

L'INGIUSTO PROCESSO DI FALLIMENTO

Prof. Girolamo Bongiorno

1. Per lungo tempo si è ritenuto che le procedure concorsuali giurisdizionali dovessero assolvere alla precipua funzione di soddisfare i creditori dell'impresa, con eguale regolamento per tutti i rapporti. Da qui la convinzione che la più importante tra di esse, cioè il fallimento, per il suo carattere liquidatorio, fosse un'esecuzione forzata.

L'insufficienza dell'impostazione tradizionale fu inizialmente avvertita da Andrioli il quale ebbe ad osservare che *"le finalità del fallimento impongono di distinguerlo dall'espropriazione individuale per motivi che non si esauriscono nella diversa ampiezza dell'obiettivo; in fondo, è l'insolvenza che giustifica la liquidazione dell'intero patrimonio del fallito e l'eventuale integrazione di questo"*; ma Andrioli non ritenne di portare avanti questo discorso, anzi ritornò immediatamente nel solco della tradizione (*"finalità del fallimento non è l'eliminazione dell'impresa del debitore mediante l'integrale liquidazione del suo attivo, ma la soddisfazione forzata dei suoi creditori"*).

Satta ebbe il coraggio di modificare radicalmente la propria opinione (manifestata nelle numerose edizioni delle *Istituzioni di diritto fallimentare*), essendosi convinto che se le procedure concorsuali finiscono *anche* col soddisfare i creditori, non è questo il fine che le caratterizza. Da qui la distinzione dall'espropriazione forzata del codice di procedura civile.

A ben guardare, il vero, fondamentale scopo della dichiarazione di fallimento è quello di eliminare dal mondo dell'economia gli organismi che, non più capaci di continuare a svolgere i loro compiti con la prosecuzione della propria attività, arrecano pregiudizio a tutti coloro con i quali intrattengono rapporti.

Così la Relazione ministeriale alla legge fallimentare del 1942, dove viene posto in evidenza che lo Stato vuole assicurare *"una più energica tutela degli interessi generali rispetto a quelli individuali dei creditori e del debitore"*.

Sicché nel processo di fallimento la tutela *uti singuli* dei creditori viene assicurata solo *occasionalmente*, in quanto è lo Stato che assume la veste di "*supremo arbitro della instaurazione della procedura*".

Questa prospettazione, peraltro, è stata recentemente recepita nelle leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, dove si mira essenzialmente al recupero dei valori dell'impresa ed al salvataggio dei posti di lavoro, e non certo alla tutela dei creditori, i cui diritti vengono, piuttosto, fortemente sacrificati.

Se, dunque, nella concezione pubblicistica del legislatore del 1942, va preso innanzitutto in considerazione l'interesse della collettività di liberarsi da quegli organismi insolventi che, continuando a contrarre disordinatamente obbligazioni con una se ne indeterminata e indeterminabile di soggetti, arrecano grave pregiudizio al tessuto sociale e al pubblico credito, può affermarsi che il fallimento non nasce come "*procedimento di attuazione della responsabilità patrimoniale*". Lo riprova il fatto che se l'impresa sono prospettive di ricostituzione del patrimonio o di esiti positivi di azioni di recupero, il fallimento viene dichiarato egualmente, per essere chiuso subito dopo ai sensi dell'art.118 l.fall., n.4 per mancanza di attivo, senza che occorra procedersi alla verifica dello stato passivo.

Per converso, se vi sono dei beni e vengono posti in liquidazione, per essere destinati al pagamento di quei creditori che lo abbiano espressamente richiesto (proponendo domanda di ammissione al passivo e, ad un tempo, di partecipare alla distribuzione dell'attivo), questo è un fatto che non interessa più la collettività, perché non si tratta di un fenomeno economico. Tant'è che se i creditori non vogliono questo tipo di soddisfazione concorsuale, che si svolge sotto la direzione ed il rigoroso controllo degli organi della procedura, il fallimento si chiude, in quanto lo scopo primario di eliminare l'impresa è stato già raggiunto con la dichiarazione giudiziale dell'insolvenza. Tutto il resto rimane una questione privata tra debitore e creditori, i quali possono provocare in vari modi la chiusura del procedimento di liquidazione concorsuale vuoi astenendosi dal presentare domande di ammissione al passivo, vuoi ritirandole,

vuoi aderendo alla proposta di concordato fallimentare.

2. Di contro si continua ad utilizzare l'istanza di fallimento come strumento di A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*) per far fronte agli inconvenienti provocati dalla esasperata ed insopportabile durata delle procedure esecutive regolate dal codice di procedura civile. Ma quel che è più grave è che sono proprio i nostri tribunali ad agevolare l'applicazione non corretta della legge propria del fallimento.

E' un dato innegabile della realtà che si abusa dell'istanza per la dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza per costringere il debitore inadempiente, che sia anche imprenditore commerciale, a dare esecuzione alle proprie obbligazioni.

Quotidianamente, sotto gli occhi dei giudici preposti alla c.d. istruttoria prefallimentare, i debitori in solviti commettono reati di bancarotta preferenziale. Essi, infatti, pur di evitare la dichiarazione di fallimento, con tutte le inevitabili implicazioni di natura personale e patrimoniale che essa comporta, pagano i creditori istanti (solitamente in più riprese, con il sistema del rinvio dell'udienza di comparizione nella quale devono essere sentiti), danneggiando così quei creditori più corretti, che hanno preferito la via dell'esecuzione processuale del credito, iniziando le ordinarie procedure dirette alla espropriazione dei singoli beni del debitore inadempiente.

