Corso di formazione del Curatore

Pisa, Camera di Commercio

7/11/2022



L’udienza di verifica dello stato passivo - dott. Marco Zinna

Il processo di accertamento (o di verifica) dello stato passivo ha natura giurisdizionale e contenziosa: si avvia con domanda (ricorso per l’insinuazione) e si conclude con un provvedimento (il decreto del GD o quello del Tribunale che decide sulle eventuali opposizioni) impugnabile innanzi al tribunale (il primo) e ricorribile in Cassazione (il secondo). Esso si sviluppa nel contraddittorio tra le parti, il creditore nella veste di attore e la curatela in quella di convenuto, poste in condizioni di parità e davanti ad un giudice, il Giudice Delegato, neutro, terzo ed imparziale.

L’accertamento dello stato passivo si rende necessario perché nella liquidazione giudiziale, a differenza che nelle esecuzioni immobiliari il creditore non interviene munito di un titolo esecutivo precostituito che permetta di ritenere accertato e ragionevolmente incontestabile il suo diritto di credito. L’accertamento di quest’ultimo dev’essere quindi svolto in sede concorsuale. Questa fase rappresenta altresì uno degli elementi distintivi della liquidazione giudiziale dalle altre procedure concorsuali ove non v’è alcuna forma giudiziale di accertamento del credito. Nel concordato, ad esempio, i creditori sono individuati sulla scorta dell’elenco fornito dal debitore e dalle indagini compiute dal Commissario (cd. cartolarizzazione). Eventuali contestazioni circa l’an, il quantum o la natura privilegiata del credito possono essere mosse e sono risolte dal GD soltanto ai fini del voto.

**I principi**

Al processo di accertamento dello stato passivo si applicano i seguenti principi cardine, propri di qualsiasi giudizio civile:

1. Il **principio della** **domanda** (v. ex art. 201 CCI, ex 95 L.F.), per il quale il giudizio è attivato su domanda e su impulso di parte (salve le eccezioni su cui più diffusamente infra, in particolare che il GD può pronunciare la decisione anche in assenza delle parti all’udienza).
2. Il **principio di** **corrispondenza tra chiesto e pronunciato** (v. art. 203, 3° co. CCI), per cui il giudice è chiamato a pronunciarsi su tutto quanto domandato dalle parti - e soltanto su di esso - le quali perimetrano con il contenuto dei propri atti il thema decidendum al quale il giudice dovrà attenersi non potendo andare extrapetitum. *Focus:* il Curatore non può proporre l’accoglimento della domanda per un importo maggiore rispetto a quello richiesto dal creditore, anche se la ritiene provata. Nell’ottica di stimolare la leale collaborazione tra le parti il GD può suggerire di integrare la domanda, nei limiti di una mera emendatio libelli che non sconfini in una mutatio libelli .
3. Il **principio dispositivo** per cui spetta a chi propone l’azione o solleva l’eccezione dimostrare i fatti materiali e giuridici su cui essa si fonda.
4. Il **principio del contraddittorio** **e della parità delle armi**: il giudice, salvo che la legge non disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è stata proposta non è stata citata e non è comparsa. In sostanza Dev’essere sempre reso possibile alle parti, almeno potenzialmente, di esercitare con pienezza il proprio diritto di difesa. *Focus*: Il Curatore non può mutare in udienza la proposta formulata nel progetto di stato passivo (magari chiedendo il rigetto della domanda di cui prima aveva proposto l’accoglimento) senza prima notiziarne il creditore, il quale dev’essere messo in condizioni di contraddire. In tal caso il GD dovrà rinviare l’udienza invitando il Curatore a comunicare il verbale d’udienza al creditore interessato. Secondo l’opinione preferibile il contraddittorio è necessario ma il GD provvede anche in assenza delle parti (203, 3° co. CCI).
5. Il **principio di non contestazione**, alla stregua del quale laddove la controparte non contesti i fatti posti a fondamento della domanda o dell’eccezione ad essa rivolta questi fuoriescono dal thema probandum non essendo più bisognosi di prova. Per quanto non sia del tutto incontroverso, appare che la mancata contestazione dei fatti posti a fondamento delle domande del creditore o delle eccezioni del Curatore, comporti riconoscimento degli stessi in applicazione dell’art. 115 c.p.c. Con la precisazione che tale principio riguarda i soli fatti, e non la qualificazione giuridica della domanda e la disciplina applicabile, la cui valutazione rimane appannaggio del giudice. V. più diffusamente infra. Preme osservare il principio di non contestazione onera la parte a contestare, in modo circostanziato e specifico, i soli fatti che ricadono nella propria sfera di afferenza, corollario questo che si dipana con ricadute significative nel processo di verifica, attesa la peculiarità del suo oggetto.

**Le parti**

Il Curatore

Diversamente da quanto accadeva nel vigore della legge fallimentare anteriforma del 2006/2007, il Curatore è oggi una vera e propria parte processuale e non più un mero ausiliario del giudice.

Più specificamente nell’ambito del giudizio di verifica dello stato passivo il creditore, in quanto titolare sostanziale del diritto fatto valere in giudizio, riveste il ruolo di attore, ed il Curatore, in qualità di soggetto contro il quale tale diritto viene fatto valere, sia pure ai soli fini della partecipazione al riparto fallimentare, riveste il ruolo di convenuto.

La figura e le prerogative anche processuali del Curatore mutano a seconda della situazione e del rapporto in cui si pone con il diritto sub iudice.

