

COMMENTO ALL'ART. 98

– Impugnazioni –

(in *Commentario alla legge fallimentare*, II, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010)

Marcello Gaboardi

Università Bocconi – Milano

SOMMARIO: 1. I mezzi di impugnazione del decreto di esecutività dello stato passivo: evoluzione normativa e caratteri generali – 2.1. L'opposizione allo stato passivo. Premessa – 2.2. Il dibattito sulla natura dell'opposizione allo stato passivo prima e dopo la riforma del 2006 – 2.3. L'oggetto del giudizio di opposizione: effetto devolutivo limitato e divieto di *ius novorum* – 2.4. La legittimazione attiva e passiva all'opposizione: conferme e innovazioni – 2.5. Profili applicativi dell'opposizione allo stato passivo – 3.1. L'impugnazione dei crediti ammessi. L'abrogazione dell'art. 100 l.f. del 1942 e il nuovo giudizio di impugnazione dei crediti ammessi – 3.2. La legittimazione attiva e passiva prima e dopo la riforma del 2006 – 4.1. La revocazione del provvedimento di accoglimento e di rigetto. Caratteri generali e natura straordinaria della revocazione – 4.2. Legittimazione attiva e passiva prima e dopo la riforma del 2006 – 4.3. I motivi di revocazione: falsità, dolo, errore essenziale di fatto, mancata conoscenza di documenti decisivi non prodotti tempestivamente per causa non imputabile – 5. Il nuovo procedimento di correzione degli errori materiali.

1. *I mezzi di impugnazione del decreto di esecutività dello stato passivo: evoluzione normativa e caratteri generali* – La disciplina degli strumenti di contestazione del decreto di esecutività dello stato passivo ha da sempre svolto un ruolo centrale nell'ambito della regolamentazione del procedimento di accertamento del passivo, solo che si consideri il lungo e articolato dibattito che si è svolto in dottrina e in giurisprudenza in ordine all'esatta identificazione della natura dei diversi strumenti impugnatori e, ancor più, delle relazioni instauratesi tra i medesimi e la precedente fase necessaria dell'accertamento del passivo.

È ben evidente, infatti, che la pur incerta opzione del legislatore – qual è desumibile dall'analisi del dato normativo – di qualificare la procedura di verifica del passivo come un giudizio sommario e deformalizzato o come un vero e proprio giudizio contenzioso garantito nelle forme del rito camerale incide immediatamente sulla qualificazione del giudizio di contestazione del provvedimento conclusivo di tale procedura, suggerendone, a seconda dei casi, la natura di nuovo e autonomo procedimento di primo grado o quella di giudizio impugnatorio in senso proprio, qualificato, *in apicibus*, dalle regole della soccombenza e dall'operatività del principio devolutivo.

La reciproca influenza esistente tra fase necessaria e fase eventuale del procedimento di verifica del passivo è emersa anche a seguito della riforma varata con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, con la quale si è inteso, anzitutto, rimodulare l'intera procedura di accertamento secondo i tradizionali caratteri del giudizio contenzioso, ispirato – nonostante le cautele suggerite dall'adozione di un rito camerale – alle fondamentali garanzie del diritto alla prova e al contraddittorio, alla terzietà e imparzialità del giudice, al rispetto delle preclusioni previste per il compimento di atti di parte e di adempimenti ufficiosi.

Non poteva certamente ipotizzarsi che una tale scelta legislativa – in linea, del resto, con tutti i principali suggerimenti dottrinali – omettesse di coinvolgere anche la disciplina dei presupposti (e del procedimento) di impugnazione: infatti, una volta

trasformata la procedura di accertamento da giudizio sommario in giudizio di primo grado, era anche necessario ripensare i caratteri e le modalità espressive del giudizio di riesame delle decisioni sullo stato passivo. Ad un procedimento contenzioso in larga parte ispirato alle garanzie del rito ordinario regolato dal codice di procedura civile, non poteva più seguire un giudizio che, alla stregua dell'opposizione *ex art. 645 c.p.c.*, si prefiggesse di ripercorrere nuovamente le medesime tappe istruttorie e decisorie che già avevano caratterizzato l'*iter* precedente, dovendosi invece dare luogo ad un giudizio che, davanti ad un giudice diverso, delibasse i soli vizi di rito e/o di merito dedotti dalle parti in sede di impugnazione.

L'opportunità – e per certi versi persino la necessità – di «riscrivere» l'intero procedimento di verifica del passivo attorno al binomio «giudizio contenzioso di primo grado-giudizio impugnatorio di secondo grado» è stata all'origine anche della scelta legislativa di rinunciare ad un grado del giudizio, atteso che l'abolizione della fase sommaria (*rectius* la sua trasformazione in un giudizio a cognizione piena) e la conseguente introduzione di una fase impugnatoria pura hanno giustificato l'abbandono del grado di appello che, nella vigenza della precedente normativa, poteva conseguire alla pronuncia resa dal tribunale all'esito del giudizio di opposizione allo stato passivo (*ex art. 99, comma 5, l.f. del 1942*) o di impugnazione dei crediti ammessi (*ex art. 100, comma 4, l.f. del 1942*).

La convinzione del riformatore del 2006 circa l'opportunità di alleggerire l'*iter* di contestazione dei pronunciamenti del giudice delegato sembrerebbe rinvenire la propria *ratio* ispiratrice nella laconica direttiva espressa dal legislatore delegante nel 2005 – in particolare, dall'art. 1, comma 6, lett. a, n. 9, l. 14 maggio 2005, n. 80 – secondo cui il Governo era tenuto ad approntare, nell'ambito della riforma c.d. organica delle procedure concorsuali, una nuova regolamentazione della disciplina dell'accertamento del passivo, anzitutto, «abbreviando i tempi della procedura».

Va quindi evidenziato il netto distacco tra l'estrema concisione che ha contraddistinto sul punto la legge delega ora menzionata e il maggior grado di precisione con cui, invece, lo Schema di disegno di legge delega approvato dalla c.d. Commissione Trevisanato-*bis* ha inteso definire i criteri direttivi cui ispirarsi nella regolamentazione delle impugnazioni allo stato passivo: in particolare, nell'art. 12, comma 2, lett. g, dello Schema è stato stabilito che il Governo, nell'approntare un'innovativa disciplina dell'accertamento del passivo, prevedesse «come fasi eventuali i procedimenti di opposizione, impugnazione e revocazione delle decisioni sullo stato passivo, da disciplinare, a seguito di reclamo proposto avverso la decisione del giudice delegato, secondo le regole dei procedimenti in camera di consiglio, in modo che siano assicurati il diritto al contraddittorio, il diritto alla prova, la terzietà e imparzialità del giudice e il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 della costituzione, con efficacia endoconcorsuale ed esecutiva» (1).

(1) Lo Schema di disegno di legge recante «Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza», approvato dalla Commissione ministeriale Trevisanato-*bis* (istituita con d.m. 27 febbraio 2004 dal Ministro della giustizia), può essere letto in A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004, p. 281 ss. Va segnalata, in proposito, l'ampia convergenza dei membri della Commissione sui principi che avrebbero dovuto presiedere alla riforma dei mezzi di impugnazione del decreto di esecutività, se solo si considera che anche il testo c.d. di minoranza è stato approvato dalla Commissione negli stessi termini di quello adottato a maggioranza (vedi ancora ID., *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*). Si può osservare, ancora, che l'unico elemento non condiviso dal Governo – ancorché richiamato dall'art. 12, comma 2, lett. g, dello Schema del disegno di legge delega (e poi anche dall'art. 138 dello Schema

Ciò che sicuramente stupisce – già ad una prima lettura di questa previsione – è non solo la macroscopica differenza di dettaglio tra le due deleghe, ma anche (e soprattutto) la circostanza che il legislatore delegato del 2006, pur dovendosi formalmente ispirare ai sintetici principi della l. 80/2005, di fatto si sia pienamente conformato alle indicazioni trasfuse nello Schema del disegno di legge delega adottato dalla Commissione Trevisanato, pervenendo così all'approvazione di una riforma della verifica del passivo integralmente plasmata sulle soluzioni offerte dai lavori preparatori. La ricordata laconicità del testo della delega si riflette, peraltro, anche nella scarsità di indicazioni fornite dalla stessa Relazione di accompagnamento al d.lgs. 5/2006, laddove ci si è limitati a scarse considerazioni descrittive sulla disciplina introdotta (2), in aperto contrasto – ancora una volta – con le ben più significative valutazioni formulate sul punto dalla Commissione Trevisanato-*bis* nella propria Relazione allo Schema di disegno di legge, ove non si è mancato di segnalare la portata delle principali innovazioni suggerite al legislatore – e dallo stesso poi recepite con la recente riforma – in ordine sia alla «rilevantissima novità costituita dal l'attribuzione al curatore della legittimazione ad impugnare i provvedimenti del giudice delegato, e ciò per effetto del riconoscimento al curatore del ruolo di parte del processo», sia in ordine alla possibilità di promuovere la revocazione «non solo nei confronti del provvedimento di accoglimento (...) ma anche nei confronti del provvedimento di rigetto, con il risultato di elevare la garanzia difensiva del creditore» (3).

Di qui, se è indubbio che le ricordate modifiche alla legge del 1942 abbiano contribuito alla realizzazione di un significativo snellimento della procedura di verifica del passivo, è altrettanto certo – anche a tacere dei dubbi sul carattere non sufficientemente determinato della delega del 2005 – che il provvedimento governativo, affrancandosi ampiamente dalla delega parlamentare, abbia inteso altresì offrire una razionalizzazione dell'intera disciplina dei presupposti dei mezzi di contestazione dello stato passivo.

Resta ferma la tradizionale strutturazione di questi mezzi secondo la bipartizione che (vedeva e) vede contrapposti due mezzi impugnatori ordinari e a critica libera – l'opposizione avverso il decreto che rigetta le domande di insinuazione e l'impugnazione dei crediti ammessi – ad uno strumento di contestazione *lato sensu* straordinaria – la revocazione del provvedimento di accoglimento o di rigetto delle domande di ammissione – esperibile quando siano decorsi i termini per proporre i mezzi ordinari.

L'originario sistema del 1942 distribuiva, tuttavia, la regolamentazione *de qua* in

del disegno di legge di riforma) – è stato quello della forma del «reclamo» assegnata all'atto introduttivo dei giudizi impugnatori, sostituita invece dal legislatore del 2006 con quella del «ricorso», già accolta nella precedente normativa.

(2) Ad illustrazione degli artt. 98 e 99, la Relazione si limita a prevedere che: «gli articoli in oggetto contengono la previsione di un'unica ampia categoria di «impugnazioni» dello stato passivo, all'interno della quale si collocano, attraverso l'esplicitazione dei relativi presupposti, le tre *species* dell'opposizione, dell'impugnazione propriamente detta e della revocazione. L'unificato procedimento di impugnazione, viene governato dal modello camerale, destinato a chiudersi con decreto non reclamabile, ma ricorribile per cassazione. L'articolazione del procedimento, nonostante la sua snellezza, garantisce il rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa. In mancanza di contestazioni da parte del curatore o di altri creditori, il tribunale può accogliere la domanda, anche in via provvisoria, con decreto pronunciato nella stessa udienza. In mancanza, ovvero quando pronuncia in via provvisoria, il tribunale provvede in via definitiva con decreto motivato entro venti giorni dall'udienza».

(3) Cfr. ancora sul punto A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, pp. 216-217.

ben quattro disposizioni (dedicando, in particolare, gli artt. 98 e 99 all'opposizione, l'art. 100 all'impugnazione dei crediti ammessi e l'art. 102 all'istanza di revocazione contro i crediti ammessi) e prevedeva significative diversità – come si avrà occasione di precisare – nel rito applicabile e nelle prerogative concesse alle parti e al giudice. L'intervento novellatore del 2006, adottando un meccanismo classificatorio diffuso nel sistema della legge fallimentare, ha invece ritenuto di condensare soltanto nell'art. 98 in commento la puntuale indicazione dei presupposti delle azioni impugnatorie avverso lo stato passivo: la legittimazione attiva e passiva, l'oggetto della contestazione, i presupposti dell'azione.

Questa semplificazione – testuale e grafica – va poi valutata alla luce dell'uniformazione del rito (camerale) applicabile ai singoli procedimenti instaurati con l'esercizio dei mezzi impugnatori): la scelta di apparentare, sotto il profilo del rito applicabile, non solo i giudizi impugnatori fra loro, ma anche il procedimento impugnatorio in genere con quello della verifica del passivo avanti al giudice delegato – entrambi assoggettati ora, seppur con gli opportuni adattamenti garantisti, alle scadenze dei procedimenti di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. – consente alle parti di affidarsi ad analoghe preclusioni processuali e a medesime prerogative istruttorie.