3. Altra grave deviazione della iniziativa per la dichiarazione di fallimento è dato cogliere nell'uso perverso che ne fanno alcuni creditori laddove altri, più solerti nell'iscrivere ipoteca (volontaria o giudiziale) sui beni del comune debitore, si rifiutino di aderire alla c.d. richiesta di *allineamento* (collocazione nello stesso grado ipotecario). Si verifica precisamente in questi casi che soprattutto gli istituti di credito venuti a conoscenza di una recente iscrizione ipotecaria sul patrimonio del comune debitore, fanno presente di vedersi costretti, in funzione della *par condicio*, a sollecitare il fallimento per far dichiarare inefficaci ex art.167 l.fall. le garanzie da altri acquisite; a meno che

questi ultimi ... non aderiscano alla richiesta di *allineamento!* Una autentica estorsione, dunque, che viene consumata con il concorso (questa volta incolpevole) del tribunale fallimentare, costretto a sua volta a dichiarare comunque il fallimento onde assicurare la realizzazione del soddisfacimento paritetico del diritto di garanzia generica spettante a tutti i creditori sul patrimonio del debitore.

A nessuno sfugge come in tal modo si faccia un uso distorto di un istituto che, nelle intenzioni del legislatore, non avrebbe dovuto essere uno strumento per sovvertire la regola *prius in tempore, potior in iure*, utilizzato dai creditori meno diligenti per minacciare chi è stato più accorto.

4. Il termine per l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento è di soli quindici giorni e non è soggetto a sospensione per il periodo feriale.

Come è agevole rendersi conto si tratta di una norma *ingiusta*; specialmente se si considera che l'opposizione dà inizio ad un ordinario giudizio di cognizione, caratterizzato da una complessa fase istruttoria e quindi necessariamente lento.

Ed allora perché tanta, inutile fretta all'inizio?

Si aggiunga che la decorrenza di tale termine è diversificata: per il creditore istante e per gli altri interessati esso decorre dalla data di affissione della sentenza dichiarativa di fallimento, mentre per il debitore bisogna fare riferimento esclusivamente alla comunicazione ad opera della cancelleria dell'estratto della sentenza stessa.

5. L'opposizione alla sentenza di fallimento pone un altro problema: se in seguito al giudizio *ex art. 18 l.fall.* viene accertato che il tribunale adito non avrebbe potuto dichiarare lo stato di insolvenza, essendo incompetente *ratione loci*, è sufficiente la mera traslazione degli atti al tribunale competente, ovvero la sentenza deve essere tolta di mezzo e il fallimento revocato?

Un'autorevole corrente dottrina (che peraltro ha raccolto i suffragi di

numerose decisioni di merito) , rifacendosi alla opinione di Bonelli, ritiene che l'incompetenza territoriale del tribunale che abbia dichiarato il fallimento "*per errore*" non comporti la nullità della sentenza dichiarativa, ma la semplice rimessione della, procedura concorsuale davanti al giudice competente, con la possibilità di utilizzare gli atti compiuti dal precedente curatore che conserveranno tutti i loro effetti.

Ma questa impostazione, anche se dettata dall'esigenza di ordine pubblico di tutelare l'interesse dei creditori e di evitare "*il naufragio di un processo fallimentare*", non può essere condivisa per svariati ordini di motivi. Innanzitutto perché la competenza a conoscere della procedura concorsuale, in considerazione della natura delle funzioni affidate agli organi giurisdizionali ad essa preposti e della relazione con il luogo in cui essa deve svolgersi, presenta il carattere dell'assolutezza e della inderogabilità; pertanto se in sede di opposizione ai sensi dell'art.18 l.fall. viene accertato che sono state violate le norme inderogabili sulla distribuzione nell'ambito dei vari tribunali della potestà di pronunciare la sentenza dichiarativa, tale provvedimento deve essere puramente e semplicemente dichiarato nullo e quindi revocato, pur sussistendo le condizioni sostanziali per farsi luogo alla dichiarazione giudiziale del dissesto (carattere commerciale dell'impresa, insolvenza e, nel caso di estensione, vincolo di partecipazione).

Alla medesima conclusione deve pervenirsi laddove la Suprema Corte, chiamata a statuire con il regolamento di cui all'art.43 c.p.c., abbia accertato l'incompetenza indicando ad un tempo il giudice davanti al quale dovrà svolgersi la procedura; anche in questo caso, atteso che la sentenza resa dal tribunale incompetente rimane inequivocabilmente viziata da quella caratteristica nullità che colpisce tutti i provvedimenti emessi da giudici funzionalmente sprovvisti di potestà giurisdizionale, si rende necessaria una nuova dichiarazione di fallimento da parte del tribunale competente al quale siano stati trasmessi, di ufficio, gli atti del procedimento, ovvero sia stato comunque sollecitato a pronunciarsi in seguito alla proposizione di nuove

istanze.

Ma in questo modo non tutti i problemi sono risolti, in quanto rimane da stabilire che sorte avranno gli atti legalmente compiuti durante la pendenza del giudizio di opposizione o di regolamento di competenza, atteso che la sentenza dichiarativa continua a produrre i molteplici effetti che le sono propri.

Ed infatti, per un verso non è consentito al giudice dell'opposizione sospendere l'esecuzione della sentenza dichiarativa; per altro verso la sentenza che conclude il giudizio di opposizione è idonea a produrre la revoca del fallimento solo col passaggio in giudicato.

In questo lungo lasso di tempo (spesso bisogna attendere l'esaurimento di tre gradi del giudizio) si possono essere verificate modificazioni che risultano irreversibili: si pensi a quei rapporti giuridici che, per l'intervenuto fallimento, si sciogliono automaticamente (contratti di conto corrente, di mandato, di associazioni in partecipazione, do commissione). E non è concepibile che dopo la revoca del fallimento siffatti rapporti acquistino efficacia laddove la prestazione sia divenuta impossibile o l'altra parte non vi abbia più interesse.

Discorso diverso va fatto per gli atti legalmente compiuti dagli organi del fallimento, per i quali vale il principio che la sentenza dichiarativa non costituisce il presupposto di essi; sicchè la loro legittimità va verificata indipendentemente dai vizi che, inficiando il provvedimento di apertura, ne hanno provocato la caducazione.