1. Egli riveste la stessa posizione del fallito allorquando si tratti di far valere dei diritti e delle prerogative giuridiche che facevano già capo al fallito quand’era in bonis.
2. Si pone invece in funzione di terzo, rispetto al debitore ed alle altre parti del giudizio, allorquando rappresenta il ceto tutto dei creditori. Soprattutto quando deve prendere posizione su atti compiuti dal fallito prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale.
3. Assume *tra* i creditori il ruolo di garante della par condicio creditorum.

Nell’ambito della verifica dello stato passivo vengono in luce tutte e tre queste vesti e prerogative del Curatore. Più specificamente quando egli esercita un diritto del fallito, si pone sullo stesso piano ed assume la stessa veste processuale di quest’ultimo. Il Liquidatore assume invece una posizione di terzietà quando si erge a tutela degli interessi di tutti i creditori o della par condicio creditorum tra di essi. Questo triadicità reca con sé importanti ricadute processuali.

Nel primo caso egli può sollevare tutte le eccezioni di rito, come la carenza di legittimazione attiva o passiva, o di merito, come i vizi del negozio generatore del credito, che attengono al fondamento del rapporto giuridico sottostante il credito fatto valere.

*Focus*: eccezione di inadempimento. (cfr. Cass. civ., sez. VI – 1, ord., 20 maggio 2022, n. 16445 secondo cui “In caso di violazione da parte del professionista dell’obbligo di diligenza nella redazione della relazione ex art. 161, comma 3, l.fall., la curatela del fallimento è legittimata ad eccepire l’inadempimento del professionista ai sensi dell’art. 1460 c.c., con esclusione tout court del credito professionale dallo stato passivo.”). Un'altra esemplificazione riveniente dalla prassi è l’eccezione di inadempimento sollevata al membro del collegio sindacale che non ha documentato mediante i relativi verbali la partecipazione alle riunioni del collegio. Nella prassi di molti tribunali l’eccezione di inadempimento viene sollevata soltanto quando la Curatela dispone di tutti gli elementi necessari e sufficienti a provarla e quando l’eccezione è volta meramente a paralizzare la domanda attorea, non bisogna però trascurare che, anche in caso di eventuale mancato accoglimento da parte del GD la questione potrà essere più diffusamente trattata in sede di opposizione.

Nel secondo caso egli può esercitare azioni o sollevare le relative di eccezioni che spettano ai creditori ed alla massa come per esempio l’azione revocatoria ordinaria, la simulazione, o l’inopponibilità di determinati titoli alla massa. Sul punto si rammenta che se pure l’azione è soggetta ad un termine di decadenza o prescrizione in base al principio per cui “quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum” l’eccezione potrà sempre essere sollevata dal Liquidatore in sede di verifica dello stato passivo (in tal senso cfr. Cass. Civ., sez. VI, 26 novembre 2020 n. 26870 secondo cui “Il curatore può eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l’inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione”).

Come conseguenza della sua posizione di terzietà il Liquidatore non soffre di alcune limitazioni probatorie cui soggiacciono soltanto le parti del negozio. Egli, ad esempio, può provare per testimoni la simulazione di un contratto stipulato dal fallito. Da ciò consegue pure l’inammissibilità di certi mezzi di prova nei suoi confronti. Ad es. l’impossibilità di provare il credito mediante il ricorso alle scritture contabili ex artt. 2709 e 2710 c.c. ed al cd. principio della partita doppia. Nella sua veste di terzo il Curatore non riveste il ruolo di imprenditore commerciale e non possono essere utilizzate contro di lui come mezzo di prova le scritture contabili (cfr. Cass. SS.UU. Sentenza n. 4213 del 20/02/2013 secondo cui “L'art. 2710 cod. civ., che conferisce efficacia probatoria tra imprenditori, per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa, ai libri regolarmente tenuti, non trova applicazione nei confronti del curatore del fallimento il quale agisca non in via di successione di un rapporto precedentemente facente capo al fallito, ma nella sua funzione di gestione del patrimonio del medesimo, non potendo egli, in tale sua veste, essere annoverato tra i soggetti considerati dalla norma in questione, operante soltanto tra imprenditori che assumano la qualità di controparti nei rapporti d'impresa.”). Nella prassi però laddove il Curatore non deduca l’inaffidabilità delle scritture contabili può essere ammesso ad usare come elemento indiziario la corrispondenza del credito vantato alle risultanze delle scritture in proprio possesso per accogliere la domanda. Un diverso contegno, pur riscontrato presso numerosi curatori, sarebbe improntata a scarsa lealtà e buona fede.

*Focus*: eccezione di compensazione (V. art. 155 CCI). Va premesso che l’eccezione di compensazione, rappresenta una delle più vistose (e criticate) eccezioni al principio della par condicio creditorum. Si richiama Cassazione, Sez. I civ., 15 aprile 2019, n. 10528 Secondo cui “Nel giudizio di opposizione allo stato passivo, il tribunale fallimentare è investito della competenza a decidere su tutti i fatti modificativi od estintivi dei crediti azionati dai creditori concorsuali, sicché il curatore può proporre in detta sede una eccezione riconvenzionale di compensazione al solo fine di ottenere il rigetto della domanda di partecipazione al concorso […] Affinché operi la compensazione legale e giudiziale il credito opposto in compensazione deve essere incontrovertibile, ossia non essere più soggetto, se del caso anche a seguito di impugnazione, a modificazione non solo nella sua esattezza, ma anche nella sua esistenza”. La stessa giurisprudenza s’interroga anche sulla “'opportunità per la curatela fallimentare di sollevare l'eccezione di compensazione nella sede della verifica dello stato passivo, anziché coltivare il credito risarcitorio sopra descritto nella competente sede giudiziaria per "arricchire" la massa con ulteriori risorse discendenti dal positivo accoglimento della domanda giudiziale così proposta dalla curatela”.