Contribuisce in una certa misura alla razionalizzazione della disciplina delle impugnazioni allo stato passivo anche un'ulteriore innovazione introdotta dalla riforma del 2006, laddove è stata prevista l'enucleazione di un ruolo specifico – ora chiaramente esplicitato – nell'ambito dell'esercizio dei diversi mezzi impugnatori anche ai titolari di diritti reali su beni mobili o immobili (che siano in possesso o nella disponibilità del fallito), accanto ai ruoli «tradizionali» dei creditori e, in alcuni casi, dello stesso curatore.

Come è stato segnalato ⁽⁴⁾, l'innovazione non rappresenta una mera conseguenza dell'approccio classificatorio del legislatore – approccio che, tuttavia, contribuisce non poco a snellire la disciplina (in precedenza articolata sulla base dei rinvii alle norme sulle impugnazioni dell'art. 103 l.f. del 1942) – ma costituisce altresì l'effetto della nuova disposizione dell'art. 52, comma 2, l.f., con la quale si ravvisa espressamente nella procedura di verifica del passivo la naturale *sedes* per l'accertamento non solo dei crediti concorsuali, ma «di ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare». Ma è soprattutto con il riconoscimento di un'effettiva natura impugnatoria degli strumenti di contestazione del decreto del giudice delegato, che l'intervento novellatore sembra aver contribuito in maniera decisiva al riordino complessivo della materia, favorendo anche un graduale superamento dei contrasti che hanno animato per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza.

In tal senso depongono, anzitutto, alcuni argomenti letterali, a cominciare dalla rubrica dell'art. 98, concisamente intitolata «impugnazioni», al pari di quanto era dato desumere dalla rubrica dell'art. 138 dello Schema del disegno di legge di riforma elaborato dalla Commissione Trevisanato e dedicato, per l'appunto, alle «impugnazioni» allo stato passivo; rileva ancora la scelta stilistica del riformatore di prevedere l'esperibilità di questi strumenti «contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo», adottando una dizione che risuona comune anche ad altre previsioni processualistiche in cui vengono disciplinati vari mezzi di impugnazione delle decisioni giurisdizionali (si pensi, ad esempio, agli artt. 340, 341, 361, 404 e 433 c.p.c.). A questi si aggiungono, poi, i ben più incisivi argomenti sviluppati in apertura, con particolare

(4) Cfr. M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Jorio*, vol. I, 2006, p. 1484.

riguardo alla trasformazione del procedimento dinanzi al giudice delegato in un giudizio a cognizione (sostanzialmente) piena e all'esclusione della possibilità di una revisione in appello delle decisioni che scaturiscano dagli stessi giudizi impugnatori *ex art. 98 l.f.*

Su questi profili si avrà occasione di tornare nel prosieguo del commento, analizzando più approfonditamente i singoli mezzi di contestazione del decreto di esecutività; ciò che preme ora considerare è invece la valutazione delle principali implicazioni che, in generale, la nuova natura impugnatoria degli strumenti di cui all'art. 98 l.f. comporta, sotto il profilo delle condizioni dell'azione e dell'oggetto del giudizio.

A fondamento delle impugnazioni avverso lo stato passivo si rintraccia, alla luce dei generali canoni del processo civile, il duplice presupposto della legittimazione e dell'interesse all'impugnazione: nell'ambito dei procedimenti impugnatori del decreto del giudice delegato, particolare rilevanza assume il principio della soccombenza, quale contenuto specifico dell'interesse ad impugnare la pronuncia giurisdizionale. Come infatti si preciserà tratteggiando i lineamenti dell'opposizione allo stato passivo, la soccombenza del creditore o del titolare di diritti reali – in osservanza alle conclusioni cui è pervenuta da tempo la dottrina processual-civile – può intendersi non solo in un senso strettamente formale, relativo cioè alla aderenza o meno della pronuncia giurisdizionale alle specifiche richieste formulate dagli istanti, ma altresì estendendone la portata oltre il fatto che «una domanda propria non è stata accolta od è stata accolta una domanda della controparte» (5), per consentire l'impugnazione della pronuncia anche a quanti – tra i creditori e i titolari di diritti reali – aspirano ad ottenere un margine di utilità ulteriore rispetto a quello comunque assicurato dal pronunciamento del giudice delegato.

È quanto sembra condurre ad ammettere l'esperibilità dell'opposizione anche a coloro che, ammessi al passivo per l'intera somma insinuata (o conseguito il bene rivendicato o di cui hanno chiesto la restituzione), intendano «ottenere una modifica del titolo dell'ammissione o della qualificazione giuridica del titolo stesso, nei limiti, naturalmente, in cui tale modifica gli permetta di conseguire un oggettivo e concreto vantaggio» (6). Tale scelta interpretativa sembra poi essere confermata dalla volontà del legislatore del 2006 di estendere la legittimazione all'opposizione dello stato passivo (non più ai «creditori (...) ammessi con riserva», ma) ai creditori e ai titolari di diritti su beni del fallito che contestano anche solo il parziale accoglimento della propria domanda da parte del giudice delegato, evidenziandosi una tendenza della riforma ad ampliare il novero dei soggetti che possono promuovere il giudizio di contestazione del decreto *ex art. 96 l.f.*

Questa tendenza ha trovato espressione anche nella scelta compiuta dal riformatore di estendere al curatore la legittimazione all'impugnazione dei crediti ammessi – in precedenza riservata invece ai soli creditori concorrenti – accogliendo le suggestioni offerte ancora una volta dai lavori della Commissione Trevisanato, nei quali è possibile rinvenire una puntuale traccia dell'innovazione in parola, suggerita al legislatore sia col disegno di legge delega (*ex art. 12, comma 2, lett. i*) sia col disegno di

(5) Così E.T. LIEBMAN, «Parte» o «capo» di sentenza, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 57.

(6) L'opinione è espressa, in particolare, da M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Jorio*, p. 1486-1487. L'Autore aveva già sostenuto questa stessa interpretazione in *ID.*, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Tedeschi*, 1996, p. 809. Per una più approfondita analisi della questione e per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali sul punto, si rinvia al § 2.4.

legge di riforma (*ex art.* 138, comma 3) (7).

A questa propensione espansiva della riforma sul piano dei soggetti attivi delle impugnazioni allo stato passivo, è corrisposto un non meno significativo ampliamento del possibile *thema decidendum* del giudizio di riesame, considerato che ora espressamente l'istanza di revocazione dei crediti ammessi può ritenersi esperibile sia contro le statuizioni di accoglimento delle altrui domande di ammissione, sia contro le decisioni di rigetto delle proprie domande di insinuazione al passivo, rispetto alle quali invece la normativa del 1942 non contemplava alcun mezzo straordinario di impugnazione. Senza considerare che ora l'art. 101, comma 2, l.f. espressamente legittima l'esperibilità degli strumenti impugnatori di cui all'art. 98 in commento anche per le contestazioni circa l'accoglimento o il rigetto delle domande tardive di ammissione al passivo: con il rinvio alle «disposizioni di cui agli articoli da 93 a 99», infatti, il riformatore ha reso possibile contestare le statuizioni assunte dal giudice delegato all'esito delle udienze quadrimestrali destinate alla delibazione delle istanze non tempestive presentate nei mesi precedenti, secondo quanto ora previsto dall'inciso dell'art. 101, comma 2, l.f. introdotto – sulla base dei suggerimenti della dottrina (8) – dal recente d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

Si deve poi considerare come, in apertura dell'art. 98 in commento, il legislatore del 2006 abbia collocato la generale previsione secondo cui «contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo può essere proposta opposizione, impugnazione dei crediti ammessi o revocazione»: si tratta di una disposizione che – *prima facie* – può anche apparire vanamente declamatoria (risultando desumibile, in una certa misura, dalla stessa rubrica della norma e dalla *sedes materiae*), ma che ad una più attenta analisi sembra assumere una significativa importanza. La disposizione, assente nella disciplina originaria del 1942, rinviene il proprio precedente nel comma 1 dell'art. 138 dello Schema del disegno di legge di riforma della Commissione Trevisanato-*bis*, laddove

(7) Per i necessari riferimenti testuali cfr. sempre A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, pp. 286-297.

(8) Ancora una volta il richiamo è ai lavori della Commissione Trevisanato-*bis*, nella parte in cui – all'art. 142, comma 2 dello Schema di disegno di legge di riforma – era prevista la celebrazione di un'apposita udienza di trattazione delle domande tardive «ogni centoventi giorni», dando incarico al curatore di avvisare i creditori e i titolari di diritti reali della data di fissazione dell'udienza (cfr. A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, p. 99). Rinviando per maggiori approfondimenti al commento all'art. 101 l.f., è opportuno segnalare, sin d'ora, che l'applicabilità degli artt. 98-99 l.f. anche nei confronti del decreto con cui il giudice delegato decida sulle domande tardive consente di ritenere definitivamente superato quell'indirizzo ermeneutico – avallato anche da autorevoli arresti giurisprudenziali (vedi, per tutte, Cass., sez. un., 4 luglio 2002, n. 9692, in *Fall.*, 2003, p. 273 ss., con nota di M. MONTANARI, *Le attese tradite: Sezioni Unite e regime impugnatorio dei provvedimenti extra ordinem del giudice delegato sulle dichiarazioni tardive di credito*) – che riteneva ammissibile soltanto un'azione di accertamento negativo (c.d. *querela nullitatis*) nei confronti del decreto «abnorme» con cui il giudice delegato avesse disposto l'ammissione tardiva di un credito in modo difforme dalla domanda (ad esempio, in chirografo invece che in via privilegiata), osservandosi in particolare che il giudice delegato non era investito di funzioni decisorie nella fase precontenziosa instaurata con il ricorso *ex art.* 101 l.f., potendo soltanto, in caso di mancato accoglimento immediato della domanda, disporre l'istruzione della causa ai sensi degli artt. 175 ss. c.p.c. Orbene, come è stato anticipato – già nel vigore della disciplina del 1942 – dalla giurisprudenza contraria ai principi affermati dall'indirizzo prevalente (vedi, di recente, Trib. Napoli, 7 dicembre 2004, in *Fall.*, 2005, p. 805 ss., con nota di C. FERRI, *Impugnazione del credito di ammissione non conforme alla dichiarazione tardiva di credito*), non può dubitarsi – tanto più ora, a fronte della nuova previsione dell'art. 101 l.f. – del carattere giurisdizionale dell'attività del giudice delegato anche in tali momenti e, quindi, della rilevanza del provvedimento *de quo* alla stregua di un invalido esercizio del potere decisorio, oggetto di opposizione o di impugnazione *ex art.* 98, commi 2 e 3, l.f.

con un'espressione analoga si prevedeva che «contro i provvedimenti resi dal giudice delegato può essere proposta opposizione, impugnazione o revocazione (...)»⁽⁹⁾.

Anzitutto, essa sembra rimediare alla genericità con cui – sul piano delle scelte linguistiche – le disposizioni previgenti consentivano alle parti di «fare opposizione» o di «impugnare i crediti ammessi», senza fornire alcuna particolare precisazione in ordine al provvedimento oggetto della contestazione.

Inoltre, la previsione del citato comma 1 svolge anche una funzione di riordino della materia, esigendo che la promozione dei rimedi impugnatori dello stato passivo sia subordinata alla formazione e alla verifica di tutte le pretese dei creditori e dei titolari di diritti reali (fatte salve, naturalmente, le domande tardive ammesse), con conseguente assunzione di puntuali pronunce da parte del giudice delegato (il c.d. stato passivo del fallimento), rese esecutive con il decreto previsto dall'art. 96, comma 4, l.f. depositato in cancelleria.

Con riferimento ai singoli strumenti impugnatori – sui quali ci si diffonderà nei paragrafi seguenti – sembra opportuno in questa sede apprezzarne solo alcuni caratteri generali, idonei ad inquadrare con maggiore precisione la disposizione in commento. Secondo classificazioni tradizionali, l'opposizione e l'impugnazione appartengono al novero dei rimedi ordinari e a critica libera, con i quali far valere – nei limiti temporali prescritti dalla legge – i vizi da cui è affetto il provvedimento decisivo (*errores in procedendo* o *errores in iudicando*) nonché l'ingiusta valutazione compiuta dal giudice delegato in ordine alle prove prodotte, ai fatti del giudizio, alle ragioni poste dalle parti a fondamento delle domande di insinuazione e, in generale, ogni questione – attinente al merito del giudizio di verifica del passivo – rimessa alla discrezionalità del giudice delegato. La revocazione dei provvedimenti di accoglimento o di rigetto delle domande di insinuazione si ascrive, invece, alla categoria dei mezzi straordinari di impugnazione, essendo proponibile nonostante il decorso dei termini per la proposizione dell'opposizione o dell'impugnazione, e soltanto a seguito della deduzione *in iure* di specifici elementi di alterazione del giudizio, che possono venire a conoscenza delle parti anche a distanza di tempo: in particolare, la novella del 2006 – riecheggiando soltanto in parte la previsione del previgente art. 102 l.f. – menziona le situazioni in cui l'adozione del decreto sia stata determinata «da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile» (10).