Al riguardo va in primo luogo presa in considerazione l'esigenza di tutela dei diritti dei terzi di buona fede e, più in generale, di tutti coloro che abbiano intrattenuto rapporti con l'amministrazione fallimentare nel suo complesso. Il discorso vale per le alienazioni di beni, l'assunzione di obbligazioni, il perfezionamento di transazioni, i pagamenti effettuati ai creditori, e così via; in questi casi la legge parla chiaro: se tali atti sono stati legalmente compiuti i loro effetti *"restano salvi"* (art.21, comma primo, l.fall.).

Con specifico riferimento agli atti pregiudizievoli ai creditori va

precisato che il passaggio in giudicato della sentenza di revoca del fallimento fa perdere ogni valore alla pronuncia di inefficacia nel frattempo intervenuta, essendo siffatta decisione condizionata al permanere nella procedura concorsuale. A maggior ragione divengono improcedibili le azioni revocatorie fallimentari ancora pendenti.

6. Nel campo delle azioni revocatorie fallimentari vengono commesse quotidianamente gravi ingiustizie.

A cominciare dall'autentica invenzione di quel diabolico marchingegno, escogitato ed introdotto dalla fertile fantasia dei curatori e avallato dai giudici delegati, inteso come *consecuzione delle procedure concorsuali*, diretto a consentire l'esercizio delle azioni revocatorie anche dopo che siano da tempo trascorsi i termini di cui all'art. 67 l. fall.

Incoerente e profondamente ingiusto è, poi, il comportamento tenuto dai giudici delegati in sede di valutazione della prova della *scientia decoctionis*. Vengono usati due pesi e due misure: le *presunzioni semplici* sono considerate sufficienti, e quindi idonee a provare che il convenuto in revocatoria conoscesse la situazione di crisi in cui si versava il suo debitore; per converso, viene usato un criterio di estremo rigore probatorio a carico del soggetto su cui incombe l'onere di dimostrare la *inscentia decoctionis*.

La tendenza ad assimilare la *conoscibilità* alla effettiva conoscenza e l'uso non corretto del meccanismo delle presunzioni finisce con l'attribuire grande rilievo alla circostanza che l'atto da revocare sia stato compiuto da un operatore professionale o comunque qualificato (si pensi alle banche); da tale circostanza, infatti, si inferisce che in questi casi il terzo contraente, per la sua peculiare posizione, ha il dovere di tenersi informato delle condizioni patrimoniali del soggetto al quale intrattenga rapporti di natura economica: *ergo* egli avrebbe dovuto conoscere necessariamente lo stato di dissesto del cliente.

Viene così introdotto, nella valutazione della condotta del terzo contraente, un elemento di doverosità estraneo al sistema della legge propria

del fallimento.

Valga qualche esempio significativo:

- La prova della *scientia decoctionis* viene desunta dall'invito immediato che una banca abbia rivolto al cliente di rientro dell'esposizione debitoria;
- La revoca del fido da parte di un istituto di credito, in reazione alla sua particolare professionalità ed accortezza, in assenza di validi motivi idonei a giustificarla, viene considerata come presunzione grave di conoscenza dello stato di insolvenza del cliente;
- La conoscenza dello stato di insolvenza sarebbe deducibile dal fatto che la banca abbia chiuso il conto corrente, accordando al cliente una dilazione del debito residuo, ovvero abbia accettato un concordato stragiudiziale, oppure abbia partecipato a riunioni indette dal debitore allo scopo di ripianare le proprie esposizioni;
- Si considera indice di conoscenza dello stato di insolvenza il fatto che la banca abbia applicato un tasso medio ad una azienda leader, anziché più favorevole, così dimostrando che l'impresa non era affidabile;
- La prova della *scientia decoctionis* viene desunta dal fatto che la banca abbia revocato gli affidamenti chiedendo il rientro entro un giorno;
- il realizzo di un pegno e la revoca improvvisa del fido vengono considerati elementi sufficienti a dimostrare la conoscenza, da parte della banca, dell'insolvenza del suo correntista;
- l'onere del curatore si ritiene assolto con la dimostrazione che la banca convenuta abbia fatto ricorso al pignoramento presso terzi, proprio perchè consapevole che la debitrice non era in condizione di versare una qualunque somma di denaro liquido.

Come ognuno vede l'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza di merito nei confronti delle banche è eccessivamente severo e penalizzante. Tant'è che in questi ultimi tempi i giudici di merito, consapevoli di essere accusati di forzature interpretative dirette a ridurre l'onere probatorio del curatore fallimentare mediante il ricorso a presunzioni di non rigorosa logicità, hanno avuto l'accortezza di precisare che in tema di revocatoria fallimentare il principio che assimila la conoscibilità alla effettiva conoscenza dello stato di dissesto in cui versa il debitore, muovendo da un ragionamento di tipo presuntivo, deve essere basato su elementi gravi, precisi e concordanti, attraverso il riferimento a criteri di comune capacità di comprensione ed indagine.

Ed infatti, altro è dire, in astratto, che le banche sono operatori professionali e comunque qualificati nel mondo dell'economia, come tali dotati di specifiche conoscenze tecniche, altro è far discendere, premessa (e quindi dare per scontato) che tutti i funzionari degli istituti di credito accedono a speciali fonti informative e si avvalgono di strumenti di indagine privilegiati che consentono loro di venire a conoscenza, prima di ogni altro, dello stato di dissesto in cui sono venuti a trovarsi i clienti-imprenditori con i quali le banche intrattengono rapporti.

Come è agevole rendersi conto in tal modo si finisce col sovvertire giudizialmente le regole sull'onere della prova; ed infatti, nel momento stesso in cui il giudice consente al curatore di addurre soltanto fatti secondari o semplici elementi indiziari, senza pretendere che vengano fornite prove in senso proprio del fatto costitutivo, sostanzialmente ribalta sul terzo convenuto in revocatoria l'onere di provare il contrario.

Si perviene così ad una vera e propria equiparazione dell'azione revocatoria di cui al secondo comma dell'art.67 l.fall. alle ipotesi previste nel primo comma: una autentica manipolazione della ripartizione degli oneri probatori tra le parti, che finisce col favorire il curatore fallimentare, a discapito del terzo.