*Focus*: L’opponibilità del titolo generatore del credito alla massa. Data la posizione di terzietà della Curatela rispetto al fallito ed ai creditori, il creditore è tenuto a dimostrare l’opponibilità del titolo da cui scaturisce il proprio credito alla procedura fallimentare, dimostrando che esso ha data certa anteriore alla dichiarazione di liquidazione giudiziale, secondo i dettami dell’art. 2704 c.c. (cfr. Cass. SS.UU. Sentenza n. 4213 del 20/02/2013 secondo cui “In sede di formazione dello stato passivo il curatore deve considerarsi terzo rispetto al rapporto giuridico posto a base della pretesa creditoria fatta valere con l'istanza di ammissione, conseguendone l'applicabilità della disposizione contenuta nell'art. 2704 cod. civ. e la necessità della certezza della data nelle scritture allegate come prova del credito.”) L’inopponibilità del titolo alla procedura fallimentare costituisce un fatto impeditivo al riconoscimento del diritto fatto valere e costituisce pertanto oggetto di apposita eccezione che dovrà essere sollevata e dimostrata da parte del Curatore, potendo però essere anche sollevata d’ufficio dal giudice, non rappresentando un’eccezione in senso stretto (cfr. Cass. SS.UU. Sentenza n. 4213 del 20/02/2013 secondo cui “La mancanza di data certa nelle scritture prodotte dal creditore, che proponga istanza di ammissione al passivo fallimentare, si configura come fatto impeditivo all'accoglimento della domanda ed oggetto di eccezione in senso lato, in quanto tale rilevabile anche di ufficio dal giudice, e la rilevazione d'ufficio dell'eccezione determina la necessità di disporre la relativa comunicazione alle parti per eventuali osservazioni e richieste e subordina la decisione nel merito all'effettuazione di detto adempimento.”).

Come espressione della funzione di garante della par condicio creditorum il Liquidatore può sollevare la cd. eccezione revocatoria. Cfr. Cass. Civ., sez. VI, 26 novembre 2020 n. 26870 secondo cui “va riconosciuta la possibilità per il curatore di utilizzare la revocatoria nell’ambito del procedimento di verifica del passivo fallimentare al fine di eccepire l’inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione e ciò anche se è prescritta la relativa azione. In particolare, l’utilizzabilità di quello strumento in sede di opposizione non risulta in qualche modo condizionata da una sua preventiva enunciazione in sede di ammissione al passivo o dal suo inserimento nel programma di liquidazione, come pure dalla proposizione in via autonoma della corrispondente azione. Pur tuttavia, la sua utilizzabilità in quella sede risulta limitata alla proposizione di una eccezione revocatoria, senza potersi più spingere sino al dispiegamento di una riconvenzionale revocatoria, secondo quanto si riteneva possibile nel regime anteriore alla riforma di cui al d. lgs 5/2006 in quanto l’intero sistema forgiato dagli artt. 98 e ss l.f. non tollera l’introduzione di domande riconvenzionali da parte della curatela, con il conseguente abbandono della tradizionale qualificazione dell’intervento così promuovibile dal curatore negli ampi termini di “revocatoria incidentale” e con la pure conseguente restrizione di paralizzare la pretesa creditoria, il giudice non dichiarando l’inefficacia del titolo del credito o della garanzia né disponendo la restituzione, ma limitandosi ad escludere il credito o la prelazione, a ragione della revocabilità del relativo titolo, con effetti limitati all’ambito della verifica dello stato passivo al quale la richiesta del curatore è strettamente funzionale”.

Caso pratico: Nella prassi si è più volte posta l’attenzione sulla fattispecie dell’insinuazione del diritto di credito per un mutuo, od altra fonte di finanziamento, stipulata in seguito alla rinegoziazione da parte dell’istituto di credito, mediante la quale l’impresa ha ristrutturato la propria debitoria pregressa, assumendo nei confronti dell’istituto garanzie anche reale maggiori e prima inesistenti. In tal caso la Curatela può proporre l’eccezione revocatoria nei confronti del contratto di rifinanziamento. Una parte della giurisprudenza ritiene che, in presenza dell’elemento soggettivo della partecipatio fraudis, l’eccezione vada accolta limitatamente all’assunzione delle maggiori garanzie, le quali determinano una modificazione qualitativa del patrimonio del debitore; ciò che comunque avrebbe l’effetto di riqualificare il grado di privilegio del credito. Secondo un certo indirizzo giurisprudenziale l’intero rapporto potrebbe essere suscettibile di revocatoria, ciò che potrebbe fondarsi sull’eventualmente abusiva concessione del credito da parte dell’istituto finanziario (V. Cass. sez. I, sent. n. 18610 del 30/6/2021).