Deve osservarsi, in particolare, che la natura impugnatoria di questi mezzi – ispirata alla nuova struttura del procedimento di verifica del passivo – non sembra essere stata adeguatamente armonizzata dalla riforma – e tanto meno dal correttivo del 2007 – con la nuova previsione dell'art. 96, comma 5, l.f. Pur riservandosi un necessario approfondimento, è opportuno fin d'ora sottolineare che il riconoscimento di un'efficacia meramente endoconcorsuale delle pronunce adottate nelle diverse fasi del procedimento di verifica del passivo, se può giustificarsi per il decreto di esecutività del giudice delegato (dipendente dalle valutazioni di un giudice monocratico e soggetto ad

(9) Cfr. A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, p. 97.

(10) Giova ricordare, sin d'ora, che l'ascrivibilità della revocazione *de qua* alla categoria delle impugnazioni straordinarie deve intendersi *lato sensu*, atteso che il provvedimento contro cui può essere proposta, se è suscettibile di conseguire l'efficacia della cosa giudicata formale (e infatti, l'art. 98, comma 4, l.f. ne prevede l'esperibilità una volta «decorso i termini per la proposizione della opposizione o della impugnazione»), non può certamente acquisire anche l'efficacia della cosa giudicata sostanziale *ex art. 2909 c.c.*, giusta il disposto del nuovo art. 96, comma 5, l.f. sull'efficacia endoconcorsuale del decreto del giudice delegato: per maggiori approfondimenti, si rinvia al § 4.1.

una serie di preclusioni e decadenze più serrate di quelle che governano i giudizi impugnatori), maggiori perplessità suscita con riguardo alle decisioni adottate dal tribunale all'esito dei giudizi di impugnazione *ex art. 98 l.f.*

È pur vero – come ben evidenziato in dottrina (11) – che il mancato riconoscimento di una legittimazione ad impugnare dell'imprenditore fallito ha forzato, in una certa misura, il legislatore ad escludere una efficacia extrafallimentare per le decisioni assunte dal giudice delegato e dal tribunale, ma è altrettanto vero che i giudizi di impugnazione offrono delle puntuali garanzie sia sotto il profilo del contraddittorio e della prova sia sotto quello della terzietà e imparzialità del giudice collegiale, alle quali si aggiunge il descritto ampliamento del novero delle ipotesi in cui il curatore può ora richiedere l'impugnazione dei crediti ammessi o la loro revocazione. A tacer d'altro, è poi palese – salvo forzatura interpretativa – l'incoerenza della previsione di cui all'art. 96, comma 5, l.f. con la condizione di immutabilità delle attribuzioni patrimoniali effettuate in sede di riparto ai sensi dell'art. 114 l.f.: riesce difficile, infatti, conciliare la stabilità dei risultati soddisfatti conseguiti dai creditori nel fallimento con la possibilità che gli stessi – al di fuori della procedura – possano rimettere in discussione quanto già acclarato nel corso del giudizio di verifica e in quello di eventuale impugnazione dello stato passivo (12).

In conclusione, da una lettura attenta delle novità introdotte dalla riforma emerge che le scelte compiute dal legislatore del 2006 hanno ridimensionato fortemente il rapporto tra la fase necessaria e quella eventuale della procedura di accertamento del passivo, articolando l'*iter* processuale che conduce alla pronuncia definitiva – ancorché ad efficacia endofallimentare – su tre (possibili) gradi di intervento giurisdizionale. Ogni procedimento è stato informato alle fondamentali garanzie processuali – spesso disattese dal legislatore ordinario, proprio in ambito fallimentaristico, per soddisfare esigenze *lato sensu* pubblicistiche o acceleratorie – così innovando in radice la disciplina previgente del giudizio di verifica del passivo e di quello impugnatorio, ma ribadendo molte delle scelte del passato in ordine al novero degli strumenti impugnatori e, salve alcune importanti novità, anche alla categoria dei soggetti interessati ad agire o ad essere convenuti dinanzi al tribunale. Inoltre, eventuali eccessi di «cameralizzazione» del rito sono stati prevenuti offrendo alle parti (e al giudice) le garanzie tipiche del rito contenzioso ordinario e bilanciando le contrapposte esigenze sottese alla verifica del

(11) Vedi per tutti G. BOZZA, *Commento agli artt. 96-97*, in *Commentario Jorio*, vol. I, 2006, p. 1478.

(12) Sul punto ampi riferimenti in L.A. RUSSO, *La riforma della legge fallimentare e la tutela giurisdizionale dei diritti: la crisi del giudicato*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 250 ss. In particolare, l'Autore critica la scelta compiuta dal legislatore del 2006 nell'attribuire un'efficacia endoconcorsuale ai provvedimenti e del giudice delegato e del tribunale, sottolineando alcune incongruenze che si verrebbero a delineare considerando altre importanti innovazioni della riforma. In tale prospettiva, contrasterebbero con la regola dell'efficacia endofallimentare non solo la nuova fisionomia del procedimento di verifica del passivo – a cui la legge ha ora conferito «tutte le caratteristiche di un giudizio contenzioso garantito» (p. 271) – e la ricordata immutabilità delle attribuzioni patrimoniali effettuate in sede di riparto *ex art. 114 l.f.*, ma anche la nuova disciplina dell'esdebitazione, in base alla quale viene negata qualsiasi tutela giurisdizionale extrafallimentare nei confronti del decreto di esdebitazione, tanto ai creditori concorrenti quanto a quelli non ancora insinuatisi, nonché la nuova previsione sull'interruzione automatica dei giudizi pendenti alla data di apertura del fallimento, di cui all'art. 43, comma 3, l.f., per effetto della quale «non solo il creditore che aveva prima del fallimento instaurato un giudizio per fare accertare il proprio diritto dovrà, a causa del fallimento del convenuto, abbandonare obbligatoriamente quella controversia per sottoporre la sua pretesa all'accertamento concorsuale, ma dovrà ciò fare rinunciando alla possibilità di ottenere una pronuncia non opponibile al fallimento per qualunque finalità necessaria» (p. 281).

passivo, quali la celerità del giudizio, l'effettività della tutela giurisdizionale, la funzione catalizzatrice delle istanze di ammissione al passivo.

In tale contesto, l'art. 98 l.f. enuclea molti degli interventi innovatori elaborati dalla riforma – e dai numerosi lavori che l'hanno preceduta – in merito alla disciplina delle impugnazioni, offrendo l'occasione per illustrare il reale apporto novellatore del d.lgs. n. 5/2006, anche alla luce della normativa ormai abrogata.

2.1. *L'opposizione allo stato passivo. Premessa* – Il rimedio dell'opposizione allo stato passivo ha da sempre formato la prospettiva privilegiata per le interpretazioni in ordine alla natura – impugnatoria o meno – dei mezzi di contestazione del decreto di esecutività dello stato passivo. Numerose sono state infatti le impostazioni elaborate sul punto dalla dottrina e dalla giurisprudenza in oltre sessant'anni di vigenza del r.d. 16 marzo 1942, n. 267; ed è ben noto il fatto che tali interpretazioni si siano prevalentemente espresse a favore del riconoscimento di un carattere impugnatorio del giudizio contenzioso innanzi al tribunale fallimentare, per quanto non siano mancate applicazioni diversificate in merito, soprattutto, all'esatta identificazione del possibile *thema decidendum* e dei soggetti effettivamente portatori di un interesse ad opporre il decreto del giudice delegato. Non rari, tuttavia, sono stati gli indirizzi interpretativi – anche autorevolmente sostenuti – diretti a disconoscere una natura prettamente impugnatoria dell'opposizione allo stato passivo, preferendosi talvolta evocarne l'immagine di una tappa ulteriore – e maggiormente garantita sul piano processuale – dell'*iter* cognitivo promosso in forma sommaria con la domanda *ex art.* 93 l.f., talaltra preferendosi invece inquadrare l'opposizione alla stregua di un autonomo procedimento di annullamento (*scilicet* del decreto del giudice delegato), instaurato all'esito della verifica del passivo.

La riforma varata col d.lgs. 5/2006 si è, infine, chiaramente orientata nel senso di attribuire all'opposizione *de qua* una natura impugnatoria, aderendo – come accennato – ai numerosi suggerimenti provenienti da una lunga tradizione ermeneutica. Nelle pagine seguenti si cercherà, pertanto, di tratteggiare una sintesi dell'evoluzione normativa sull'opposizione, soffermandosi – di volta in volta – sulle opzioni interpretative suggerite dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per procedere poi alla disamina delle innovazioni apportate dalla novella, anche alla luce dei più recenti contributi in *subiecta materia* e degli orientamenti giurisprudenziali (in specie di merito) già affermatasi sul punto.

2.2. *Il dibattito sulla natura dell'opposizione allo stato passivo prima e dopo la riforma del 2006* – Già nella vigenza della disciplina del 1942, i principali dissidi interpretativi in ordine ai mezzi di contestazione del decreto del giudice delegato si erano appuntati sulla questione della natura del giudizio di opposizione. Invero, ancora oggi, nonostante la chiara presa di posizione del legislatore del 2006, è possibile imbattersi in interventi dottrinali e giurisprudenziali (in specie di merito) che dissentono dalla *communis opinio* della natura impugnatoria del giudizio di opposizione, facendo leva su una serie di argomenti in virtù dei quali – come si vedrà – la disciplina della verifica del passivo conserverebbe, pur a seguito delle recenti riforme, il carattere di un unico complesso giudizio di primo grado.

Il r.d. 267/1942 condensava la disciplina dell'opposizione allo stato passivo negli artt. 98 e 99, nei quali era contenuta – in ossequio ad una tecnica normativa poi disattesa dalla riforma – non solo la disciplina dei presupposti dell'opposizione e dei

legittimati attivi e passivi all'impugnazione, ma altresì quella dell'intero procedimento di revisione delle decisioni con cui il giudice delegato avesse rigettato o accolto con riserva l'istanza di ammissione del creditore (o del titolare di diritti reali). Basti così ricordare che l'art. 98, comma 1, ammetteva «i creditori esclusi o ammessi con riserva» a «fare opposizione entro quindici giorni dal deposito dello stato passivo in cancelleria»: la disposizione – tutt'altro che ineccepibile sotto il profilo linguistico – non offriva alcun particolare addentellato per il riconoscimento o meno di una natura impugnatoria dell'opposizione.

Poteva invero ritenersi indiscusso il conferimento di un carattere giurisdizionale e contenzioso al procedimento di opposizione, nel quale veniva indubbiamente esplicitato l'esercizio di attività giurisdizionali (quelle istruttorie del giudice delegato e quelle decisorie del tribunale), articolate secondo le cadenze del contraddittorio e dell'assunzione di mezzi istruttori, caratterizzanti il giudizio di cognizione ordinario (13). Parimenti risultava pacifica l'attribuzione di una natura cognitoria al procedimento di opposizione, riconoscendosi in questo giudizio uno sviluppo ulteriore della vicenda cognitiva apertasi con la domanda di insinuazione: ferma restando, infatti, la questione relativa alla natura impugnatoria o meno dell'opposizione, non vi era dubbio sul fatto che essa consentisse in ogni caso al tribunale di addentrarsi – *ex novo* – nella cognizione dei fatti posti dal creditore (o dal titolare di beni) a fondamento dell'istanza di ammissione (14).

I maggiori nodi interpretativi si venivano così a concentrare sui rapporti tra la fase sommaria della verifica del passivo e quella dell'opposizione decisa dal tribunale, in ordine ai quali si era formata infatti una netta contrapposizione tra un primo orientamento, assolutamente prevalente, favorevole al riconoscimento di una vera e propria natura impugnatoria dell'opposizione, e un secondo indirizzo, proteso invece a qualificare il giudizio *de quo* come una semplice evoluzione della cognizione già svolta, in forma sommaria, innanzi al giudice delegato.

(13) Il riconoscimento di un carattere giurisdizionale e contenzioso del procedimento di opposizione allo stato passivo poteva ritenersi assolutamente pacifico sia nella dottrina che nella giurisprudenza formatesi sotto la vigenza della legge fallimentare del 1942 (vedi per tutti S. BONFATTI, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, in *Commentario* Panzani, 2000, p. 297 ss.; M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 797).