Tant'è che i medesimi giudici che considerano le presunzioni semplici idonee ad assolvere all'onere della prova della *scientia decoctionis*, nelle ipotesi di azioni revocatorie fallimentari *ex art.67*, primo comma, laddove incombe sul convenuto in revocatoria la prova della insolvenza, assumono atteggiamenti esattamente opposti.

Ed infatti in questi casi si è sempre preteso l'adempimento del ngoroso onere di provare compiutamente e concretamente l'esistenza dei fatti principali rilevanti come fatti costitutivi ,modificativi, impeditivi o estintivi.

Una prova in senso proprio, dunque, diretta a fornire la dimostrazione dell'esistenza di un fatto dedotto dal convenuto in revocatoria, e cioè della non conoscenza dello stato di dissesto dell'altra parte; sicché, per combattere le presunzioni di frode di cui al primo comma dell'art.67 l.fall., il convenuto deve affrontare ostacoli quasi insormontabili.

Si pensi alla prova della simulazione relativa del prezzo; alla prova che le garanzie erano state richieste a causa di sopravvenienze esterne che afferivano al rischio dell'operazione, del tutto indipendenti dalle condizioni economiche del cliente; alla prova che l'apparente anomalia funzionale di una operazione trovava la sua ragione d'essere nella particolare natura del rapporto.

Prove difficili, spesso impossibili, quasi diaboliche, che stanno ancora una volta a confermare che al terzo convenuto in revocatoria è lasciato un margine alquanto ristretto per dimostrare la propria buona fede; tanto più se si considera che vengono dichiarate inammissibili le prove per testimoni che abbiano ad oggetto direttamente l'ignoranza dello stato di insolvenza da parte del terzo; mentre si suol consentire al curatore di provare con testimoni la *scientia decoctionis* del terzo!

Ed è stato escluso che possa considerarsi liberatoria la prova dell'inesistenza di protesti o di azioni esecutive, potendo lo stato di insolvenza manifestarsi altrimenti. E si è perfino affermato che gli eventuali dubbi in ordine all'ignoranza dello stato di insolvenza vanno risolti in danno del

convenuto in revocatoria.

Di questi inaccettabili comportamenti si era reso conto Brunetti, ben prima della legge fallimentare del 1942; egli ammoniva che in sede di revocatoria dei pagamenti (che investono gran parte dell'ordinaria attività del commerciante) *"il giudice deve procedere con grande cautela nell'esame dei risultati probatori sulla conoscenza, che una volta raggiunta, subentra inflessibile la finzione che accomuna il pagamento dell'atto gratuito produttivo di minorazione patrimoniale intenzionalmente procurata allo scopo di avvantaggiare quel creditore a scapito degli altri»*.

7. Le sentenze che decidono le controversie ex artt. 44, 64, 65, 67 l.fall. quando accolgono la domanda proposta dal curatore nei confronti di una banca, danno luogo a pronunce di condanna provvisoriamente esecutive, con l'obbligo per la banca di darvi attuazione immediatamente. Lo stesso valga per i provvedimenti interinali di condanna pronunciati in pendenza dei giudizi ex artt. 44, 64, 65 e 67 l.fall. (sia pure con le limitazioni di cui accennato per le azioni revocatorie).

Ora, in forza dell'esecutività immediata della sentenza di primo grado, ovvero delle ordinanze anticipatorie ex artt. 186 *bis*, *ter*, *quater* *cod.proc.civ.*, il convenuto in revocatoria è costretto a pagare immediatamente le somme di cui è condanna, compresi gli interessi che, stante il tempo trascorso, spesso sono molto rilevanti.

Va, al riguardo, subito segnalato che si assiste negli ultimi tempi a una tendenza dei curatori a considerare tali somme *attivo fallimentare*, da poter liberamente distribuire ai creditori, come se si trattasse delle *somme disponibili* alle quali fa riferimento l'art.110 l.fall. Si tende, infatti, ad affermare che la legge non prevede alcun vincolo di destinazione per le somme versate al curatore dal convenuto in revocatoria, rimasto soccombente; come pure non esiste alcuna norma che imponga al curatore di "tenere da parte" le somme incassate in forza di una sentenza di condanna, sia pure suscettibile di gravame e, quindi, di riforma.

Così operando, i curatori fallimentari, nelle ipotesi di riforma (totale o parziale) della sentenza o del provvedimento anticipatorio, impediscono alla parte rimasta vittoriosa nel giudizio di impugnazione di ottenere la restituzione di quanto pagato, subendo in tal modo gravissimo pregiudizio e danni irreparabili. Ma questo non è giusto!

La soluzione più corretta e prudente è allora quella di escludere che le somme pagate ai curatori, in forza di pronunce immediatamente esecutive (non ancora divenute definitive ed irretrattabili), possono essere considerate *disponibili* e come tali ripartite tra i creditori ai sensi dell'art. 110 l.fall..

8. Passando agli aspetti tipicamente processuali, notevoli ingiustizie è dato rilevare nel giudizio di opposizione allo stato passivo.

Per quanto riguarda il termine per proporre l'opposizione, tende ad affermarsi un anomalo ed inaccettabile orientamento giurisprudenziale secondo il quale il creditore escluso avrebbe sempre e comunque l'onere di provare la tempestività dell'opposizione allo stato passivo, producendo l'originale della lettera raccomandata (a lui pervenuta) contenente l'avviso della chiusura delle operazioni di verifica. In mancanza di tale prova documentale l'opposizione viene dichiarata inammissibile.

Al riguardo va osservato:

- l'opposizione a decreto ingiuntivo è un'eccezione e le norme che impongono alle parti oneri e decadenze destinate a determinare una decisione di *absolutio ab instantia* non possono essere desunte per analogia;

- se si volesse porre l'opposizione *ex art. 98 l.fall.* sullo stesso piano dell'opposizione a decreto ingiuntivo, si dovrebbe quanto meno far carico all'opponente di produrre copia del provvedimento impugnato.