*Focus*: eccezioni in senso stretto ed in senso lato. Le prime sono quelle riservate alla parte ed insuscettibili di rilievo officioso. La giurisprudenza di legittimità è consolidata nell’affermare che le eccezioni in senso stretto sono tassative ed eccezionali e sono tali solo quelle definite per l’appunto tali dalla legge (v. S.U. 1099/1988).

Il Creditore

Legittimati a presentare domanda di insinuazione al passivo sono i titolari di diritti di credito pecuniari, ivi compreso il terzo che abbia subito l’esperimento vittorioso dell’azione revocatoria da parte del Curatore, ed i titolari di un diritto reale e personale sui beni mobili ed immobili del fallito, colui che vanta un debito di massa ed il rappresentante comune degli obbligazionisti.

Ammessa è anche la presentazione della domanda in via surrogatoria ex art. 2900 c.c., ponendosi in questo caso la problematica del momento in cui insorge l’inerzia che giustifica l’azione in via surrogatoria del creditor creditoris (individuabile nella scadenza del termine per le tardive) e dell’integrazione del contraddittorio con il surrogato (da attuarsi mediante la notifica del ricorso anche a quest’ultimo).

È ammessa anche la presentazione di un’unica domanda per più creditori in qualità di litisconsorti ex art. 103 c.p.c., salva la sussistenza di conflitti d’interessi tra di essi.

La mancata presentazione delle osservazioni da parte del creditore non importa acquiescenza ai sensi dell’art. 329 c.p.c. (v. Cass. 11026/2013). Tale contegno è forse più simile alla contumacia ed ha per conseguenza la mera rinuncia a prendere posizione sulle eccezioni del Curatore, con conseguente possibilità di applicazione del principio di non contestazione, e la rinuncia a sollevare controeccezioni.

È facoltà dei creditori anche di prendere posizione sulle domande di insinuazione degli altri creditori. Ciò appare conforme alla natura del processo che è plurimo, avendo ad oggetto tutte le domande di insinuazione, e litisconsortile, essendo connotato dalla partecipazione del Curatore e di tutti i creditori. L’interesse ad agire in tal senso dei creditori deriva dalla natura concorsuale della procedura fallimentare e della sovente limitatezza delle risorse disponibili tale per cui il diritto di partecipazione al concorso di un creditore trova limite in quello identico degli altri creditori (in particolare di quelli di grado poziore). I creditori possono dunque contestare l’an, il quantum ed il grado di prelazione del credito fatto valere da un loro concorrente. Conseguentemente si pone anche il diritto dei creditori a proporre impugnazione avverso l’ammissione allo stato passivo di altro creditore deliberata dal GD.

Dubbio è se essi possano sollevare eccezioni in senso stretto. Se si sposa la tesi per cui il diritto di sollevare l’eccezione collimerebbe con quello di esercitare la relativa azione, allora tale prerogativa dev’essere esclusa, competendo soltanto al Fallito ed, in sua vece, al Curatore di esercitare i diritti e le azioni facenti parte del compendio fallimentare. Altra tesi invece ritiene disgiungibile il profilo dell’azione da quello dell’eccezione e riconoscibile quindi anche al singolo creditore il diritto di sollevare eccezioni in senso stretto, così come previsto nel processo esecutivo dall’art. 512 c.p.c. con la sola salvezza di quelle eccezioni che comportino disposizione di un diritto del debitore fallito, come quella di compensazione.

Il Giudice delegato

Il giudice delegato ha perduto ogni funzione ufficiosa, per assumere la veste di giudice «terzo» ed «imparziale», quale risolutore dei conflitti. È opportuno sottolineare, però, che vi è chi ritiene che l’eliminazione dei poteri ufficiosi del giudice e la nuova architettura della fase di verifica, non hanno fatto venir meno l’esigenza di approntare uno stato passivo quanto più aderente alla struttura del patrimonio del fallito, ciò implicando che, in determinati casi, ciò possa avvenire solo «mitigando gli effetti di una stretta applicazione del principio dispositivo e dei conseguenti oneri di allegazione e di prova (v. infra).

Il Fallito

Posto che ai sensi dell’art. 143 L. Fall. il fallito subisce lo spossessamento del proprio patrimonio, questi perde la disponibilità dello stesso e della gestione dell’impresa e dei rapporti giuridici che ad essa fanno capo. Si ritiene che la perdita della legittimazione sostanziale porti con sé anche quella della legittimazione processuale anche nell’ambito del giudizio di verifica dello stato passivo.

Il Fallito, quindi, non riveste un ruolo di parte, neppure secondaria, quale interventore per adesione. Non può supplire alle carenze nell’attività propulsiva o difensiva del Curatore e non è titolare di poteri di impugnazione.

Cionondimeno ex art. 203, 4° co. CCI può chiedere di essere sentito e di esaminare il progetto e le osservazioni ed i documenti annessi e, secondo un’interpretazione estensiva della norma, potrebbe formulare eccezioni.

**Instaurazione del giudizio**

La domanda si presenta, inviandola alla p.e.c. della procedura almeno 30 giorni prima dell’udienza di verifica, con ricorso che ricalca lo schema degli art. 163 e 141 c.p.c. e deve contenere:

- l’indicazione della procedura cui si intende partecipare

- il nome del creditore

- l’indicazione del credito nel suo ammontare (cd petitum). Tanto rappresenta il limite massimo del provvedimento di ammissione che il giudice delegato può adottare, senza incorrere nel vizio di ultrapetizione. Il quantum debeatur dev’essere determinato o determinabile, in particolare vanno indicati gli interessi per i debiti di valuta.