(14) È opportuno ricordare che una parte autorevole della dottrina – rimasta tuttavia isolata – ha disatteso parzialmente questa conclusione, ammettendo sì la natura cognitoria dell'opposizione allo stato passivo, ma disconoscendola al procedimento di verifica davanti al giudice delegato: di talché, l'opposizione *ex artt.* 98-99 l.f. del 1942 non si atteggiava più alla stregua di un'evoluzione della precedente fase di giudizio, bensì alla stregua di una parentesi dichiarativa – apertasi con l'esercizio di un'*actio nullitatis* (per motivi di legittimità) avverso il provvedimento pregiudizievole adottato dal giudice delegato – destinata ad inserirsi in un *iter* procedimentale modulato secondo i caratteri propri dell'esecuzione (in questo senso E. GARBAGNATI, *Osservazioni sull'efficacia del provvedimento del giudice delegato che ammette od esclude un credito dal passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II, p. 151 ss.) ovvero secondo quelli propri della giurisdizione volontaria [in questo senso A. CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, Padova, 1975, p. 173; ma l'opinione ha trovato l'avallo – in tempi più recenti – anche di L. GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2004, p. 233 ss., secondo cui la fase di verifica del passivo è diretta «non a risolvere, ma a prevenire controversie sulla ripartizione dell'attivo (o sull'esclusione di beni dal patrimonio fallimentare)» (così ID., *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, pp. 203-204), argomentando specialmente dalla disciplina dell'accertamento del passivo nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, laddove è previsto che l'elenco dei crediti ammessi e respinti venga redatto dal commissario liquidatore all'esito di un procedimento amministrativo, diventando esecutivo, al pari del decreto del giudice delegato, con il deposito nella cancelleria (art. 209, comma 1, l.f.)].

Attesa la complessità del dibattito, non sembra inopportuno richiamare – seppure in estrema sintesi – i principali argomenti che sono stati posti dalla dottrina e dalla giurisprudenza a fondamento dei due indirizzi ora ricordati.

È stata anzitutto la natura decisoria e giurisdizionale della pronuncia impugnata ad aver indotto gli interpreti a qualificare l'opposizione alla stregua di una *revisio prioris instantiae*, concessa a quanti – fra i «creditori esclusi o ammessi con riserva» – potessero ritenersi *lato sensu* pregiudicati per effetto della decisione del giudice delegato, al fine di far valere i vizi di rito e/o di merito da cui tale pronunciamento fosse affetto (15). D'altro canto, l'idoneità del decreto di esecutività dello stato passivo ad assumere l'efficacia di cosa giudicata ove non contestato, escludeva qualsiasi possibilità di interpretazione dell'opposizione come un mero atto d'impulso del giudizio, diretto a consentire il passaggio da una fase a cognizione sommaria ad un'altra a cognizione piena ed esauriente, atteso che la mancata adozione di un tale atto avrebbe dovuto comportare (non il consolidamento del decreto, bensì) la stessa estinzione del procedimento (16).

Si è inteso anche accentuare l'importanza delle affinità – prospettate nella Relazione ministeriale alla legge fallimentare, ma tutt'altro che idonee a risolvere il contrasto in esame (17) – tra l'opposizione allo stato passivo e quella monitoria *ex art.*

(15) Il riconoscimento della natura impugnatoria dell'opposizione allo stato passivo era condiviso dalla prevalente dottrina, di talché, senza alcuna ambizione di completezza delle citazioni bibliografiche, possono ricordarsi: S. BONFATTI, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, pp. 297-298; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 467; G. PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, Padova, 1992, p. 39 ss.; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1465 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, II, Napoli, 1974, p. 606 ss.; ID., voce *Passivo (Accertamento del)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1972, p. 221 ss.; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 249 ss. Per la giurisprudenza di legittimità, tra i numerosi arresti, possono ricordarsi i più recenti: Cass., 30 settembre 2004, n. 19605, in *Fall.*, 2004, p. 690 (secondo la quale, in particolare, «il giudizio di opposizione allo stato passivo ha natura impugnatoria ed è retto dal principio dell'immutabilità della domanda»); Cass., 11 dicembre 2003, n. 18935, in *Fall.*, 2004, p. 690; Cass., 10 ottobre 2003, n. 15142, in *Fall.*, 2004, p. 1201 ss., con nota di F. MARELLI, *Opposizione allo stato passivo, revocatoria incidentale della curatela e nuove deduzioni del creditore in corso di causa*; Cass., 28 maggio 2003, n. 8472, in *Fall.*, 2004, p. 816; Cass., 4 gennaio 2001, n. 79, in *Fall.*, 2001, p. 583; Cass., 8 novembre 1997, n. 11026, in *Fall.*, 1998, p. 1232 ss., con nota di D. FINARDI, *Natura impugnatoria dell'opposizione e relative conseguenze*; Cass., 11 luglio 1996, n. 6319, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 300 ss.; Cass., 27 marzo 1995, n. 3592, in *Fall.*, 1995, p. 1131; Cass., 25 gennaio 1993, n. 845, in *Fall.*, 1993, p. 615; Cass., 5 settembre 1992, n. 10241, in *Fall.*, 1993, p. 68. Tra le copiose pronunce delle corti di merito possono menzionarsi *ex multis*: Trib. Roma, 29 ottobre 2003, in *Fall.*, 2004, p. 452; Trib. Modena, 17 ottobre 2003, in *Fall.*, 2004, p. 452; Trib. Torino, 15 maggio 2001, in *Fall.*, 2001, p. 1063; Trib. Milano, 21 febbraio 2000, in *Fall.*, 2000, p. 812; Trib. Milano, 18 maggio 1998, in *Fall.*, 1998, p. 1088; Trib. Genova, 21 ottobre 1995, in *Fall.*, 1996, p. 201; Trib. Milano, 28 novembre 1994, in *Fall.*, 1995, p. 434; Trib. Milano, 30 agosto 1992, in *Fall.*, 1993, p. 333.

(16) Per analoghe considerazioni vedi, ad esempio, M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, pp. 798-799.

(17) Si legge nella Relazione Ministeriale alla legge fallimentare del 1942 che «l'affinità del procedimento con quello monitorio risulta evidente. Ai creditori non ammessi, e a quelli che intendono impugnare l'ammissione di altri creditori è concessa come contro il decreto monitorio, opposizione» (n. 20). Deve osservarsi, però, che l'argomento dell'analogia tra i due giudizi oppositivi (quello al decreto sullo stato passivo e quello al decreto monitorio), pur essendo stato frequentemente impiegato dalla dottrina, non poteva dirsi affatto decisivo, considerato che le medesime contrapposizioni in ordine al riconoscimento della natura impugnatoria (o meno) dell'opposizione *ex art.* 98-99 l.f. del 1942 si riproponevano parimenti anche per la qualificazione dell'opposizione *ex art.* 645 c.p.c.: l'argomento, speso anche dai fautori del procedimento di opposizione come giudizio di primo grado, veniva dunque impiegato «al solo scopo di avvalorare o meglio chiarire la scelta operata nell'una o nell'altra di quelle

645 c.p.c., che si palesa(va) per molti come un autentico mezzo di impugnazione del decreto, idoneo a devolvere al giudice il concreto riesame, in fatto e in diritto, del rapporto giuridico controverso «secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito» (art. 645, comma 2, c.p.c.).

Per contro, si delineava l'indirizzo di quanti individuavano nel procedimento di opposizione un *novum iudicium*, proteso a garantire alle parti un'ulteriore fase del giudizio di primo grado, nell'ambito della quale ripercorrere tutte le tappe istruttorie e decisorie che già avevano condotto allo stato passivo e al decreto di esecutività: questo riesame si rendeva, in particolare, necessario per rimediare alla grave compressione del diritto al contraddittorio e alla prova nel corso della verifica sommaria del passivo (18).

Un'adesione significativa a questa impostazione era giunta anche dalla Corte Costituzionale, la quale – in un risalente arresto del 1970 (19) – si era pronunciata nel senso di ritenere che nel procedimento di opposizione «il giudice è chiamato ad un riesame della sua pronuncia in una fase ulteriore dello stesso grado di giudizio», così escludendo che la previsione dell'originario art. 99 l.f., affidando allo stesso giudice, che aveva approvato lo stato passivo, l'istruttoria della causa di opposizione, potesse impedire di adempiere all'obbligo di astensione di cui all'art. 51, n. 4, c.p.c. Nell'intento di superare una tale contrapposizione, una parte della giurisprudenza – ben presto affermata anche presso la Corte di legittimità – ha poi suggerito di ampliare l'oggetto della cognizione impugnatoria all'esame dell'intera pretesa creditoria (o reale) fatta valere con la domanda di insinuazione al passivo. Si è assistito, in particolare, al progressivo allontanamento da una lettura rigorosa del concetto di impugnazione allo stato passivo, ritenendosi invece più opportuno estendere l'effetto devolutivo del giudizio di opposizione dalle questioni individuate nei soli motivi dedotti dall'impugnante (c.d. impugnazione a devolutività limitata) all'intero *thema decidendum* determinato in sede di accertamento del passivo (c.d. impugnazione a devolutività piena).

Né sono mancate le adesioni dottrinali a questa impostazione, facendosi leva ancora una volta sull'accostamento fra l'opposizione allo stato passivo e l'opposizione al decreto ingiuntivo (20) e sulla necessità di compensare le lacune istruttorie dovute alla sommarietà e alla sinteticità del rito camerale avanti al giudice delegato, con il recupero in sede di opposizione, oltre che del diritto al contraddittorio e alla prova, anche della possibilità di ottenere un pieno riesame della pretesa azionata con la

direzioni medesime» (M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 798).

(18) A questo orientamento dottrinale, in particolare, si ascrivono le posizioni di A. BONSIGNORI, *Il termine per l'opposizione allo stato passivo*, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, p. 445 ss.; ID., *Il fallimento*, in *Trattato* Galgano, vol. 9, 1986, p. 605 ss.; L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento. Contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979, p. 426; L.A. RUSSO, *L'accertamento del passivo nel fallimento*, Milano, 1995, p. 240 ss. Per la giurisprudenza – oltre alla sentenza citata alla successiva nota 20 – possono ricordarsi Cass., 28 giugno 1985, n. 3868, in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 674; App. Milano, 13 settembre 1986, in *Fall.*, 1987, p. 107; Trib. Roma, 25 marzo 1993, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 877; Trib. Trieste, 2 ottobre 1991, in *Fall.*, 1992, p. 431; Trib. Torino, 2 aprile 1991, in *Fall.*, 1991, p. 639; Trib. Monza, 3 novembre 1990, in *Fall.*, 1991, p. 1067; Trib. Torino, 10 luglio 1986, in *Fall.*, 1986, p. 1388; Trib. Venezia, 27 giugno 1986, in *Fall.*, 1987, p. 106.

(19) Si tratta di Corte cost., 18 novembre 1970, n. 158, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, p. 3 ss.

(20) Non raramente, peraltro, il giudizio di opposizione allo stato passivo è stato anche accostato, per la sua (pretesa) natura di giudizio di primo grado, al procedimento di opposizione avverso il decreto ex art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori): vedi, ad esempio, P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, p. 580.

domanda di ammissione al passivo (21).

Indubbiamente apprezzabile sul piano teorico, questo tentativo di «armonica composizione» (22) ha, tuttavia, rivelato alcuni cedimenti sotto il profilo applicativo, dal momento che il riconoscimento di un'ampia possibilità di integrazione del *petitum* e della *causa petendi* in sede di opposizione è stato spesso disatteso dai giudici, che hanno dichiarato inammissibili le domande riconvenzionali idonee ad ampliare l'oggetto del giudizio: così, ad esempio, si è esclusa l'ammissibilità delle domande revocatorie proposte dal curatore in via riconvenzionale, che siano state giustificate da un interesse recuperatorio ulteriore rispetto a quello sotteso alla domanda di insinuazione (23).

È in questo contesto ermeneutico che il legislatore del 2006 interviene a modificare la disciplina del procedimento di verifica del passivo, foggiano un sistema processuale imperniato sulla successione di un giudizio impugnatorio di secondo grado ad un procedimento di primo grado a cognizione sostanzialmente piena.

