo questi interesse a collaborare con gli organi della procedura per segnalare l'esistenza di attività disponibili, nella prospettiva di poter fruire così del beneficio dell'esdebitazione ai sensi dell'art. 142, secondo comma l.fall. (24);

- acquisire obbligatoriamente il parere - non vincolante (25) - del comitato dei creditori (26).

Il tribunale decide quindi sull'istanza del curatore con decreto motivato, che può essere di accoglimento o di rigetto.

In questo secondo caso il curatore - secondo i più - non è legittimato ad impugnare il provvedimento del tribunale, non figurando fra coloro che il terzo comma dell'art. 102 individua quali destinatari della comunicazione ivi prevista (27).

Nel primo caso (i.e. decreto di accoglimento), il provvedimento, dopo essere stato comunicato dal curatore ai creditori che hanno presentato domanda di insinuazione (tempestiva o tardiva) e - si deve ritenere - anche a coloro che hanno presentato domanda di rivendica o di restituzione (28), può essere da questi reclamato dinanzi alla Corte d'appello territorialmente competente, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della suddetta comunicazione. Il reclamo eventualmente proposto apre un procedimento camerale governato dalle regole generali di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. (29), all'esito del quale la Corte d'appello - dopo aver sentito il reclamante, il curatore, il comitato dei creditori ed il fallito - decide con decreto in camera di consiglio (art. 102, ultimo comma l.fall.). Come è stato condivisibilmente notato, anche questa disposizione finisce per contraddire gli obiettivi di economia processuale dichiarati dal legislatore della riforma, nella misura in cui si risolve in un appesantimento della tutela dei creditori: il provvedimento di arresto della verifica del passivo sopravvenuto non ha infatti effetti sospensivi del decreto di esecutività dello stato passivo, ed i creditori esclusi, per non incorrere in decadenze, saranno quindi tenuti ad impugnare ugualmente lo stato passivo, salvo a vedere dichiarata improcedibile l'opposizione qualora il reclamo ex

art. 102 sia rigettato ed il blocco della procedura sia confermato (30).

Verificandosi tale ultima evenienza, la Corte rimette gli atti al tribunale per la fissazione di una nuova udienza di verifica, rimanendo dubbio se il provvedimento della Corte d'appello sia o meno ulteriormente impugnabile con ricorso straordinario per cassazione (31). Quale che sia la risposta, resta comunque il fatto che l'omissione dell'accertamento dei crediti, oltre a non essere totale (proseguendo, come si è visto, la verifica dei crediti prededucibili), non è nemmeno temporalmente definitiva, ben potendo verificarsi che la Corte d'appello accolga il

Note:

(24) Per tale rilievo v. M. Vacchiano, *Considerazioni sull'accertamento dello stato passivo nel nuovo diritto fallimentare*, in *Impr.*, 2007, fasc. 1, 69. La convocazione del fallito in camera di consiglio può comunque essere omessa ove egli abbia già reso, in sede di inventario, una dichiarazione scritta esaustiva e completa in merito alla insussistenza di attivo e tale situazione sia stata accertata anche dal curatore: così Trib. Brescia 13 dicembre 2007, cit.

(25) Opinione pacifica: v. per tutti G. Scarselli, *L'accertamento del passivo*, cit., 2007, 275.

(26) In caso di mancata costituzione del comitato dei creditori, il parere potrebbe essere espresso dal giudice delegato ai sensi dell'art. 41, quarto comma l.fall.: così Trib. Udine 6 giugno 2008, in www.unijuris.it.

(27) In senso conf. v. fra gli altri G. Scarselli, *L'accertamento del passivo*, cit., 276; M. Montanari, *Sub art. 102 l.fall.*, cit., 1564, e D. Plenteda, *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, cit., 264, il quale argomenta anche dalla natura di organo della procedura propria del curatore, che nella specie svolge il ruolo di mero segnalatore di una opportunità finalizzata ad incidere sull'economia delle attività procedurali.