8.1. Con la legge di riforma del 1990 si è posto il problema del termine per la proposizione di domande riconvenzionali nel giudizio di opposizione allo stato passivo.

E' noto che tale procedimento deve svolgersi, quanto meno dopo la fase introduttiva regolata dalla legge speciale, secondo le nuove norme dell'ordinario processo di cognizione, espressamente richiamate dall'art. 99 l.fall., che rinvia all'art. 189 cod.proc.civ. e, quindi, per il suo tramite, all'art. 183 cod.proc.civ.

Tuttavia l'applicazione al giudizio di opposizione allo stato passivo del meccanismo preclusivo che il combinato disposto degli artt. 167 e 171 cod.proc.civ. ricollega alla tardiva costituzione del convenuto (e riguardante la proposizione di domande riconvenzionali e la chiamata in causa di terzi) continua a suscitare in dottrina ed in giurisprudenza notevoli perplessità.

Il problema si pone solitamente per le domande riconvenzionali e per la chiamata di terzo in causa.

Va infatti, considerato che l'art.98 l. fall. prevede che l'opponente si costituisca cinque giorni prima dell'udienza fissata dal giudice delegato; ma tale regola è ovviamente incompatibile con quella degli artt. 166 e 167 cod.proc.civ.. Diversamente opinando si darebbe luogo ad una situazione paradossale: il curatore-convenuto, per proporre domande riconvenzionali sarebbe costretto a costituirsi comunque venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata dal giudice delegato, anche quando la causa non sia stata iscritta a ruolo. Per non dire del rischio per il curatore di costituirsi inutilmente in un giudizio che l'opponente abbia deciso di abbandonare.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, si ritiene comunemente che nel giudizio di opposizione allo stato passivo per il curatore non trovi applicazione l'onere di costituirsi nei termini stabiliti dall'art. 167 cod.proc.civ.. Più in generale si afferma che la disciplina della fase introduttiva del giudizio di opposizione prevista dalla legge fallimentare continui a rimanere in vigore, non essendo stata in alcun modo modificata dalla novella del processo civile.

Tale conclusione si fonda sulla osservazione che la legge fallimentare è legge speciale, alla quale non deroga la legge generale posteriore, salvo espresse

previsioni (nella specie insussistenti, atteso che l'art. 89 della legge di riforma non indica, fra le norme abrogate, le disposizioni processuali concernenti il giudizio di opposizione allo stato passivo).

Va inoltre considerato che l'opposizione allo stato passivo inizia con *ricorso* ed è noto che i requisiti formali di cui all'art. 163 cod.proc.civ. (l'avvertimento al convenuto delle decadenze di cui all'art. 167 cod.proc.civ.) non sono contenuti nel ricorso. Pertanto, in ogni caso, appare contrario ai principi del nostro ordinamento considerare la prima udienza fissata dal giudice delegato come l'udienza di prima comparizione *ex art. 180 cod.proc.civ.*, non essendo stato il convenuto opposto avvertito delle decadenze in cui va ad incorrere.

E tale avvertimento è richiesto a pena di nullità (*ex art. 164 cod.proc.civ.*).

Tuttavia si verifica frequentemente che taluni giudici delegati disattendano le richieste dei difensori delle curatele fallimentari, ovvero delle liquidazioni coatte amministrative, dirette ad ottenere la fissazione della prima udienza di comparizione onde poter esercitare il diritto di proporre domande riconvenzionali nei confronti dell'opponente.

Si legge solitamente nelle ordinanze che, essendo stati rispettati i termini a comparire *ex art.163 bis cod.proc.civ.*, nella specie il resistente avrebbe avuto la possibilità di "*proporre eventuali domande riconvenzionali entro i termini stabiliti dall'art.167 c.p.c.*".

Sarebbe invece più logico e giusto che tutti i giudici delegati si adeguassero alla prassi di considerare l'udienza fissata dal giudice delegato ai sensi del secondo comma dell'art.98 l.fall. come una mera udienza di comparizione personale del curatore o del commissario liquidatore, destinata alla fissazione della udienza *ex-art.180 cod.proc.civ.* In questo modo si potrebbero proporre tempestivamente le eventuali domande riconvenzionali, e cioè con un anticipo di almeno venti giorni dalla data della nuova "*prima*

udienza".

8.2. Ingiusto e contrario a legge è l'orientamento assunto dalla Suprema Corte sulle conseguenze della mancata costituzione del creditore che abbia proposto domanda tardiva di ammissione al passivo.

La Cassazione continua a ritenere che in tema di insinuazione tardiva la mancata costituzione nel termine di cinque giorni prima dell'udienza fissata dal giudice delegato comporta la decadenza dell'istante dalla possibilità di riproporre la domanda abbandonata, nel presupposto che il rinvio contenuto nell'art. 101 legge fallimentare al terzo comma dell'art. 98 della stessa legge non è limitato al termine entro il quale occorre procedere alla costituzione in giudizio, ma comprende anche la decadenza per il soggetto che non abbia provveduto ad osservarlo.

Al Tribunale di Roma va sicuramente riconosciuto il merito di avere contestato questo orientamento, in base al rilievo che la mancata costituzione del creditore tardivo nel termine di cui all'art. 98, comma terzo, l.fall. non ha altro effetto che l'estinzione del giudizio, senza che ne risulti preclusa la proponibilità di una nuova domanda tardiva per il medesimo credito.

8.3. Problema analogo si è posto per abbandono di una domanda tardiva proposta davanti al giudice delegato in un fallimento poi convertito in amministrazione straordinaria.

Si sostiene che in questi casi il creditore abbia l'onere di riassumere il giudizio (afferente alla tardiva) per trasferirlo nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria.

Sembra più logico che, invece, si proponga una nuova ed autonoma domanda tardiva.

9. Sempre in tema di verifica del passivo va segnalato quello strano e ingiusto orientamento giurisprudenziale in materia di revocazione ex art. 102 l. fall.