Come si è sinteticamente prospettato nelle prime pagine di questo commento, l'evoluzione in un senso pienamente cognitorio del procedimento innanzi al giudice delegato non poteva, infatti, non riflettersi sul succedaneo giudizio di opposizione (come pure sugli altri giudizi di cui all'art. 98 l.f.), attribuendovi una natura propriamente impugnatoria. Se in passato poteva anche giustificarsi l'immagine dell'opposizione come un mero sviluppo a cognizione piena di una delibazione sommaria e fortemente deformalizzata, una tale prospettiva non sembra infatti più condivisibile oggi, nella vigenza della riforma del 2006 e delle «correzioni» apportate

(21) Questo tentativo di composizione è stato sostenuto da un'ampia parte della dottrina (vedi F. FERRARA - A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 489; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, p. 1458; così sembra anche M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Tedeschi*, pp. 797-798 ove ampi richiami), e da non poche pronunce della Corte di legittimità (vedi, *ex multis*, Cass., 1° ottobre 2007, n. 20622, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 124 ss.; Cass., 24 luglio 2003, n. 11456, in *Fall.*, 2004, p. 1308 ss., con nota di F. LAMANNA, *Effetto devolutivo del giudizio di opposizione a stato passivo*; Cass., 8 novembre 1997, n. 11026, nota 16, p. 1233). Nell'ambito della giurisprudenza di merito possono ricordarsi: Trib. Firenze, 5 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, 2, c. 633 ss., con nota di M. FABIANI, *Impugnazioni dello stato passivo, raccordo col procedimento sommario e preclusioni*; Trib. Trapani, 16 maggio 2005, inedita; Trib. Rovigo, 31 gennaio 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 320 ss.; Trib. Bergamo, 6 luglio 2002, in *Fall.*, 2003, p. 461. Si segnala, anche, la recente Trib. Napoli, 31 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, pp. 1376-1377, secondo la quale «il giudizio di cui al vecchio art. 98 l.f. costituisce lo sviluppo eventuale di natura *lato sensu* impugnatoria del subprocedimento di formazione e verifica dello stato passivo, dalle cui risultanze non può prescindere, ed è connotato dal c.d. principio devolutivo, sicché, nel caso in cui la ragione dell'esclusione di un credito o di una causa di prelazione fosse dipesa dalla ritenuta fondatezza di un'eccezione in senso stretto, il giudice dell'opposizione deve necessariamente riesaminare tale questione, automaticamente sottoposta alla sua cognizione in forza del principio tipico dei rimedi impugnatori ricavabile *a contrario* dall'art. 346 c.p.c.».

Sembrano fare applicazione di questo principio, al fine di giustificare la possibilità per il curatore di opporre, nel corso del giudizio di opposizione, eccezioni di infondatezza delle pretese del ricorrente diverse da quelle rilevate nel provvedimento di esclusione del credito dallo stato passivo: App. Trieste, 29 marzo 2006, in *Fall.*, 2007, p. 42 ss., con osservazioni di F. LANDOLFI; App. Catania, 10 settembre 1990, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 612; Trib. Monza, 30 dicembre 2002, in *Fall.*, 2003, p. 801; Trib. Padova, 24 maggio 2001, in *Fall.*, 2002, p. 344; Trib. Udine, 17 maggio 2001, in *Fall.*, 2002, p. 537 (*contra* vedi le sentenze citate alla successiva nota 24).

(22) L'espressione tra virgolette è tratta da F. LAMANNA, *Effetto devolutivo del giudizio di opposizione a stato passivo*, p. 1310.

(23) Può ricordarsi, a mero titolo esemplificativo, Cass., 1° agosto 1996, n. 6963, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 508; Cass., 21 maggio 1979, n. 2910, in *Dir. fall.*, 1979, II, p. 419. Più recentemente – ma pur sempre nel vigore della precedente disciplina – si veda Trib. Vicenza, 8 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, p. 732 ss., con nota di D. FINARDI, *Opposizione allo stato passivo e domanda riconvenzionale alla luce della riforma fallimentare*.

all'art. 99 dal d.lgs. 169/2007.

La legge fallimentare del 1942 delineava negli artt. 95 e 96 una procedura estremamente rapida, governata dai poteri istruttori officiosi del giudice delegato e contraddistinta dall'assenza di un obbligo del contraddittorio, al punto da legittimare la conclusione del procedimento già dopo l'assunzione delle «opportune informazioni» e l'esame dello stato passivo «alla presenza del curatore e con l'intervento del fallito». Ora invece il d.lgs. n. 5/2006 ha inteso riqualificare la procedura di verifica del passivo alla luce dei tradizionali canoni del processo contenzioso, sia in ordine alla domanda e al regime istruttorio (ora adeguati al modello del rito laburistico) sia in ordine alla disciplina delle eccezioni di parte, caratterizzata dall'attribuzione al curatore della duplice prerogativa di interloquire motivatamente su ogni domanda e di eccepire «i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere» (art. 95, comma 1, l.f.). I riflessi di queste innovazioni si sono potuti misurare, in particolare, attraverso l'eliminazione di un grado di appello, a cui l'opponente poteva affidare, in passato, le censure sulla pronuncia con cui il tribunale avesse rigettato la propria domanda di impugnazione.

Il passaggio da un sistema complessivamente articolato secondo quattro gradi di giudizio ad un sistema che – in aderenza agli auspici della dottrina – consente solo il ricorso per cassazione contro il provvedimento reso dal tribunale in sede di opposizione (*ex art. 99, comma 12, l.f.*), contribuisce a qualificare tale giudizio secondo i caratteri del processo d'appello, quale mezzo di gravame idoneo a sottoporre alla cognizione del tribunale – almeno potenzialmente – l'intera causa già decisa nel corso della verifica del passivo. E infatti, ogni accostamento tra l'opposizione allo stato passivo e altri giudizi oppositori, per quanto giustificato da alcune analogie procedurali, non solo prestava il fi anco alle critiche già nella vigenza della legge del 1942, ma risulta vieppiù smentito dalla nuova fisionomia dell'accertamento, nella quale sono pienamente garantiti, già nel primo grado del giudizio, tanto gli interessi dei creditori quanto – mediamente – quelli della massa e dello stesso fallito.

Questo nuovo approdo della legislazione fallimentaristica dovrebbe, dunque, contribuire a metter fi ne agli annosi dibattiti insorti sulla natura dell'opposizione, contrastando in particolare la formazione di interpretazioni che, al solo scopo di disconoscere la natura impugnatoria dell'opposizione, finiscano per sminuire – con eccessi di semplificazione – l'apporto innovatore della riforma. Può accadere, infatti, di leggere interventi della giurisprudenza di merito in cui, nel vigore della nuova normativa, non si esiti a qualificare l'intera vicenda processuale della verifica come una «sequenza bifasica» del medesimo grado di giudizio, appuntando tale conclusione su argomentazioni tutt'altro che incontrovertibili, imperniate soprattutto su valutazioni di carattere letterale (24).

(24) È questa la conclusione cui perviene, ad esempio, Trib. Firenze, 21 novembre 2007, in *Fall.*, 2008, p. 581 ss., secondo la quale: «con l'impugnazione delineata dall'art. 98 l.f., nella sua nuova formulazione, il legislatore non ha introdotto un vero e proprio gravame assimilabile al giudizio di appello, ma una sequenza bifasica del procedimento di accertamento del passivo». In particolare, la pronuncia del Tribunale qualifica la fase dell'opposizione (o dell'impugnazione) allo stato passivo come «la prima occasione di giurisdizionalizzazione del procedimento e della sua sottoposizione ad una rigorosa regolamentazione che preveda oneri processuali per le parti», e come «momento di controllo dell'attività del g.d. con facoltà per le parti di utilizzare il materiale espositivo e probatorio già riversato nel procedimento nella prima fase (...) essendo in questa sede, e solo in essa, assoggettato alle decadenze in punto di formulazione di mezzi di prova e di allegazione di documenti (ma non di proposizione di eccezioni)». I giudici fiorentini ritengono di poter trarre argomento a sostegno di queste affermazioni, sia

Sebbene sia evidente l'intento pratico di non disperdere il materiale espositivo e probatorio già formatosi nella prima fase del procedimento – come potrebbe accadere se si qualificasse l'opposizione alla stregua di un mezzo di impugnazione, soggetto a più incisive preclusioni – una tale conclusione non risulta invero conciliabile – a prescindere dalla vigenza (o meno) di un divieto di *ius novorum* in sede di impugnazione allo stato passivo – con le innovazioni prospettate dalla riforma sul piano della struttura dell'intero *iter* di verifica del passivo.

Ciò non esime dal considerare, tuttavia, che la qualificazione dell'opposizione come un vero e proprio mezzo di gravame, se, per un verso, non consente di dubitare dell'applicabilità dei principi generali in materia di impugnazioni, per altro verso, suscita nuovi e complessi interrogativi sull'oggetto della cognizione del tribunale, forse anche legittimando un graduale superamento degli orientamenti formati nel vigore della precedente disciplina.

2.3. *L'oggetto del giudizio di opposizione: effetto devolutivo limitato e divieto di ius novorum* – Dal dibattito sulla natura dell'opposizione, è emerso che le soluzioni prospettate dagli interpreti per il problema dell'oggetto del giudizio sono oscillate, in particolare, tra il riconoscimento di un effetto devolutivo dell'opposizione limitato alle censure mosse dal creditore escluso (o ammesso con riserva) e, all'opposto, la scelta di estendere il relativo *thema decidendum* all'intero oggetto dell'insinuazione, quali che siano state le ragioni del gravame.

Una così marcata divergenza interpretativa riflette, sostanzialmente, la diversa qualificazione dello strumento impugnatorio compiuta dai distinti indirizzi ermeneutici. Ove il concetto di impugnazione è stato interpretato in una maniera rigorosa, è divenuto infatti naturale precludere al tribunale la possibilità di pronunciarsi sulle questioni non dedotte dall'opponente, dal curatore o dagli altri concorrenti intervenuti, con l'unica «variante», per così dire, delle questioni rilevabili d'ufficio. Là dove, invece, il riconoscimento della natura impugnatoria dell'opposizione ha costituito un espediente nominalistico per legittimare il ricorso ad uno strumento *ex se* deputato a valutare l'efficacia di un provvedimento giurisdizionale, non si è esitato ad estendere la cognizione del tribunale all'intera *res iudicanda* esaminata in sede di verifica del passivo.

Questo atteggiamento può dirsi oggi definitivamente superato, atteso che l'affermazione di un doppio grado di giurisdizione nell'ambito dell'accertamento del passivo non pare ammettere soluzioni diverse da quella che devolve alla cognizione del giudice dell'opposizione le sole domande (ri)proposte dalle parti, perché non accolte o anche solo non esaminate nel corso del precedente grado di giudizio. Ne consegue che l'oggetto dell'opposizione sembra essersi conformato a quello del giudizio di appello regolato dal codice di rito (e, specialmente, dalle norme sul processo laburistico),

dal fatto che la necessità dell'assistenza tecnica del difensore sussiste solo con riguardo al procedimento innanzi al tribunale, sia dall'impiego nell'art. 98 l.f. di «un termine atecnico quale quello della contestazione (...), che non trova riscontro nel codice di rito con riferimento all'appello (...) dove si parla più precisamente (art. 339 c.p.c.) di impugnazione in appello», sia infine dalla «diversità di locuzione» con cui si individuerebbe l'esatto contenuto dell'istanza di ammissione al passivo («l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda») dal ricorso in opposizione («l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione»), diversità che, secondo i giudici, impedirebbe di riproporre nel ricorso i fatti posti a sostegno della domanda di insinuazione, da acquisirsi quindi *aliunde* (si veda anche Trib. Pescara, 13 giugno 2008, in *Fall.*, 2009, pp. 239-240; Trib. Pescara, 10 febbraio 2009, in *Fall.*, 2009, p. 741).

coinvolgendo le questioni poste dalle censure dell'opponente sui capi del decreto preclusivi – in tutto o in parte – del diritto alla ripartizione dell'attivo (25). Tuttavia, la mancanza – che tutt'oggi permane – di una chiara presa di posizione del legislatore sull'esistenza di limitazioni (più o meno consistenti) all'introduzione di *nova* nel giudizio di opposizione, ha fatto sorgere non pochi dubbi sulla possibilità – invero frequentemente affermata dagli interpreti – di ampliare l'oggetto delle istanze dell'opponente oltre i vizi del provvedimento del giudice delegato o le censure di ingiustizia dei suoi pronunciamenti.