(28) In questo senso, nonostante la lettera dell'art. 102 l.fall., v. E. Bruschetta, *Custodia e amministrazione delle attività fallimentari e accertamento dello stato passivo*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, 332, sul corretto rilievo che coloro che hanno rivendicato o chiesto in restituzione hanno un concreto interesse a proporre reclamo, potendo anche pretendere in prededuzione il controvalore del bene appreso al fallimento il cui possesso sia stato successivamente perduto dal curatore; sulla stessa linea v. anche A. Saletti, *La formazione dello stato passivo*, cit., 433.

(29) E. Bruschetta, *Custodia e amministrazione delle attività fallimentari*, cit., 333.

(30) Per questo rilievo v. A. Didone, *Ragionevole durata*, cit., 262-263.

(31) In termini negativi v. ad es. G. Cavalli, *L'accertamento*, cit., 610, e G. Scarselli, *L'accertamento*, cit., 276, in considerazione dell'efficacia meramente endofallimentare dell'accertamento del passivo e della conseguente inidoneità del decreto di arresto della verifica a pregiudicare l'esistenza e l'azionabilità dei crediti una volta che il fallimento sia cessato; per la ricorribilità in Cassazione del decreto della Corte d'appello v. invece B. Sassani, R. Tiscini, *L'accertamento del passivo*, cit., 2, che muovono dal ritenuto carattere contenzioso del procedimento, e M. Montanari, *Sub art. 102 l.fall.*, cit., 1565, sul presupposto che la constatazione della insufficienza dell'attivo non sarebbe ulteriormente sindacabile in sede di successiva chiusura del fallimento ai sensi dell'art. 118, n. 4 l.fall.

reclamo contro il decreto che aveva disposto l'arresto della procedura, disponendone la prosecuzione, ovvero che, dopo detto decreto, sopravveniva ulteriore attivo ed il tribunale revocò il suo provvedimento ai sensi dell'art. 742 c.p.c., disponendo che il curatore dia avviso ai creditori che hanno l'onere di insinuazione al passivo fissando l'udienza dinanzi al giudice delegato (32).

3. Arresto del procedimento di verifica e diritto dei lavoratori all'intervento del Fondo di garanzia

Se quelli appena esaminati sono i presupposti normativi diretti di applicazione dell'arresto della verifica del passivo, occorre dare conto di un ulteriore asserito presupposto, questa volta indiretto, di operatività dell'art. 102 l.fall., che secondo taluni dovrebbe essere individuato nell'assenza di domande di insinuazione da parte di dipendenti del fallito.

In passato, ancor prima della riforma, ci si era infatti interrogati se ed in quali termini la salvaguardia dei crediti vantati dai dipendenti del debitore fallito potesse conciliarsi con le esigenze di celerità delle procedure concorsuali, ed in particolare se fosse possibile dare corso alla chiusura del fallimento per insufficienza o mancanza di attivo, e quindi ai sensi dell'art. 118, n. 4 l.fall., in pendenza di giudizi di insinuazione tardiva proposti dagli ex dipendenti del fallito, posto che anche della chiusura della procedura - come oggi dell'arresto della verifica del passivo ex art. 102 l.fall. - era stata predicata l'attitudine ad impedire l'accesso dei lavoratori al fondo di garanzia istituito presso l'Inps dalla L. 29 maggio 1982, n. 297 e disciplinato dal D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80.

Procedendo in termini sintetici (33), e riferiti all'analogo quesito sollevato dal novellato art. 102 l.fall., giova qui ricordare che parte della giurisprudenza di merito ha offerto una soluzione improntata ad un evidente *favor* per le ragioni dei lavoratori, sostenendo che il tribunale può pronunciare il decreto di non farsi luogo al procedimento di verifica del passivo, ai sensi dell'art. 102 l.fall., soltanto ove non sussistano esigenze di tutela di diritti il cui accertamento risulti indispensabile anche al di fuori dell'ambito endofallimentare, ed in particolare solo qualora tra i creditori insinuati non figurino lavoratori dipendenti aventi diritto alla tutela sostitutiva del Fondo di garanzia per la corresponsione del Tfr e delle ultime tre mensilità di retribuzione ai sensi dell'art. 2 L. n. 297/1982 e dell'art. 2 D.Lgs. n. 80/1992 (34).