La Suprema Corte ha frequentemente affermato il carattere di mezzo di impugnazione straordinario ed eccezionale dell'istituto di cui all'art. 102 l. fall.; in quanto tale, non soggetto alle rigide regole processuali previste dal codice di rito ed esperibile *per tutta la durata della procedura concorsuale*, senza incontrare limiti temporali di decadenza e/o preclusione, a decorrere dal provvedimento di ammissione dei crediti e/o con riferimento alla scoperta del dolo, dell'errore e dal recupero di documenti.

10. Per riserva *atipica* si è soliti intendere quei provvedimenti emessi in sede di verifica che non riguardino l'ammissione al passivo di crediti condizionali o di crediti per i quali si renda necessaria la successiva presentazione dei titoli giustificativi.

La giurisprudenza si è sempre orientata nel senso di non attribuire alcuna rilevanza alle riserve c.d. atipiche e di ritenere, quindi, che in questi casi l'ammissione del credito al passivo debba considerarsi come pura e semplice. Ne consegue che, al di fuori di determinate tassative ipotesi, non sono ammissibili altri tipi di riserva per fatti specie diverse e che siffatte riserve eventualmente formulate devono ritenersi prive di rilevanza giuridica.

Tuttavia la maggior parte dei tribunali ritiene che l'ammissione al passivo di un credito con riserva atipica legittimi (o *costringa?*) il creditore a proporre opposizione, al fine di eliminare ogni incertezza sulla efficacia del provvedimento di ammissione.

Ma non v'è chi non veda come in questo modo si finisca col moltiplicare inutilmente il contenzioso davanti ai giudici delegati, atteso che, per ovvie ragioni di prudenza, il creditore ammesso con riserva atipica, si vedrà sempre costretto (quanto meno per motivi di prudenza) a proporre opposizione allo stato passivo. Sarebbe, invece, più giusto che la giurisprudenza assumesse un atteggiamento univoco.

11. Nella fase di primo grado il giudice delegato che ha autorizzato la causa è lo stesso giudice che la istruisce e la decide; la stragrande maggioranza di

queste controversie si conclude con l'accoglimento delle domande proposte dal curatore e la conseguente condanna delle banche a pagare somme spesso ingentissime.

Ora, accade frequentemente che i difensori dei fallimenti siano "pilotati" dal curatore che, nel corso del processo, suggerisce loro le strategie da seguire, le prove da richiedere, quelle da non richiedere, i documenti da produrre.

Ma chi sta dietro il curatore?

Nasce così il sospetto che sussista un continuo collegamento tra il difensore del fallimento, il curatore ed il giudice delegato: un triangolo micidiale per il povero convenuto in revocatoria!

Ma quel che è più grave è che il giudice delegato, dopo avere valutato le probabilità di esito favorevole per la curatela, assume la posizione di giudice istruttore, per poi pronunciarsi sulla controversia che egli stesso ha autorizzato. In questi casi, al momento della decisione, il giudice sarà così sereno e distaccato da potersi contraddire?

Recentemente il Tribunale di Vigevano ha sollevato di ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art.51 cod.proc.civ. nella parte in cui non prevede che il giudice delegato del fallimento, il quale abbia autorizzato il curatore a promuovere contro gli amministratori della società fallita azione di responsabilità ai sensi dell'art.146 secondo comma della legge fallimentare e abbia nel contempo autorizzato, o comunque disposto, in vista detta di causa, il sequestro dei beni degli amministratori medesimi ai sensi del terzo comma dell'articolo ora in ultimo citato, debba poi obbligatoriamente astenersi dal giudicare nella causa medesima, per il contrasto di questa norma con gli articoli 3 e 24 della Costituzione.

Alla base di questa ordinanza di rimessione sta la considerazione che *"la vigente legge fallimentare italiana (oltre tutto emanata in condizioni storiche e politiche molto diverse dalle attuali, prima della Costituzione, e poi non più modificata) delinea la*

figura del giudice delegato come il vero dominus della procedura, caratterizzata, quest'ultima, da molti elementi officiosi (ossia di provvedimenti che devono o possono essere enessi di ufficio), con conseguente abbassamento della figura del curatore. Ne consegue che il giudice delegato del fallimento, per i poteri di cui dispone e per i modi con cui può esercitarli, è (o appare) un giudice per così dire "meno terzo" rispetto al giudice di altri tipi di processo civile (ad esempio rispetto al giudice dell'esecuzione)".

E' da presumere che, in seguito alle modifiche dell'art.111 della Costituzione (il quale ora sancisce espressamente che *ogni processo*, e quindi anche quelli regolati dalla legge propria del fallimento debba svolgersi "*davanti a giudice terzo e imparziale*), quindi, trovi applicazione anche in materia fallimentare il principio, affermato più volte per il processo penale, che "*il giusto processo comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio*".

La soluzione più logica e da sempre auspicata è che la decisione delle cause autorizzate dal giudice delegato venga affidata ad un giudice diverso. E per evitare che sia il *giudice della porta accanto* è opportuno che il processo venga assegnato ad altra sezione del medesimo tribunale (e nei tribunali con unica sezione si dovrebbe quanto meno affidare la decisione ad un giudice diverso da quello che ha autorizzato la causa). Con l'entrata in vigore della c.d. legge Mirone si potrebbe attribuire alla sezione del tribunale specializzata in materia di commercio e società anche la competenza a pronunciarsi su tutte le controversie derivanti dal fallimento o comunque dipendenti dalla pendenza della procedura concorsuale.

Il problema si pone, infatti, anche per la fattispecie del giudice delegato che partecipi al collegio chiamato a decidere il reclamo contro il provvedimento del giudice delegato; per la pronuncia di provvedimenti cautelari da parte del giudice delegato su ricorso del curatore da lui autorizzato; per la partecipazione del giudice, membro del collegio che ha dichiarato il fallimento, al giudizio di

opposizione alla dichiarazione di fallimento; per la partecipazione del giudice delegato ai processi di opposizione, impugnazione o revocazione contro lo stato passivo.