- L’indicazione dell’eventuale titolo di prelazione. nel caso in cui venga richiesto il riconoscimento di un privilegio speciale è prevista la descrizione del bene sul quale il creditore intende esercitare il privilegio. In mancanza di indicazione il credito va ammesso in chirografo.

- L’indicazione del diritto reale o personale fatto valere e il titolo che li costituisce. Quanto alla descrizione dei beni da restituire o da rivendicare, occorre evidenziare che per gli immobili l’identificazione può avvenire a mezzo degli estremi catastali e dei confini, mentre per i beni mobili registrati e per i macchinari o le attrezzature industriali occorre precisare i criteri particolari di identificazione adottati nella prassi commerciale.

- La succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto (cd causa petendi).

- L’indicazione dell’indirizzo di posta elettronica certificata, al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla procedura2.

*Focus*: Ammissione dei crediti privilegiati per cui non si rinvengono i beni su cui insistono V. Cass. SS.UU. 16060/2001 secondo cui: “L'ammissione al passivo fallimentare di un credito in via privilegiata non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, che questi siano già presenti nella massa, non potendosi escludere la loro acquisizione successiva all'attivo fallimentare; ne consegue che è a tal fine sufficiente, in sede di verifica dello stato passivo, l'accertamento dell'esistenza del credito e della correlativa causa di prelazione, dovendosi demandare alla successiva fase del riparto la verifica della sussistenza o meno dei beni stessi, da cui dipende l'effettiva realizzazione del privilegio speciale.”.

La forma del ricorso non ammette equipollenti, data la specialità del rito che governa il procedimento. Il ricorso può essere sottoscritto personalmente dal creditore e non richiede l’assistenza tecnica – pur consigliabile attesa la tecnicità della materia – la quale resta legittima e possibile ma non dà luogo al diritto del creditore ad insinuarsi anche per le relative spese. Sono invece insinuabili i crediti per le spese vive e la documentazione del ricorso.

La domanda è dichiarata inammissibile, anche su rilievo officioso (art. 201, 4° co. CCI) nel caso in cui la mancanza degli elementi indicati generi incertezza assoluta, non essendo previsto il meccanismo rimediale di cui all’art. 164 c.p.c. La dichiarazione di inammissibilità non genera preclusioni e la domanda può essere comunque sempre riproposta sia pure con tutte le conseguenze della relativa tardività. Per una tesi diversa invece risulterebbe applicabile la disciplina della nullità con la possibilità per il creditore di precisare il contenuto della domanda con una successiva emendatio libelli.

La domanda di insinuazione, al pari di ogni domanda giudiziale, evita le decadenze, interrompe la prescrizione e la sospende per tutta la durata della liquidazione giudiziale ed oltre, fino all’esaurimento dei giudizi e delle operazioni che proseguono dopo il decreto di chiusura della procedura (v. art. 202 CCI).

Si applica la sospensione feriale ex art. 201, ult. co. CCI

**Natura del giudizio**

La natura del giudizio è dibattuta. Attenendosi all’impianto normativo si tratterebbe di procedimento camerale ibrido, ma tale riferimento è più che altro nominalistico dacché il legislatore non stabilisce un richiamo alle norme degli artt. 737 e ss. ma detta una disciplina ad hoc dettagliata.

Secondo la tesi maggioritaria e preferibile si tratta di un rito a cognizione piena la cui sommarietà è ravvisabile soltanto con riferimento alla mancanza di una vera e propria costituzione delle parti (si ricordi che il GD può decidere in assenza delle stesse) all’informalità nella proposizione delle eccezioni, ma soprattutto con riguardo all’istruttoria la quale non avviene secondo le cadenze del c.p.c. ma in modo deformalizzato secondo la direzione del GD (v. art. 203, 3° co., CCI). La nuova formulazione del CCI sembra aprirsi all’istruttoria tipica del procedimento a cognizione piena dando occasione di rimeditare la tradizionale sommarietà del giudizio di verifica, tale da ammettere il ricorso anche a strumenti istruttori finora inediti, come ad esempio la consulenza tecnica d’ufficio, pur sempre nei limiti della compatibilità con la speditezza del procedimento.

Lo sviluppo del processo è demandato al giudice che contempera le esigenze di speditezza con quelle del contraddittorio e del diritto di azione e difesa. Ai sensi dell’art. 203 CCI il giudice procede alla trattazione delle domande, disponendo se necessario il rinvio delle operazioni. Si tratta di procedimento deformalizzato demandato per lo svolgimento alla direzione del GD che detta tempi e modalità. Nella sua dimensione fisiologica il giudizio si svolge in un’unica udienza cionondimeno l’udienza può essere rinviata quando occorre un approfondimento istruttorio o quando, a seguito delle difese svolte e nel rispetto del principio del contraddittorio, s’impone il differimento dell’udienza per permettere alle parti di ribadire alle difese avversarie.

**Prova**

In osservanza del principio dispositivo e della natura contenziosa del processo di verifica, sia i creditori che il Curatore (attesane la qualità di parte) sono tenuti a fornire la prova dei fatti semplici e complessi, materiali e giuridici posti a fondamento dei diritti rivendicati e delle eccezioni sollevate ai sensi dell’art. 2697 c.c.