Tale giurisprudenza muove infatti dalla premessa

che, a norma dell'art. 2 L. n. 297/1982, l'operatività del Fondo di garanzia presuppone necessariamente che il credito di lavoro sia accertato in sede fallimentare, desumendone che l'omissione della verifica del passivo impedirebbe così ai dipendenti del fallito l'accesso alla tutela sostitutiva (nei rigorosi limiti previsti dalla normativa su citata) gestita dal predetto Fondo di garanzia. Per evitare tale conseguenza si è ritenuto quindi necessario accedere ad «una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 102, comma 1, l.fall.», in base alla quale il tribunale avrebbe la semplice facoltà (e non già l'obbligo) di disporre il non luogo a procedersi alla verifica del passivo, «nel senso che tale misura sia pronunciata soltanto ove non sussistano esigenze di tutela di diritti per i quali tale accertamento risulti indispensabile anche al di fuori dell'ambito endofallimentare». In altri termini, l'applicazione del novellato art. 102 l.fall., introdotto «per palesi finalità di semplificazione della procedura fallimentare», troverebbe - secondo questa impostazione - un limite implicito «nell'esigenza di assicurare la dovuta tutela di diritti di credito di assoluta rilevanza sociale, là dove tale procedimento risulti indispensabile per l'effettività degli stessi», e quindi in presenza di domande di ammissione al passivo proposte da dipendenti aventi diritto all'intervento del Fondo più volte citato.

Sulla correttezza di tale orientamento possono peraltro nutrirsi fondate perplessità.

In primo luogo, non pare consentito il ricorso ad una lettura costituzionalmente adeguata dell'art. 102 l.fall. sulla base di una premessa interpretativa (quella secondo cui l'accesso al Fondo di garanzia richiede inderogabilmente l'accertamento concorsuale del credito di lavoro) che, a ben vedere, non è affatto imposta dal diritto vivente, posto che la più recente giurisprudenza di legittimità sembra aver inteso definitivamente svincolare l'accesso dei dipendenti al Fondo di garanzia dal presupposto

Note:

(32) Così L. D'Orazio, *Sub art. 102 l.fall.*, in *Commentario alla legge fall.*, diretto da C. Cavallini, II, Milano, 2010, 905; G.U. Tedeschi, *L'accertamento del passivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, I, Torino, 2009, 891; M. Fabiani, *Sub art. 102 l.fall.*, cit., 921.

(33) Per un riesame della questione sia consentito rinviare a F. Dimundo, *Insufficiente realizzo, arresto della verifica del passivo ed accesso dei lavoratori al Fondo di garanzia Inps*, in questa *Rivista*, 2010, 460 ss.

(34) Così App. Venezia 21 maggio 2009, in questa *Rivista*, 2010, 459. Nella medesima direzione v. altresì Trib. Milano 27 settembre 2007, inedita, e App. Brescia 3 aprile 2008, Est. Marchetti, inedita.

della preventiva ammissione dei relativi crediti al passivo fallimentare.

A prescindere da tale rilievo, la tesi qui criticata finiva inoltre per stravolgere «il sistema fallimentare per asservirlo ad interessi extraconcorsuali di alcuni creditori» (35), e generava a sua volta una ingiustificata lesione del principio della *par condicio creditorum*, nella misura in cui introduceva, nell'ambito dei creditori concorsuali, una disparità di trattamento a favore dei lavoratori ed a svantaggio dei creditori che, tali non essendo, avrebbero dovuto veder omettere l'accertamento del passivo senza che il loro credito fosse accertato (36).

Una posizione estremamente rigorosa, ed opposta rispetto a quella appena illustrata, era stata invece assunta dall'Inps, che nelle sue più recenti circolari (37) aveva invocato la «costante giurisprudenza della Suprema Corte» per affermare che, in caso di fallimento del datore di lavoro, il requisito della previa ammissione del credito del lavoratore allo stato passivo, richiesto per il pagamento del Tfr da parte del Fondo di garanzia, doveva considerarsi presupposto indefettibile, nel senso che da esso non poteva «prescindersi neanche nel caso in cui il lavoratore non sia responsabile della mancata ammissione»: situazione, questa, che - sempre secondo l'Istituto previdenziale - poteva «verificarsi:

- quando il Tribunale decreti di non procedere all'accertamento del passivo a causa della previsione di insufficiente realizzo, come previsto dall'art. 102 della nuova l.fall.;

- quando la tardiva ammissione del credito allo stato passivo sia impedita dall'avvenuta chiusura della procedura concorsuale» ai sensi dell'art. 118 l.fall.