In sede di riforma, per assicurare il massimo rispetto dei principi contenuti nel novellato art. 111 Cost., occorrerà necessariamente prevedere un'ulteriore ipotesi di astensione obbligatoria ex art. 51 cod. proc. civ. laddove il giudice delegato abbia autorizzato una controversia ai sensi dell'art. 25, n. 6 l.fall.

12. Da quanto si è detto è emerso che il processo di fallimento è in primo luogo complicato e insidioso; tant'è che talune norme che lo regolano finiscono spesso col diventare strumento di ingiustizia.

Se l'aspirazione ad un giusto processo si risolve nell'esigenza di un giudice giusto ed equo, occorre chiedersi se tale sia un giudice che, invece di eliminare le incertezze ed i dubbi interpretativi di alcune norme, contribuisca a renderle più confuse e complicate se non addirittura ingiuste.

In due celebri versi il grande poeta latino Quinto Orazio Flacco ammoniva che "*est modus in rebus, sunt certi denique fines quos ultra citraque nequit consistere rectum*".

Vi è misura in tutte le cose e devono esserci precisi limiti, al di là dei quali non può esserci il giusto. *Rectum*, nel senso di non torto, che poi sarebbe diventato il radicale del termine medioevale *derectum*.

Gli attuali termini *diritto*, *derecho*, *direito*, *droit* discendono appunto da *derectum*, linea retta: l'idea romana del giusto equilibrio.

13. Un primo passo importante per un giusto processo di fallimento potrebbe essere compiuto prevedendo che il giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento (o di stato di insolvenza, che dir si voglia) non venga deciso dai medesimi organi giudiziari che hanno emesso la sentenza dichiarativa ma dalla sezione del tribunale specializzata in materia di commercio e società

(mi riferisco al nuovo organo giurisdizionale introdotto dalla c.d. legge Mirone, davanti al quale si potrebbero pure proporre tutte le altre cause dipendenti dal fallimento).

Si introdurrebbero in tal modo nella materia fallimentare le tecniche poste a salvaguardia della c.d. forza della prevenzione, diretta ad impedire il formarsi di condizionamenti psicologici originati dalla necessità di doversi contraddire.

Più in generale, l'attribuzione alla sezione specializzata in materia societaria della decisione delle controversie derivanti dal fallimento o comunque dipendenti dalla procedura concorsuale eliminerebbe *in radice* il problema della terzietà del giudice delegato che, come si è visto, in atto è chiamato a decidere le cause di opposizione allo stato passivo e di impugnazione e revocazione dei crediti ammessi, con notevole disagio e con il continuo sospetto del venir meno della serenità di giudizio.

Per non parlare della partecipazione del giudice delegato al collegio, chiamato a pronunciarsi sul reclamo contro i provvedimenti del primo; come pure appare anomalo che il giudice delegato si pronunci sulla emissione di provvedimenti cautelari richiesti dal curatore in seguito ad autorizzazione... del giudice delegato!

L'opposizione potrebbe proporsi nelle forme del reclamo, dando origine ad un procedimento camerale. Esattamente come attualmente è previsto per il decreto di rigetto.

Il ricorso per opposizione alla sentenza dichiarativa dovrebbe essere depositato nella cancelleria della sezione specializzata entro trenta giorni (più ragionevole di quello attuale di soli quindici giorni) dalla comunicazione della sentenza di fallimento, senza distinzione, quindi, tra affissione per il creditore e comunicazione per il debitore (si eviterebbero gli inconvenienti provocati dalla richiamata sentenza della Cassazione n.5104 del 1996).

Il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza dovrebbero essere

notificati ai creditori, al pubblico ministero, al curatore e, nell'ipotesi di conversione da procedura anticipatoria di ristrutturazione in procedura di insolvenza, anche al commissario giudiziale.

Nel ricorso si farebbero valere tutti i motivi di rito e di merito, comprese le eccezioni di competenza.

Dovrebbe escludersi lo strumento del regolamento di competenza, anche d'ufficio; a tal fine dovrebbe precisarsi che si tratta di competenza derogabile. Si eviterebbero così i noti inconvenienti provocati dalla contemporanea pendenza del giudizio di opposizione e del regolamento di competenza.

Il procedimento dovrebbe svolgersi nelle forme camerali, con esclusione dell'appello (trattandosi già di una forma di impugnazione); salvo il ricorso in cassazione *ex art. 111 cod.proc.civ.*

Sempre per motivi di giustizia sostanziale e di opportunità anche per l'opposizione alla sentenza di fallimento occorrerebbe provvedere la sospensione dei termini processuali nel periodo feriale.

14. Qualche perplessità sorge per l'adozione delle forme camerali anche per i giudizi di opposizione allo stato passivo, di impugnazione dei crediti *ex art. 101 l. fall.*, di revocazione, e per quelli afferenti alle domande tardive di credito. Ci si è chiesti, in particolare, se la *sommarizzazione* sia compatibile con l'esigenza di svolgere attività istruttoria e, segnatamente, di acquisire i mezzi di prova sull'esistenza, qualità e ammontare del credito non ammesso in sede di verifica.

Va, infatti, considerato che tali giudizi, sotto l'aspetto probatorio, sono disciplinati dalle speciali regole della legge propria del fallimento, che non trovano riscontro in quelle dell'ordinario giudizio di cognizione: si pensi alla inopponibilità di determinati documenti, all'inammissibilità di alcuni mezzi di prova, alla revocabilità del titolo dal quale il credito dipende, alle preclusioni derivanti dal sorgere del credito in data successiva alla sentenza e, più in generale, a tutte quelle limitazioni all'acquisizione della prova che comportano

una violazione del diritto di azione.