In particolare, per quanto concerne la possibilità della parte opponente di ampliare l'oggetto del giudizio devoluto alla cognizione del tribunale, non può dubitarsi – e in effetti, già nella vigenza della legge del 1942, non si è mai dubitato (26) – dell'inammissibilità di domande nuove (o più ampie) rispetto a quelle proposte dal creditore (o dal titolare di diritti reali) con l'istanza *ex art. 93 l.f.* A tanto si è pervenuti osservando non solo che un ampliamento indiscriminato dell'oggetto del giudizio finirebbe per pregiudicare irrimediabilmente la posizione degli altri creditori concorrenti, i quali assisterebbero ad una ammissione del credito avversario sulla base di ragioni diverse rispetto a quelle dedotte con la domanda di insinuazione, ma rilevando altresì che l'istanza nuova (o più ampia) sarebbe in contrasto – soprattutto ove avesse ad oggetto diritti c.d. eterodeterminati – con l'onere del creditore di indicare nel ricorso al giudice delegato i fatti e gli elementi di diritto che costituiscono le ragioni della domanda e dell'eventuale prelazione fatta valere (27). Senza voler considerare,

(25) La deducibilità in opposizione dei soli capi della decisione del giudice delegato risultati sfavorevoli per il creditore (*tantum devolutum quantum appellatum*) comporta non solo l'acquiescenza per le parti del decreto non opposte (come si può desumere da un'applicazione estensiva del combinato disposto degli artt. 329, comma 2 e 346 c.p.c.), ma altresì il divieto al tribunale di riformare il decreto del giudice delegato in senso sfavorevole al creditore opponente (c.d. *reformatio in peius*), nei limiti in cui essa determini una esclusione o un trattamento peggiorativo dei crediti ammessi e non contestati. Legittima può, invece, ritenersi la *reformatio* all'interno del singolo capo impugnato o dei capi della domanda rimasti assorbiti nella fase di verifica del passivo e suscettibili, quindi, di un primo esame in sede di opposizione (vedi M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, pp. 800-801).

(26) L'inammissibilità di domande (di ammissione al passivo) nuove o più ampie di quelle esperite all'atto dell'insinuazione al passivo – quale corollario della natura impugnatoria (intesa per lo più in senso pienamente devolutivo) dell'opposizione – ha rappresentato un dato costante dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale anteriore alla riforma (al punto da indurre la dottrina a parlare di vero e proprio «*ius receptum*»): a titolo orientativo, possono ricordarsi i contributi di S. BONFATTI, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, p. 297 ss.; M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 801 ss.; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, p. 467; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, p. 1465; G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Passivo*, p. 221. Numerose anche le adesioni giurisprudenziali: vedi, oltre alle sentenze citate alla nota 16, Trib. Roma, 16 novembre 2001, in *Fall.*, 2002, p. 906; Trib. Roma, 5 giugno 2001, in *Fall.*, 2002, p. 747 ss. con osservazioni di D. LAMBICCHI; Trib. Roma, 28 marzo 2001, in *Fall.*, 2002, p. 216; Trib. Avezzano, 5 aprile 2000, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 410; Trib. Messina, 1° giugno 1999, in *Fall.*, 1999, p. 1161; Trib. Treviso, 9 ottobre 1997, in *Fall.*, 1998, p. 317; Trib. Torino, 15 marzo 1996, in *Fall.*, 1996, p. 709; Trib. Milano, 15 ottobre 1992, in *Fall.*, 1993, p. 333; Trib. Genova 3 aprile 1992, in *Fall.*, 1992, p. 973; Trib. Roma, 6 febbraio 1992, in *Fall.*, 1992, p. 757. Nella vigenza della disciplina del 1942 questa conclusione non è stata, invece, accolta – seppure con motivazioni eterogenee (per lo più dirette ad escludere la natura impugnatoria dell'opposizione) – da una parte della giurisprudenza: Cass., 19 luglio 1986, n. 4654, in *Giust. civ.*, Mass. 1986, p. 1350; Cass., 28 giugno 1975, n. 2560, in *Giust. civ.*, Rep., 1976, voce *Titoli di credito*, n. 58; Trib. Genova, 7 febbraio 1994, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 880.

(27) Queste conclusioni sono state condivise da un'ampia parte della dottrina già nel vigore della legge del 1942: vedi, per tutti, S. BONFATTI, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, p. 298; G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998, p. 582; M. MONTANARI,

oggi, le modifiche apportate dalla riforma alla disciplina del ricorso avverso il decreto del giudice delegato, nel quale (anche) l'opponente è tenuto ad indicare «l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione» (art. 99, comma 2, n. 3), alludendo alla necessità che siano individuati, nell'atto introduttivo del giudizio, i motivi dell'impugnazione e, particolarmente, le censure mosse dal creditore al decreto del giudice delegato.

È così apprezzabile lo sforzo con cui il riformatore ha tentato di assicurare una maggiore precisione al contenuto delle predette domande, imperniando sia l'istanza di ammissione al passivo che il ricorso in opposizione su una puntuale indicazione del *petitum* e della *causa petendi*. Pur rinviando, sul punto, al commento dell'art. 99 l.f., si rende utile raccogliere i dati provenienti da una copiosa applicazione giurisprudenziale, dai quali emergono alcune linee di tendenza ormai consolidate in relazione all'*inammissibilità*, in sede di opposizione, delle istanze con cui il creditore (o il titolare di diritti reali) formula per la prima volta:

a) la domanda di ammissione di un credito fondato su un titolo diverso rispetto a quello dedotto nella domanda *ex art. 93 l.f.* o, comunque, per un importo maggiore rispetto a quello originariamente azionato (28);

b) la richiesta di ammissione del credito per interessi non azionato davanti al giudice delegato (29);

c) l'istanza di ammissione in via privilegiata di un credito, già dedotto come chirografario *ex art. 93 l.f.* (30);

d) l'istanza di pagamento del credito in prededuzione (31);

e) la domanda di risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.* fondata, in sede di

Commento all'art. 98, in *Commentario* Tedeschi, pp. 802-803. Significativa, poi, è l'applicazione che del principio in esame è stata fatta da Cass., 10 ottobre 2003, n. 15142, cit., p. 1201, ove si è ritenuta incensurabile la sentenza impugnata che, nel corso del giudizio di opposizione allo stato passivo, ha giudicato come nuova e, pertanto, inammissibile la domanda di insinuazione per il credito da rimborso di un finanziamento proposta in sede di gravame, avendo il creditore chiesto, *ex art. 93 l.f.*, l'ammissione al passivo per il prezzo di una compravendita: in particolare, la Corte trae argomento dal fatto che la domanda avesse ad oggetto un diritto c.d. eterodeterminato, per la cui azionabilità in giudizio si rivela, cioè, indispensabile «l'allegazione del fatto costitutivo quale elemento necessario di individuazione», con la conseguenza che anche «ogni modificazione dei fatti allegati comporta una modificazione della domanda; e il giudice non può accogliere la domanda sulla base di fatti che, pur provati, siano diversi da quelli allegati».

(28) L'affermazione può dirsi indiscussa sia in dottrina sia in giurisprudenza: si rinvia, in proposito, alle citazioni contenute nella precedente nota 27.

(29) In giurisprudenza affermano l'inammissibilità della richiesta di ammissione al passivo degli interessi non domandati con l'insinuazione tempestiva: Trib. Milano, 21 febbraio 2000, in *Fall.*, 2000, p. 812; Trib. Grosseto, 26 gennaio 1999, in *Fall.*, 1999, p. 682; Trib. Roma, 30 giugno 1998, in *Fall.*, 1999, p. 110; Trib. Milano, 21 dicembre 1998, in *Fall.*, 1999, p. 456 (per ulteriori indicazioni vedi anche M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 803).

(30) Si tratta di un orientamento ormai pienamente consolidatosi nella giurisprudenza (vedi Trib. Bologna, 3 maggio 2000, in *Fall.*, 2000, p. 1178; Trib. Grosseto, 26 gennaio 1999, cit., p. 682; Trib. Torino, 29 novembre 1996, in *Fall.*, 1997, p. 324) e in un'ampia parte della dottrina (vedi, per tutti, M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 803; *contra* A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, p. 606).

(31) La più recente giurisprudenza – anche quella di legittimità – si è orientata nel senso di ritenere inammissibile la richiesta di riconoscimento della prededucibilità del credito insinuato formulata per la prima volta nel giudizio di opposizione allo stato passivo: vedi, *ex multis*, Cass., 30 settembre 2004, n. 19605, cit., p. 690; Cass., 8 novembre 1997, n. 11026, cit., p. 1233; Cass., 5 settembre 1992, n. 10241, cit., p. 68; Trib. Roma, 19 giugno 2002, in *Fall.*, 2003, p. 103; Trib. Roma, 6 dicembre 2000, in *Fall.*, 2000, p. 833.

opposizione, su una condotta del debitore, diversa da quella posta a fondamento dell'istanza avanzata in sede di verifica del passivo (32).

Maggiori contrasti interpretativi si sono invece delineati in relazione a due altre ipotesi:

f) quando l'opponente fa valere in sede di opposizione l'istanza di riconoscimento di una causa di prelazione diversa rispetto a quella originariamente fatta valere (33);

g) quando l'opponente, una volta esperita davanti al giudice delegato l'azione cartolare, esercita l'azione causale relativa all'obbligazione portata dal medesimo titolo di credito (34).

Una deroga al divieto di proporre nuove domande in sede di opposizione sembra, però, essere stata prevista dal legislatore allorché l'opponente sia il titolare di diritti reali su beni in possesso o di proprietà del fallito, atteso che il nuovo art. 103 l.f. consente al concorrente – «se il bene non è stato acquisito all'attivo della procedura» – di «modificare l'originaria domanda (di restituzione o di rivendica del bene del fallito) e chiedere l'ammissione al passivo del controvalore del bene alla data di apertura del concorso» (35): orbene, tale prerogativa, esercitabile dalla parte «anche nel corso

(32) L'inammissibilità di tale domanda è stata affermata perentoriamente da Cass., 27 marzo 1995, n. 3592, cit., p. 1131, secondo cui è preclusa al creditore «la richiesta di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale che venga fondata su una condotta del debitore diversa da quella indicata nell'istanza di ammissione al passivo, modificandosi in tal modo la *causa petendi* della richiesta e introducendosi un nuovo tema di indagine». Si segnala anche Trib. Genova, 9 gennaio 1997, in *Gius.*, 1997, p. 1265 in relazione all'ipotesi di inammissibilità della domanda di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. quando con l'istanza di ammissione al passivo sia stata proposta domanda di adempimento contrattuale.

(33) Particolarmente discussa è l'ipotesi dell'ammissibilità della domanda diretta ad ottenere il riconoscimento di un privilegio diverso da quello originariamente fatto valere: secondo una parte – invero tutt'altro che minoritaria della giurisprudenza – si dovrebbe ammettere la richiesta di una diversa causa di prelazione ove non vengano modificati i fatti dedotti originariamente nella domanda di ammissione al passivo (così, ex multis, Cass., 28 novembre 1994, n. 11230, in *Fall.*, 1995, p. 748, secondo cui «la richiesta, in sede di opposizione, di un diverso privilegio non costituisce domanda nuova, in quanto la collocazione del credito discende direttamente dalla legge in relazione alla causa e, quindi, non deve essere oggetto di specifico *petitum*»; Trib. Torino, 13 dicembre 2000, in *Fall.*, 2001, p. 594, secondo la quale «colui che abbia chiesto con domanda tempestiva il riconoscimento di un credito col privilegio di cui all'art. 2751 c.c., può successivamente, in sede di opposizione a stato passivo, far valere il privilegio speciale di cui all'art. 2764 c.c., trattandosi di domanda non nuova»). Non mancano, tuttavia, le pronunce che escludono – come sembra preferibile – l'ammissibilità di tali domande: vedi, ex multis, Cass., 11 luglio 1996, n. 6319, cit., p. 300 (che ha escluso l'ammissibilità in sede di opposizione del titolo del privilegio in un'ipotesi in cui il creditore aveva richiesto l'ammissione al passivo con privilegio per effetto della qualificazione del rapporto in termini di attività professionale e aveva poi, in sede di opposizione, qualificato l'attività lavorativa prestata come subordinata); Cass., 13 giugno 1990, n. 5751, in *Fall.*, 1990, p. 1206 (che ha dichiarato inammissibile la specificazione del privilegio contenuta nella domanda di opposizione, a fronte di una domanda di ammissione al passivo ove non vi era indicazione della specifica causa di prelazione che si intendeva far valere); Trib. Roma, 30 giugno 1998, cit., p. 110. Analogamente anche Trib. Milano, 15 giugno 1998, in *Fall.*, 1998, p. 1193 secondo cui è inammissibile la richiesta di riconoscimento della collocazione del credito con prelazione pignorizia, allorché il creditore deduca la costituzione di un pegno irregolare dopo aver richiesto, ex art. 93 l.f., il riconoscimento di un pegno regolare.

(34) A favore dell'ammissibilità della domanda *de qua*, si sono espresse, in particolare, Cass., 4 gennaio 2001, n. 79, in *Fall.*, 2001, p. 582; Trib. Genova, 18 maggio 2001, in *Fall.*, 2001, p. 1283; Trib. Milano, 4 aprile 1996, in *Fall.*, 1996, p. 709. A sostegno dell'opinione contraria, si segnalano invece Trib. Grosseto, 26 gennaio 1999, cit., p. 682; Trib. Treviso, 9 ottobre 1997, in *Fall.*, 1998, p. 317.