Tale prova egli può essere fornita con il ricorso a tutti i mezzi di prova, tipici ed atipici, ammessi, con l’esclusione di quelli che presuppongono la titolarità del diritto come la confessione ed il deferimento del giuramento. In tale ultima ipotesi taluno ritiene possibile procedervi con l’autorizzazione del giudice delegato.

La natura dispositiva del processo fa sì che incomba sulla parte l’onere di asseverazione, cionondimeno occorre mitigare la rigidità di questo assunto in considerazione del fatto che nel giudizio di accertamento le parti non si trovano in condizioni di parità. Il Curatore, infatti, ha accesso – almeno laddove disponga delle scritture contabili – ad un vasto patrimonio di dati ed informazioni utili ai fini di prova. Se quindi dovrebbe ritenersi escluso il “soccorso istruttorio” del GD come del Curatore non si può tacere l’esigenza di approntare uno stato passivo quanto più aderente alla struttura del patrimonio del fallito, ciò implicando che, in determinati casi, ciò possa avvenire solo «mitigando gli effetti di una stretta applicazione del principio dispositivo e dei conseguenti oneri di allegazione e di prova.

La modifica, intervenuta nel 2007, dell’art. 93 l. fall., con l’abrogazione del 7° comma, aveva comportato l’eliminazione del termine decadenziale ivi previsto per la produzione dei documenti giustificativi del diritto di credito vantato. Del pari la l’art. 95, 2° comma, l. fall., modificato, prevedeva che «i creditori ed i titolari di diritti sui beni e il fallito possono esaminare il progetto e presentare osservazioni scritte e documenti integrativi fino all’udienza» di verifica. La nuova disciplina ha rimosso la preclusione alla produzione documentale ed alla proposizione di osservazioni ed eccezioni, spostando in avanti e sino all’udienza di verifica il termine per l’allegazione e l’asseverazione. Tale formulazione, ripresa dal combinato disposto degli artt. 201, 6° co e 203, 2° co. CCI, induce taluno a ritenere che non è previsto un termine di decadenza per la prova potendo questa essere prodotta fino all’udienza. In tal senso v. Cass. 10.4.2012, n. 5659 secondo cui “in tema di accertamento dello stato passivo, la mancata presentazione di osservazioni del creditore al progetto di stato passivo depositato dal Curatore non comporta acquiescenza alla proposta e conseguente decadenza della possibilità di proporre eccezioni, non potendo trovare applicazione il disposto dell’art. 329 c.p.c. rispetto ad un provvedimento giudiziale non ancora emesso; inoltre l’art. 95, comma 2°, l. fall. prevede che i creditori “possono” esaminare il progetto, senza porre a loro carico un onere di replica alle difese e alle eccezioni del Curatore entro la prima udienza fissata per l’esame dello stato passivo, così da escludere che il termine predetto sia deputato alla definitiva e non più emendabile individuazione delle questioni controverse riguardanti la domanda di ammissione”.

Il principio di tipicità del giudizio di accertamento del passivo porta con sé alcuni corollari. Tra questi l’inammissibilità delle domande riconvenzionali, che finirebbero inevitabilmente ed indebitamente per ampliare il thema decidendum. Esso, quindi, risulta delimitato dalle domande poste e dalle eccezioni e controeccezioni sollevate dalle parti.

*Focus:* principio di non contestazione. A dispetto dell’applicabilità del principio di non contestazione al giudizio di verifica dello stato passivo, il GD non è vincolato alla proposta del Curatore e non è tenuto ad accogliere la domanda. Se pure il fatto su cui si base la domanda deve ritenersi incontroverso il GD può sempre riqualificare la domanda medesima ed in ogni caso, nel rispetto del principio iura novit curia, determinare la disciplina ad esso applicabile, potendo quindi sollevare eccezioni di rito o di merito rilevabili d’ufficio, concludendo per il rigetto della domanda anche laddove il Curatore ne avesse chiesto l’ammissione.

**Il contenuto del decreto**

Compiuto tutto l’esame dello stato passivo il GD lo chiara esecutivo con decreto. È importante notare che lo stato passivo viene dichiarato esecutivo integralmente e per intero solo all’esito dell’esame di tutte le domande, essendo insuscettibile di esecutorietà parziale nel caso in cui l’esame di alcune domande sia rimandato.

È prassi del Tribunale di Pisa che il GD dichiari l’esecutorietà dello stato passivo nell’unica udienza o nell’ultima udienza di verifica dello stato passivo in calce al verbale dell’udienza di verifica nel quale inserisce l’elenco delle domande predisposto dal curatore (anche a mezzo del programma di gestione di cui si avvale) sulle quali provvede sinteticamente nel riquadro apposito.

La verifica dello stato passivo può condurre ai seguenti esiti:

Accoglimento semplice, totale o parziale: Il creditore viene ammesso allo stato passivo ed a partecipare alla distribuzione del ricavato per l’importo e con il grado richiesto o riconosciutogli. Il bene oggetto della domanda di restituzione o rivendica è sottratto alla liquidazione.

Accoglimento con riserva: il creditore è ammesso a partecipare alla distribuzione subordinatamente al verificarsi della condizione dedotta quale riserva, al verificarsi della quale è definitivamente ammesso, oppure al non prodursi della quale egli è definitivamente escluso. Nelle more del decorso del periodo necessario al verificarsi della condizione egli non ha diritto di partecipare alla distribuzione del ricavato ma solo ad ottenere l’accantonamento della quota di eventuale spettanza.