Così ragionando, l'Inps faceva quindi chiaramente intendere che, nei due casi sopra indicati, i lavoratori non avevano accesso alle provvidenze del Fondo di garanzia, pervenendo in tal modo ad una conclusione non condivisibile nella sua assolutezza, in primo luogo perché lesiva del principio di uguaglianza (38), ma soprattutto perché contraddetta dall'effettivo orientamento assunto, sullo specifico tema, dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

Allorquando la Cassazione ha espressamente affrontato lo specifico tema dei rapporti fra chiusura del fallimento ed intervento del Fondo di garanzia, le sue conclusioni sono state infatti differenti da quelle raggiunte dall'ente previdenziale. In due sentenze «gemelle» del 2007 (39), sviluppando uno spunto elaborato proprio da una delle decisioni invocate dall'Inps (40), la Corte regolatrice ha infatti statuito che, ai fini della richiesta di intervento del Fon-

do di garanzia, il lavoratore deve dimostrare l'avvenuta ammissione al passivo del suo credito, ma ha anche precisato che, ove tale ammissione sia resa impossibile dalla chiusura della procedura per insufficienza dell'attivo, non per questo il lavoratore deve ritenersi definitivamente estromesso dalla possibilità di accedere alle provvidenze del Fondo di garanzia, perché a tal fine egli può sempre procedere preventivamente, ai sensi dell'art. 2, quinto comma L. n. 297/1982, ad esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro tornato *in bonis* con la chiusura del fallimento. Anzi, è proprio tale possibilità che - secondo la Suprema Corte - vale ad escludere ogni dubbio di costituzionalità della normativa in esame in relazione all'art. 38 Cost., dal momento che «rientra nella discrezionalità del legislatore, in tale parte non limitata dalla necessità di dare attuazione della direttiva comunitaria 80/987/CEE, richiedere un presupposto per l'attivazione della garanzia nei confronti dell'insolvenza o dell'insolvibilità del datore di lavoro (quale appunto la partecipazione ad una procedura esecutiva) tale da essere nella piena disponibilità del lavoratore interessato».

Nei suoi interventi più recenti e specifici sul tema in esame, la giurisprudenza della Suprema Corte sembra quindi aver reciso il collegamento necessario tra ricorso allo strumento del Fondo di garanzia e ammissione al passivo del credito di lavoro, attribuendo al dipendente la possibilità di usufruire delle provvidenze del Fondo anche in caso di chiusura del fallimento, dopo aver fatto accertare giudizialmente, in sede ordinaria, i propri crediti e dopo l'infruttuoso esperimento dell'azione esecutiva per la relativa realizzazione; e quindi senza più necessità alcuna, in questi casi, che la procedura fallimentare

Note:

(35) Così F. Filocamo, *L'accertamento dello stato passivo nella nuova legge fallimentare*, cit., 94.

(36) In questi termini, sia pure con riferimento ai rapporti tra accesso al Fondo di garanzia e chiusura del fallimento per mancanza di attivo, si erano espresse, prima della riforma, alcune Corti di merito: cfr. Trib. Reggio Calabria 9 marzo 2007, in questa *Rivista*, 2007, 1353, e App. Roma 14 aprile 2003, *ivi*, 2004, 549.

(37) V. le circolari Inps 7 marzo 2007, n. 53 e 15 luglio 2008, n. 74, consultabili sul sito www.inps.it.

(38) V. sul punto F. Comisso, *Intervento del Fondo di garanzia istituito per la liquidazione del TFR e dei crediti di lavoro diversi dal TFR in caso di insolvenza del datore di lavoro. Riepilogo delle disposizioni vigenti ed orientamenti giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 2008, 146.

(39) Cass. 7 giugno 2007, n. 13305, e Cass. 22 maggio 2007, n. 11945, entrambe in *Mass. Giur. it.*, 2007.