L'esclusione di un credito dal concorso, dunque, trae spesso origine dal rigoroso regime di preclusioni e di limitazioni probatorie che vige all'interno di quel particolare processo che è il fallimento; basta guardare alla possibilità di utilizzare gli strumenti dell'interrogatorio formale e del giuramento decisorio; ed ancora, nel campo della prova documentale, alla improponibilità di tutte le eccezioni sulla mancanza di data certa (*ex art. 2704 c.c.*) nelle obbligazioni assunte dal debitore; cosicché al di fuori della procedura fallimentare, in un successivo giudizio ordinario di cognizione disciplinato dalle regole proprie del codice di procedura civile, il creditore potrà sempre ottenere il riconoscimento dell'esistenza del diritto che gli sia stato negato dal giudice del fallimento. Ove si dovesse optare per le forme camerale, caratterizzate da snellezza e semplicità, e così liberarsi di una certa zavorra di eccesso di garantismo processuale, occorrerebbe anche per questi rimedi tenere conto delle indicazioni date dalla Corte Costituzionale per il procedimento *ex art. 26 l. fall.* (in materia di *reclami* avverso i provvedimenti del giudice delegato).

Il *reclamo* dovrebbe essere proposto alla sezione specializzata del tribunale in materia societaria, entro trenta giorni a far data dalla comunicazione del provvedimento emesso in sede di verifica dello stato passivo (non più quindici giorni). Bisognerebbe prevedere il contraddittorio effettivo, il diritto di difesa pieno, l'audizione in camera di consiglio e l'obbligo della motivazione.

Avverso il provvedimento reso dalla sezione specializzata in materia societaria dovrebbe consentirsi soltanto il rimedio dell'appello; nessuna norma della nostra Costituzione stabilisce che i diritti soggettivi devono essere tutelati attraverso tre gradi di giurisdizione. In tal modo si ridurrebbe notevolmente la mole dei ricorsi *ex art. 111 Cost.*

15. Sempre per favorire la semplificazione e la concentrazione della procedura si dovrebbe consentire l'ammissione con riserva solo per i crediti sottoposti a condizione sospensiva o subordinati alla preventiva escussione

degli obbligati.

L'ammissione con riserva dovrebbe riguardare sia le domande tempestive che quelle tardive e non dovrebbe comportare alcun onere di opposizione. La riserva andrebbe sciolta con ordinanza.

In tal modo l'ordinario giudizio di cognizione si trasformerebbe in una sorta di *rito residuale* limitato a tutte le altre controversie che derivano dal fallimento, ma estranee alla vera e propria attività di gestione ed amministrazione dell'impresa insolvente.

Il discorso vale soprattutto per le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, per le revocatorie ordinarie e fallimentari e, in genere, per tutte le controversie di cui all'art. 24 l. fall. , che derivano dal fallimento.

Sono proprio questi giudizi ordinari contenziosi e le pendenze tributarie che provocano l'esasperata lentezza delle procedure concorsuali. Ma non sono configurabili rimedi di sorta, trattandosi dei medesimi problemi, da sempre irrisolvibili, che caratterizzano tutti i processi civili ordinari.

Invece si potrebbe rendere più rapida ed incisiva l'attività di liquidazione del patrimonio acquisito all'attivo e ad un tempo ridurre l'impegno degli organi preposti alla procedura per consentire loro di concentrare l'attenzione sulla gestione e generale amministrazione. E ciò, in concreto, potrebbe attuarsi riconoscendo ai creditori quei poteri di difesa privata che vengono spesso loro contestati; si pensi a quelle forme di autotutela esecutiva, previste dall'ordinamento, quali la ritenzione privilegiata, la possibilità di realizzare il pegno in via stragiudiziale, la compensazione, l'incasso del mandato di pagamento, l'incasso del credito ceduto, la percezione immediata delle rendite dei beni ipotecati per credito fondiario.

16. Infine; per sgravare il curatore dall'onere di procedere alle vendite dei beni mobili e immobili acquisiti all'attivo, si potrebbe consentire ai creditori ipotecari e pignorati, nonché a quelli muniti di privilegio speciale su determinati beni, di proseguire le azioni esecutive già iniziate o, addirittura di

promuoverle, malgrado la pendenza della procedura fallimentare.

Evidentemente ciò comporterebbe una modifica dell'art. 511. fall.

Il curatore verrebbe avvisato, di volta in volta, della pendenza della procedura, onde intervenire ed acquisire il ricavato (da distribuire in sede fallimentare).

Il giudice delegato, *per gravi motivi*, potrebbe in ogni momento sospendere la vendita dei beni (si pensi ad un'azienda o ai suoi singoli componenti).

In sede di distribuzione del ricavato non si dovrebbe tener conto delle eventuali prelazioni processuali conseguite dai creditori.

Questa soluzione, sotto certi aspetti, si inserisce come tecnica di A.D.R., nel più ampio contesto di reazione alla esasperata ed insopportabile durata della liquidazione delle attività fallimentari.

17. Notevoli conseguenze sui tempi di realizzo delle attività fallimentari e, quindi, delle relative procedure, comporta la applicazione della legge 319/80 sulle liquidazioni ai periti e consulenti tecnici d'ufficio, soprattutto in materia di perizie estimative.

Siffatta normativa determina l'ammontare del compenso spettante al perito in maniera proporzionale al valore del bene stimato; si tratta di un meccanismo che conduce inevitabilmente i consulenti a valutazioni eccessive e quindi non rispondenti ai reali valori di mercato o, comunque, incompatibili con le esigenze di pronta liquidazione del patrimonio fallimentare (va infatti considerato che gli acquisti alle vendite fallimentari presuppongono la liquidità immediata in capo all'acquirente, non essendo consentito da numerosi tribunali, offrire in garanzia il bene da acquistare, onde ottenere finanziamenti bancari).

L'inconveniente più grave provocato dalle valutazioni eccessive sta nel fatto che per aggiudicare il bene occorre mediamente l'esperimento di due o tre incanti deserti per giungere, con l'abbattimento del prezzo base d'asta, a valori

congrui. E se si tiene conto dei tempi tecnici (e dei costi) per effettuare gli esperimento d'asta (istanze al giudice delegato, provvedimenti autorizzativi, richieste di parere ai comitati dei creditori, pubblicità, notifiche, ecc.) può valutarsi una incidenza in termini di anni sulla durata delle procedure fallimentari.