Rigetto:

1. Per motivi di rito. Allorquando la domanda difetti dei presupposti processuali o dell’azione. In tal caso non si crea alcuna preclusione e la domanda è riproponibile ex art. 204, 1° co. CCI.
2. Per motivi di merito. Allorquando il giudice accerti l’insussistenza dei fatti materiali e giuridici posti a fondamento della domanda, o accerti il fondamento delle eccezioni sollevate dal Curatore o dai creditori o accerti l’inopponibilità alla procedura del titolo su cui si fonda il diritto. In tal caso si crea una preclusione che impedisce definitivamente la partecipazione al concorso, consentendo al creditore di agire soltanto nei confronti del debitore tornato in bonis.

**Gli effetti del decreto**

Il decreto con cui il GD dichiara l’esecutività dello stato passivo ha efficacia esclusivamente endoconcorsuale. Esperiti o rinunciati i mezzi di impugnazione acquisisce la stabilità del giudicato ai soli fini e in funzione della liquidazione giudiziale.

Si può parlare di giudicato in senso formale perché (salvo il rigetto in rito che non impedisce la ripresentazione), esso determina una preclusione a favore del creditore in caso di accoglimento: la partecipazione del creditore al concorso diviene incontestabile ed al Curatore resta preclusa la facoltà di adire il giudice ordinario per far dichiarare insussistente la pretesa creditoria riconosciuta in sede di verifica. Oppure una preclusione a sfavore al creditore in caso di rigetto: questi non potrà ulteriormente ripresentare la domanda, restando salvo il diritto di impugnare il rigetto e tenuto conto del carattere interamente devolutivo del giudizio di opposizione allo stato passivo. Tale principio si salda con quello espresso ex art. 229 CCI il quale stabilisce l’irretrattabilità dei pagamenti effettuati a seguito dei riparti parziali e finali, salva la revocazione.

Sia di giudicato in senso sostanziale, il provvedimento del GD fa stato tra le parti, sia pure limitatamente alla liquidazione giudiziale in seno alla quale è stato pronunciato. Ciò implica che eventualmente il creditore potrà sempre promuovere un’azione contro il debitore tornato in bonis (non incidendo l’eventuale esdebitazione, la quale ex art. 142 afferisce i soli creditori concorsuali), dacché al di fuori del concorso il pronunciamento del giudice non ha efficacia di giudicato ai sensi dell’art. 2909 c.c. potendo essere ritenuto al più quale argomento di prova.

Il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, di talché apparirebbe precluso al creditore di ripresentare un’ulteriore domanda fondata sulla medesima causa petendi ed in particolare su fatti già realizzatisi (e quindi deducibili) anteriormente alla formazione del giudicato.

**Ammissione di domande con riserva**

Rappresenta uno dei possibili contenuti decisori del decreto del GD ed è costituito da un accoglimento condizionale, i cui effetti sono subordinati al verificarsi futuro ed incerto di un evento che è dedotto quale oggetto della riserva.

Per effetto dell’ammissione con riserva il creditore non partecipa (ancora) al concorso ma matura soltanto il diritto all’accantonamento in sede di riparto parziale e finale delle somme dovutegli (per il caso in cui la condizione si verifichi) ed ha diritto di voto nel concordato fallimentare.

Allorquando l’evento dedotto quale oggetto della conversione si verifichi, il creditore o il liquidatore debbono instare perché il GD modifichi lo stato passivo disponendo l’accoglimento pieno (e l’eventuale assegnazione delle somme accantonate) od, in caso contrario, disponga l’integrale rigetto della domanda.

I casi di ammissione con riserva sono **strettamente tipici e tassativi** e sono quelli indicati dall’art. 204 CCI, oltre quelli specificamente indicati dalla legge, tra cui principalmente la fattispecie di cui agli artt. 87 e 88 D.P.R. 603/1972 in materia di crediti tributari.

La riserva apposta per ragioni ed in fattispecie estranee a quelle legislativamente contemplate si ha come non apposta e vale come ammissione pura e semplice. Diversamente, se il GD richiama i presupposti applicativi di una delle ipotesi tipiche di riserva, il creditore che li ritenga insussistenti deve interporre opposizione altrimenti il provvedimento si cristallizza.

Ipotesi di ammissione con riserva:

1. “i crediti condizionati e quelli indicati all'articolo 154, comma 3”.

Si tratta dei crediti sospensivamente (e secondo i più anche risolutivamente condizionati). Vi sono inclusi anche i crediti subordinati ad un preventivo beneficium excussionis dell’obbligato principale. Tale ultima ipotesi evidentemente non rappresenta una fattispecie di credito condizionale, trattandosi di un’ipotesi di mera inesigibilità (prima dell’escussione del coobligato). Da tale considerazione è derivata un’interpretazione largheggiante della natura condizionale del credito nella giurisprudenza, la quale ha ritenuto passibili di ammissione con riserva anche: i diritti appartenenti alla cognizione di un giudice speciale, contestati nell’an e nel quantum; i diritti dipendenti da una modificazione giuridica da attuarsi innanzi al giudice della cognizione ordinaria; il diritto di regresso del fideiussore nei confronti del coobligato principale.