(40) Cass. 12 gennaio 2000, n. 294, in *Mass. Giur. it.*, 2000.

debba comunque rimanere aperta per consentire ai dipendenti di veder accertati, in sede concorsuale, i propri crediti. Si può anzi dire che tale indirizzo interpretativo sia in fase di netto consolidamento, perché la Corte regolatrice ne ha da ultimo esteso la portata ai casi in cui il datore di lavoro sia astrattamente assoggettabile a fallimento, ma, in concreto, non possa essere dichiarato fallito, in quanto ha cessato l'attività di impresa da oltre un anno: anche in questa ipotesi - secondo la Suprema Corte - egli deve infatti essere considerato «non soggetto» a fallimento e, conseguentemente, i lavoratori potranno avvalersi dello strumento del Fondo di garanzia alle medesime condizioni previste dall'art. 2, quinto comma L. n. 297/1982 (41).

L'orientamento ora riferito si presta certamente ad essere applicato anche nelle fattispecie di insufficiente realizzo ai sensi del nuovo art. 102 l.fall.: come in caso di chiusura del fallimento, anche in questa ipotesi la mancata ammissione del credito al passivo non è infatti addebitabile al lavoratore, il quale può quindi chiedere l'intervento del Fondo di garanzia sulla base dei medesimi requisiti (i.e. infruttuoso esito dell'esecuzione forzata) che devono far valere i dipendenti di datori di lavoro non soggetti alle procedure concorsuali, in applicazione analogica di quanto previsto dall'art. 2, quinto comma L. n. 297/1982.

Tale impostazione, che trova significative conferme anche in dottrina, si lascia senza dubbio preferire, perché consente di apprestare comunque forme alternative di tutela ai crediti dei lavoratori dipendenti, in considerazione della particolare natura degli stessi, senza compromettere le esigenze di celerità e speditezza della procedura concorsuale: esigenze, queste, il cui rispetto comunque si impone, anche a prezzo dell'innegabile onerosità del percorso che il dipendente deve intraprendere, potendo egli accedere allo strumento del Fondo di garanzia dopo aver (inutilmente) esperito l'azione esecutiva contro il datore di lavoro tornato *in bonis* (42).

Sulla delicata questione si era da più parti auspicato un ripensamento dell'Inps ed una modifica della prassi e della regolamentazione interna dell'ente previdenziale: modifica che ha trovato recentemente espressione nella circolare Inps 4 marzo 2010, n. 32, la quale si è fatta carico di coordinare l'art. 102 l.fall. con l'art. 2, secondo comma L. n. 297/1982, nel senso che la fattispecie regolamentata dalla prima norma rientra nella definizione comunitaria di datore di lavoro insolvente ai fini della L. n. 297/1982, e che in assenza di procedimento di accertamento del passivo il lavoratore può comunque

chiedere l'intervento del Fondo di garanzia purché il credito risulti accertato sulla base dell'art. 2, quinto comma L. n. 297/1982, richiedendosi a tal fine l'allegazione da parte del lavoratore, oltre che del decreto con il quale il tribunale ha disposto l'arresto della verifica del passivo, dell'originale del titolo esecutivo con il quale il credito di lavoro è stato riconosciuto.

4. Conclusioni

In definitiva, sulla base delle considerazioni in precedenza svolte, sembra dunque ragionevole concludere che la misura prevista dal novellato art. 102 l.fall., per i numerosi ed evidenti limiti che connotano la sua disciplina, non è suscettibile di incidere in maniera sensibile sul contenimento dei tempi di definizione della procedura fallimentare, destinata com'è, per i motivi dianzi illustrati, a trovare rade occasioni applicative e, probabilmente, ad intervenire comunque in modo tardivo, quando il dispendio di risorse nel compimento di attività inutili è stato ormai già avviato.

Note:

(41) Cass. 19 gennaio 2009, n. 1178, inedita; Cass. 27 marzo 2007 n. 7466, in questa *Rivista*, 2007, 842; conf. Trib. Prato 14 luglio 2009, *ivi*, 2009, 1355.

(42) Il rilievo è di M. Vacchiano, *Considerazioni sull'accertamento dello stato passivo nel nuovo diritto fallimentare*, cit., 114.