(35) A favore di un'interpretazione della modifica in esame come una vera e propria *mutatio*

dell'udienza di cui all'art. 95», non sembra inaccessibile al concorrente in sede di opposizione, ove ne sussista il presupposto della mancata acquisizione all'attivo.

L'inammissibilità dell'istanza di opposizione deve considerarsi, in ogni caso, rilevabile d'ufficio da parte del tribunale, dal momento che – in ossequio alla disciplina comune sull'appello – non sembra realmente praticabile l'alternativa dell'eccezione sollevata dal curatore, soprattutto ove la sua mancata opposizione dovesse correlarsi – come talvolta sostenuto in giurisprudenza (36) – ad un'efficacia sanante per effetto dell'eventuale accettazione tacita del contraddittorio (37). A ciò si aggiunga – come è stato osservato in dottrina – che la rilevabilità officiosa dell'inammissibilità si giustifica, nel fallimento, anche alla luce della peculiare condizione della domanda nuova, poiché alla sua delibazione è pur sempre riservata dal legislatore l'udienza di trattazione delle istanze non tempestive di cui all'art. 101 l.f., con la conseguenza che l'eventuale ammissibilità della domanda nuova in sede di opposizione finirebbe per esautorare – almeno in parte – questa previsione normativa (38).

La *ratio* sottesa al divieto di proporre domande nuove nel ricorso in opposizione non è *sic et simpliciter* trasponibile alle attività difensive del curatore (e degli altri creditori intervenuti) nel giudizio di opposizione: se tale procedimento – al pari del giudizio di appello – è innanzi tutto diretto a controllare e rinnovare il giudizio di primo grado nei limiti delle censure di parte, dovrebbe escludersi l'allegazione di fatti nuovi, atteso che questi strumenti sono idonei ad ampliare l'oggetto del giudizio al pari della domanda nuova (39).

libelli e non già come una semplice *emendatio libelli*, si è espressa sia la giurisprudenza (*ex multis* vedi Trib. Modena, 19 marzo 1985, in *Fall.*, 1986, p. 115) sia la prevalente dottrina: vedi, in particolare, F. FERRARA – A. BORGIOLO, *Il fallimento*, p. 577; F. LAMANNA, *Questioni controverse in tema di rivendica, restituzione o separazione di beni mobili*, in *Fall.*, 1996, p. 634 ss.; M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 963; ID., *Commento all'art. 103*, in *Commentario* Jorio, 2006, pp. 1570-1571; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 359.

(36) In caso di violazione del divieto di domande nuove (o più ampie), riconoscono efficacia sanante all'eventuale accettazione (tacita) del contraddittorio e alla correlativa eccezione di parte: Cass., 26 gennaio 1982, n. 496, in *Fall.*, 1982, p. 340; Trib. Velletri, 3 marzo 1990, in *Fall.*, 1990, p. 1068.

(37) In senso contrario può segnalarsi un'isolata pronuncia di merito, secondo cui «il giudizio di opposizione allo stato passivo costituisce, da un lato, lo sviluppo e la continuazione in primo grado e a pieno contraddittorio della fase della verifica e, dall'altro, segna l'assoggettività del *ius novorum* al divieto di *mutatio libelli* operante in primo grado. Pertanto, l'inammissibilità della domanda nuova o più ampia proposta dal creditore opponente non è rilevabile d'ufficio» (Trib. Roma, 20 dicembre 2001, in *Fall.*, 2002, p. 790).

(38) In questo senso vedi, ad esempio, M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 802, il quale osserva che le violazioni dell'art. 101 l.f., conseguenti all'eventuale ammissione di domande nuove in sede di opposizione al passivo, devono considerarsi «suscettibili di rilievo officioso da parte del giudice, in obbedienza al comune insegnamento che la determinazione del rito applicabile a una data controversia vuole sottesa da una *ratio* d'ordine pubblico o, comunque, rispondente a un interesse generale, trascendente quello delle parti contendenti».

(39) Come noto, la giurisprudenza anteriore alla riforma del 2006 si è attestata su posizioni diverse in ordine alla proponibilità di nuove eccezioni nell'opposizione allo stato passivo (vedi, oltre alle sentenze citate nella precedente nota 22, Trib. Roma, 7 marzo 2001, in *Fall.*, 2001, p. 948; Trib. Milano, 20 marzo 1997, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, p. 64; Trib. Roma, 26 gennaio 1996, in *Fall.*, 1996, p. 599; Trib. Torino, 27 maggio 1992, in *Fall.*, 1992, p. 1080): va segnalato come tale conclusione sia stata, frequentemente, giustificata dall'ammissione di un effetto devolutivo dell'opposizione esteso all'intero *thema decidendum* esaminato nella fase della verifica sommaria del passivo, assunto che – come detto – non sembra più riproponibile dopo il rafforzamento delle tutele cognitorie nel giudizio di accertamento del passivo e la contestuale abolizione del grado d'appello avverso le pronunce del tribunale. Si segnala però Trib. Roma, 19 giugno 2002, in *Fall.*, 2003, p. 105, secondo cui «la richiesta di riconoscimento della natura prededucibile del credito non può essere fatta valere per la prima volta in sede di opposizione allo

Così opinando, infatti, sembra possibile conciliare anche alcune modifiche introdotte dal d.lgs. 169/2007: la nuova previsione dell'art. 99, comma 2, n. 4, l.f., nella parte in cui impone – pur senza le dovute precisazioni (40) – al ricorrente di indicare le «eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio», consente anche al curatore di proporre eccezioni nuove nella propria memoria difensiva.

2.4. *La legittimazione attiva e passiva all'opposizione: conferme e innovazioni* – La disciplina del 1942 – come accennato – estendeva l'esperibilità del rimedio oppositivo sia ai creditori esclusi che a quelli ammessi con riserva, determinando – soprattutto sotto quest'ultimo profilo – non pochi problemi interpretativi, che è opportuno sinteticamente richiamare per illustrare appieno le implicazioni della stessa riforma.

In primo luogo, nel novero dei creditori (e dei titolari di diritti su beni del fallito) che abbiano assunto la veste di parte nella pregressa fase del giudizio, possono risultare soccombenti e, quindi, interessati alla opposizione allo stato passivo i concorrenti non ammessi, che ora la riforma del 2006 – esplicitando un dato già sotteso all'espressione, più sintetica, del previgente art. 98 (41) – ridefinisce alla stregua di quanti «contestano che la propria domanda sia stata accolta in parte o sia stata respinta».

La posizione del soggetto escluso dallo stato passivo – indifferentemente, per ragioni di rito e/o di merito – consente, dunque, di ritenere esperibile lo strumento dell'opposizione anche avverso quei provvedimenti del giudice delegato che una parte della dottrina non ha esitato a definire «anomali» (42), in quanto avulsi dalla tradizionale logica del rigetto (viziato o, comunque, ingiusto) di una domanda *ex art. 93 l.f.* Ci si riferisce, in specie, sia alla adozione di provvedimenti di esclusione di crediti che non siano stati insinuati dall'interessato, sia alla omissione di un pronunciamento, da parte del giudice, sull'istanza effettivamente presentata dal creditore o dal titolare di diritti reali: se pochi dubbi si pongono in merito alla proponibilità del ricorso in opposizione nella prima ipotesi, considerata la necessità di paralizzare gli effetti preclusivi del decreto in ordine alla pretesa ingiustificatamente rigettata, preferibile – seppure non scontata – appare una analoga conclusione con riguardo al vizio di omessa pronuncia, dal momento che l'alternativa, talvolta proposta in dottrina e in giurisprudenza, di riservare la contestazione di tale vizio all'istanza tardiva di ammissione al passivo difetta della idoneità a salvaguardare l'interesse del creditore (o del titolare di diritti su beni) ad una tempestiva partecipazione al riparto dell'attivo (43).

stato passivo, dovendo il creditore indicare, sin dall'origine, le ragioni della preferenza, al fine di consentire agli altri creditori, sin dalla fase della verifica del passivo, di far valere le proprie deduzioni».

(40) È evidente, infatti, che la possibilità di opporre le eccezioni non rilevabili d'ufficio compete, non già all'opponente, ma al creditore (o al curatore) impugnante l'ammissione di un credito avversario *ex art. 98, comma 3, l.f.*, nonché al creditore (o al curatore) istante per la revocazione del credito ammesso *ex art. 98, comma 4, l.f.*

(41) L'attuale forma della disposizione in esame, a sua volta, riprende la dizione contenuta nell'art. 138, comma 2 dello Schema del disegno di legge di riforma approvato dalla Commissione Trevisanato-bis: cfr. A. JORIO - S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, p. 97.

(42) L'espressione è tratta da S. BONFATTI, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, p. 293.

(43) A favore della esperibilità dell'opposizione al passivo nei casi di c.d. *ultrapetitio*, si sono espressi, ad esempio, S. BONFATTI, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, pp. 293-294; M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Tedeschi*, p. 804; Trib. Udine, 5 marzo 1970, in

Maggiori sono state, al contrario, le problematiche sollevate dall'ammissione all'opposizione dei creditori ammessi con riserva, relativamente soprattutto al carattere esclusivo o meno di tale giudizio ai fini dello scioglimento della riserva: così, prevalente era l'opinione di quanti – in relazione alla riserva c.d. condizionale – ritenevano superflua la necessità di ricorrere all'*iter* oppositivo per assicurare che la caducazione della riserva medesima avvenisse nel rispetto della garanzia del contraddittorio fra tutti i soggetti interessati, ammettendo, invece, l'esperibilità di rimedi alternativi come l'insinuazione tardiva o l'istanza al giudice delegato di apportare la necessaria variazione al progetto di ripartizione delle somme disponibili (*ex art. 110, comma 2, l.f. del 1942*) (44).

All'opposto, il creditore ammesso con riserva di presentazione dei documenti giustificativi era tenuto – secondo l'opinione assolutamente pacifica nella giurisprudenza (45) – a promuovere lo scioglimento della riserva attraverso lo strumento esclusivo dell'opposizione, dal momento che avrebbe configurato un «inammissibile privilegio consentirgli di esibire quei titoli in qualsivoglia momento della procedura fallimentare, in tal modo sottraendo l'accertamento definitivo del proprio diritto al contraddittorio delle altre parti» (46).

Ne è conseguito che l'elezione dell'opposizione a *sedes* esclusiva per lo scioglimento della riserva – frequentemente estesa anche ad ipotesi di c.d. riserve atipiche – sia stata, di volta in volta, negata o affermata proprio alla stregua del carattere contenzioso e garantito che tale giudizio assicurava, talvolta tacciandolo come un inutile ostacolo al sollecito scioglimento della riserva, e talaltra esigendolo come un irrinunciabile presidio a salvaguardia delle prerogative creditorie.

Queste considerazioni si rivelano, allora, utili anche nella valutazione della scelta del riformatore di escludere dal novero dei legittimati all'opposizione tutti i creditori ammessi con riserva, dato che l'esclusione è in realtà meno radicale di quanto possa apparire *prima facie*, se solo si considera che le tradizionali regole della soccombenza non potranno escludere l'opponibilità davanti al tribunale

Dir. fall., 1970, II, p. 693. Assai più discussa è invece l'opponibilità avverso l'omissione di pronuncia del giudice delegato: per un primo indirizzo, diffuso tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza, tale vizio deve essere necessariamente censurato – alla stregua del formale rigetto della domanda – mediante lo strumento dell'opposizione (per la giurisprudenza vedi Cass., 21 aprile 1999, n. 3924, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2677 e Trib. Messina, 7 gennaio 2003, in *Fall.*, 2003, p. 798, secondo la quale, «qualora il giudice delegato abbia omissso di provvedere sulla richiesta del creditore di ammissione in via ipotecaria degli interessi legali, deve essere proposta opposizione *ex art. 98 l.f.* non potendo il giudice riconoscere, in sede di riparto, pretese creditorie che non siano state riconosciute e ammesse in sede formazione dello stato passivo»; per la dottrina vedi G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, p. 382); un secondo indirizzo avalla, invece, la possibilità per il creditore di riproporre la domanda nelle forme dell'insinuazione tardiva (per la giurisprudenza vedi Cass., 23 marzo 1996, n. 2566, in *Fall.*, 1996, p. 1157; per la dottrina vedi M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 805). Singolare – e, a quanto consta, senza seguito – la soluzione offerta dalla risalente Trib. Bologna, 24 novembre 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 820, che ha sostenuto addirittura la possibilità di applicare alla fattispecie esaminata il procedimento di correzione degli errori materiali (allora) *ex artt. 287 e 288 c.p.c.* (ma ora *ex art. 98, comma 5, l.f.*).

(44) Rinviando per i necessari approfondimenti al commento dell'art. 96, può richiamarsi M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 806.