*Focus*: L’ammissione di crediti afferenti obbligazioni solidali. Ex art. 160 CCI il creditore di più condebitori solidali può insinuarsi per l’intero nel fallimento di uno (o ciascuno) dei due. Non si tratta di un credito condizionato e l’ammissione è piena, salvo sia previsto dalla legge o dal contratto un beneficium excussionis. Il condebitore può esercitare il regresso solo ove il creditore sia soddisfatto per l’intero (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 3216 del 01/03/2012 secondo cui “Il principio della cristallizzazione della massa passiva non impedisce, di regola, la sostituzione del credito spettante, in via di surrogazione o regresso, al coobbligato solidale, il quale abbia pagato in data successiva alla dichiarazione di fallimento del debitore principale, operando il pagamento come causa estintiva del credito vantato da quest'ultimo nei confronti del debitore principale, con la conseguente esclusione di qualsiasi duplicazione di crediti; ne deriva quindi che il coobbligato non è tenuto ad insinuare al passivo il proprio credito con riserva, potendo farlo valere in sede fallimentare con l'ordinaria istanza di ammissione, tempestiva o tardiva. Tuttavia, è inammissibile la surrogazione, allorché il pagamento effettuato dal coobbligato o dal fideiussore non risulti interamente satisfattivo della pretesa del creditore, ostando a ciò l'art. 61, secondo comma, legge fall., il quale costituisce una norma speciale che introduce un'eccezione al principio dell'opponibilità al creditore comune dei pagamenti parziali ricevuti, e, nel subordinare l'esercizio dell'azione di rivalsa alla condizione che il creditore comune sia stato soddisfatto per l'intero credito ove il pagamento sia effettuato successivamente alla dichiarazione di fallimento, detta una disposizione applicabile non solo all'azione di regresso, specificamente contemplata dalla norma in esame, ma anche a quella di surrogazione, posto che, ai fini dell'ammissibilità tanto della surrogazione, quanto del regresso, ciò che rileva non è la circostanza che attraverso il pagamento il coobbligato abbia totalmente assolto la propria obbligazione, ma che l'adempimento risulti integrale "ex parte creditoris", cioè idoneo ad estinguere la pretesa che il creditore comune abbia insinuato o possa insinuare al passivo del fallimento”).

*Focus*: L’ammissione al passivo di crediti appartenenti alla giurisdizione di giudici speciali. Secondo giurisprudenza consolidata laddove il credito contestato appartenga alla giurisdizione esclusiva di un giudice speciale si applicano regole analoghe a quelle previste per i crediti tributari dal combinato disposto degli artt. 87 e 88 D.P.R. 602/1973. Pertanto, il GD ammetterà il credito con riserva che verrà sciolta all’esito del processo pregiudiziale (cfr. Cass. SS.UU, Sentenza n. 12371 del 16/05/2008 secondo cui “In tema di fallimento, nelle ipotesi in cui venga chiesta l'ammissione al passivo di un credito il cui accertamento è devoluto alla giurisdizione della Corte dei conti, e l'ammissione sia contestata, non viene meno il potere del giudice fallimentare di ammettere il credito con riserva, essendo gli organi fallimentari tenuti a considerare il credito come condizionale ed a sciogliere la riserva in relazione all'esito del processo dinanzi al giudice competente, sì da consentire al creditore la partecipazione al riparto mediante accantonamento”).

1. “i crediti per i quali la mancata produzione del titolo dipende da fatto non riferibile al creditore, a condizione che la produzione avvenga nel termine assegnato dal giudice”.

Si tratta dei crediti per i quali il creditore, per fatto inimputabile non abbia potuto fornire i documenti che diano prova dei fatti costitutivi della pretesa. A tal fine egli deve esplicitamente chiedere l’ammissione con riserva indicando il documento che non è in grado di produrre e la causa della non imputabilità.

La nuova formulazione normativa permette forse di sciogliere un dubbio maturato nel vigore dell’art. 96 L.F., dovendosi ritenere che allorquando il GD ammette con riserva il credito deve assegnare al creditore un termine per la produzione documentale, allo scadere del quale, il credito sarà ammesso od escluso a seconda che la produzione avvenga o meno e che il GD ritenga provati i fatti costitutivi della pretesa.

1. “i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunziata prima della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale. Il curatore puo' proporre o proseguire il giudizio di impugnazione”.

Se la sentenza (idem è a dirsi per gli altri provvedimenti dal contenuto decisorio) resa nell’ambito del giudizio di cognizione è passata in giudicato anteriormente alla dichiarazione di fallimento il GD è vincolato dalla pronuncia che fa stato anche nel giudizio di verifica.

Se la sentenza è stata emessa, a favore o contro la società in liquidazione, anteriormente al fallimento ma non è ancora passata in giudicato alla data della sua dichiarazione il Liquidatore o il creditore dovranno proporre o proseguire il giudizio di impugnazione per evitare che essa passi in giudicato. In tal caso il credito è ammesso con riserva.

Sussistono dubbi circa lo strumento di impugnazione del decreto di modifica dello stato passivo a seguito dell’ammissione con riserva. Per taluni esso è rappresentato dal reclamo ex art. 124 CCI (ex art. 26 L.F.) per altri dall’opposizione allo stato passivo ex art. 206 CCI (ex art. 98 L.F.) che va promossa contro lo stato passivo per come modificato.

**Sinossi delle modifiche del CCI in tema di verifica dello stato passivo:**

CCI Art. 200= 92 L.F.

CCI Art. 201= 93 L.F.

CCI Art. 202= 94 L.F.

CCI Art. 203= 95 L.F.

CCI Art. 204= 96 L.F.

CCI Art. 205= 97 L.F.

CCI Art. 209=102