(45) A partire da Cass., 18 gennaio 1961, n. 75, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, p. 1294 ss., la giurisprudenza si è poi consolidata in un indirizzo costante sul punto: vedi, a mero titolo esemplificativo, Cass., 5 ottobre 1992, n. 10936, in *Fall.*, 1993, p. 279; Cass., 29 luglio 1992, n. 9056, in *Fall.*, 1993, p. 142.

(46) Così M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 806.

dell'ammissione con riserva di un credito di cui sia stata domandata, in sede di verifica del passivo, un'ammissione incondizionata (47).

Al di là di quest'ipotesi, è tuttavia – ancora una volta – il carattere impugnatorio e contenzioso dell'opposizione – riguardato in questo caso dal legislatore come un appesantimento non necessario ai fini dello scioglimento della riserva – ad aver giustificato l'estromissione (parziale) dei creditori ammessi con riserva dal novero dei legittimati all'impugnazione *de qua*, atteso che è parso preferibile giungere alla stabilizzazione della riserva attraverso un procedimento più snello e rapido, qual è quello *ex art. 113-bis l.f.*, diretto a consentire l'immediata modifica dello stato passivo con un decreto emesso dal giudice delegato «su istanza del curatore o della parte interessata».

Un ulteriore profilo di legittimazione ad opporre lo stato passivo concerne, infine, l'ammissibilità di un'interpretazione estensiva della soccombenza, volta – come accennato in apertura di questo commento – a comprendere nel novero dei soggetti interessati ad impugnare anche quei creditori (o titolari di diritti reali) ammessi integralmente al passivo, ma non del tutto soddisfatti sotto il profilo del vantaggio legittimamente auspicabile dall'ammissione al passivo. Ne costituiscono degli esempi – frequentemente richiamati in giurisprudenza – le ipotesi in cui l'opponente sia stato ammesso al passivo:

a) in base ad una qualificazione giuridica del titolo diversa da quella fatta valere con la domanda di insinuazione;

b) in base ad un titolo fatto valere in via subordinata nella domanda di ammissione (48).

Queste ipotesi di legittimazione atipica all'opposizione si giustificano nei limiti in cui dalla qualificazione giuridica del titolo disattesa in sede di verifica possano derivare conseguenze più favorevoli per il richiedente: ad esempio, il riconoscimento del privilegio per retribuzioni da lavoro dipendente del credito insinuato col diverso privilegio previsto per le retribuzioni dei professionisti (*ex art. 2751-bis c.c.*).

Nessuna modifica, infine, è intervenuta sul piano della legittimazione passiva all'opposizione *de qua*, restando contraddittore del creditore (o del titolare di diritti reali) il curatore fallimentare, come già poteva evincersi dal previgente art. 98, comma 2, l.f., ove si incaricava l'opponente di provvedere alla «notificazione al curatore del ricorso e del decreto». Nessuna legittimazione spetta invece al fallito, che non solo è privo di qualsiasi legittimazione processuale a seguito della dichiarazione di fallimento (arg. *ex art. 43 l.f.*), ma beneficia altresì di una sufficiente tutela del proprio interesse con l'opera difensiva del curatore: del resto, la partecipazione del fallito al procedimento di accertamento del passivo è di per sé stessa marginale, potendo solo proporre osservazioni nella fase di formazione del progetto ed essere sentito nel corso dell'adunanza per l'esame dello stato passivo, come pure può accadere in sede di

(47) È questa la conclusione a cui perviene, ad esempio, M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Jorio*, pp. 1485-1486, secondo cui, in questo caso, «al diritto di agire in via di gravame non si accompagnerà, comunque, una situazione di onere in senso tecnico o, perlomeno, di onere a pena di necessaria e automatica conversione dell'ammissione con riserva in esclusione *tout court* dallo stato passivo, dovendosi ritenere che al mancato o intempestivo esperimento dell'opposizione debba conseguire semplicemente la stabilizzazione della riserva e il definitivo assoggettamento del creditore agli incumbenti *lato sensu* dimostrativi finalizzati allo scioglimento della medesima».

(48) Per gli opportuni riferimenti su queste ipotesi si rinvia a M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Tedeschi*, p. 809; ID., *Commento all'art. 98*, in *Commentario Jorio*, p. 1487. Vedi anche Trib. Roma, 7 dicembre 1984, in *Fall.*, 1984, p. 564.

impugnazione una volta che sia stata effettuata la notificazione del ricorso, senza alcun potere di opporre eccezioni o dedurre mezzi di prova (49).

2.5. *Profili applicativi dell'opposizione allo stato passivo* – Un esame dell'opposizione allo stato passivo non può sottrarsi, infine, alla trattazione di alcuni particolari profili di carattere applicativo, che consentano non solo di delineare con maggiore precisione l'ambito di rilevanza dell'istituto, ma altresì di individuarne i collegamenti con le altre figure del diritto fallimentare, alle quali – soprattutto nella prassi – la proposizione dell'opposizione tende con frequenza a rapportarsi.

Una particolare attenzione merita, anzitutto, l'esame della posizione del creditore opponente in caso di esito favorevole del giudizio impugnatorio: si deve osservare, infatti, che il riconoscimento della fondatezza dell'opposizione, determinando la definitiva ammissione del credito allo stato passivo (50), apre *ex novo* per il creditore lo scenario della ripartizione dell'attivo, in precedenza precluso dall'illegittima o ingiusta esclusione della propria pretesa. Se, per contro, si sia proceduto, in pendenza del giudizio impugnatorio, ad un primo parziale riparto dell'attivo, cui abbiano partecipato creditori di pari grado, si assisterebbe – e di fatto, frequentemente, si assiste – alla violazione della *par condicio creditorum*, sotto il peculiare profilo della legittimazione dei creditori, muniti del medesimo grado di prelazione, a concorrere egualmente nel soddisfacimento sull'attivo.

È quanto accade nell'eventualità in cui il creditore – insinuatosi tardivamente – veda accolta la propria istanza soltanto dopo lo svolgimento di un primo riparto, dal quale sia rimasto inevitabilmente escluso: situazione alla quale, come noto, il legislatore ha cercato di porre rimedio sin dal 1942 con il riconoscimento al creditore (tardivo) privilegiato non solo della possibilità – concessa anche al creditore chirografario – di partecipare alle ripartizioni successive all'ammissione tardiva (nei limiti del residuo), ma anche l'eccezionale legittimazione a prelevare dalla parte dell'attivo non ancora ripartita le (ulteriori) quote che gli sarebbero spettate in ragione dei precedenti riparti; la medesima prerogativa è attribuita, inoltre, al creditore chirografario quando dal provvedimento di ammissione tardiva risulti che «il ritardo è dipeso da cause ad ess[o] non imputabili» (art. 112 l.f.) (51).

(49) Sulla carenza di *legitimatio ad opponendum* del fallito e sulla compatibilità della stessa – come pure della generale esclusione del fallito dal giudizio ordinario di verifica del passivo – con i principi degli artt. 24 e 111 Cost., vedi Cass., 3 dicembre 1991, n. 12987, in *Fall.*, 1992, p. 157 ss., secondo cui «la tutela giurisdizionale può attuarsi anche in modo diverso dalla personale partecipazione di tale soggetto (*id est* il fallito: n.d.r.) al giudizio», mentre «le limitazioni del debitore in tale materia trovano una non irrazionale giustificazione nella natura dello speciale procedimento, che è diretto alla tutela di interessi generali e ha un carattere unitario, per cui è essenzialmente nel suo ambito e nei limiti posti dalla sua struttura che i diritti e gli interessi del fallito possono trovare protezione». Più di recente, questi principi sono stati ribaditi da Cass., 13 settembre 2006, n. 19653, in *Fall.*, 2007, p. 287 ss., con nota di C. FERRI, *Il fallito nella nuova disciplina della verifica dei crediti: esclusione di poteri processuali di proporre domande ed eccezioni, difetto di legittimazione all'impugnazione del decreto di esecutività dello stato passivo*.

(50) È comunque fatta salva la ricorribilità per cassazione avverso il decreto del tribunale, ai sensi dell'art. 99, comma 12, l.f.

(51) Si segnala, in proposito, che l'art. 112 l.f. è stato oggetto di una significativa modifica da parte del riformatore del 2006, il quale ha reso meno penetrante per il creditore il limite della non imputabilità del ritardo con cui abbia presentato la propria istanza, eliminando, in particolare, la necessità che il ritardo incolpevole «risulti dalla sentenza pronunciata a norma dell'art. 101» (art. 112 l.f. del 1942), rendendo così meno incisive le eccezioni alla regola generale della partecipazione ai soli riparti posteriori all'ammissione.

Orbene, questo strumento è stato ritenuto dalla giurisprudenza esperibile anche dal creditore opponente cui sia stata preclusa – senza sua colpa – la partecipazione ad eventuali riparti intermedi che abbiano avuto luogo nella pendenza del giudizio di opposizione allo stato passivo (52). Si è argomentato, in particolare, dall'esigenza di assicurare il rispetto della *par condicio creditorum*, la cui rilevanza trascende la posizione del creditore tardivo ammesso all'esito dell'apposita udienza di trattazione ex art. 101 l.f., investendo invece ogni situazione in cui la mancata ammissione al passivo da parte del giudice delegato determini – per la sua erroneità – un'indebita compressione del primario interesse a che tutti i creditori nel medesimo grado siano soddisfatti in eguale misura.

Questa interpretazione «estensiva» dell'art. 112 l.f. si rivela alquanto confacente in tema di opposizione allo stato passivo, ove la mancata partecipazione all'eventuale riparto intermedio è avulsa da responsabilità del creditore istante (che, se sussistenti, determinerebbero il concorso sulle sole ripartizioni posteriori all'ammissione), dipendendo piuttosto dall'errata decisione del giudice delegato, censurata nel decreto con cui il tribunale accoglie il ricorso dell'opponente. Un altro profilo di indubbio rilievo è poi quello dei rapporti tra l'opposizione allo stato passivo e la chiusura del fallimento (53), in relazione ai quali si prospetta da tempo il contrasto tra gli interessi dei creditori ammessi alla più sollecita definizione della procedura concorsuale e le aspettative dei creditori oppositori, interessati a differire la chiusura del fallimento sino alla pronuncia (definitiva) del tribunale sull'impugnazione.

Nel silenzio della legge sul punto, il conflitto è stato variamente composto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ripetutamente intervenute sulla questione con approdi riconducibili, nella sostanza, a tre diverse impostazioni: si delineano anzitutto due indirizzi più estremi favorevoli talvolta, per eccesso di garantismo, ad ostacolare la chiusura del fallimento sino alla definizione del giudizio di opposizione, e, talaltra, per eccesso di rigore, ad ammettere sempre la chiusura della procedura, privilegiando l'interesse generale alla celerità del procedimento rispetto alle esigenze particolari (54);

(52) Un'applicazione del principio di cui all'art. 112 l.f. alla situazione del creditore opponente che veda accolto il proprio ricorso è rintracciabile, in particolare, in Trib. Genova, 7 giugno 2006, in *Fall.*, 2007, p. 60 ss., con nota di D. FINARDI, *Par condicio creditorum e giudizio di opposizione ex art. 98 l.f.*: va segnalato che la pronuncia è intervenuta in un'epoca anteriore all'entrata in vigore della riforma del 2006 e, pertanto, non tiene conto delle ricordate innovazioni all'art. 112 (su cui vedi la precedente nota 52). In particolare, si deve precisare che il citato provvedimento – fissando come limite all'operatività della norma anche in sede di opposizione il fatto che «nella sentenza che ammette il credito risulti espressamente che la mancata ammissione in via ordinaria era stata dovuta a un fatto imputabile al creditore» (p. 61) – non trova più alcuna rispondenza nel testo vigente, nel quale, come ricordato, la possibilità di prelevare sull'attivo non ripartito anche le quote che sarebbero spettate in ragione dei riparti precedenti non è più soggetta al necessario intervento dichiarativo sulla non imputabilità della causa del ritardo. Sembrerebbe, dunque, che il creditore ricorrente possa far risultare la propria incolpevolezza in ordine all'esclusione dallo stato passivo anche *aliunde*, con il ricorso a produzioni documentali o all'assunzione di prove costituenti.

(53) Naturalmente, le considerazioni che si svolgeranno, in relazione alla chiusura del fallimento in pendenza di un giudizio di opposizione allo stato passivo, possono estendersi – *mutatis mutandis* – a tutte le ipotesi in cui il credito azionato con l'istanza ex art. 93 l.f. sia ancora *sub iudice* nel momento della definizione della procedura concorsuale: ciò accade, ad esempio, quando il decreto del giudice delegato è impugnato ex art. 98, comma 3, l.f. o quando sia presentata istanza di revocazione ai sensi dell'art. 98, comma 4, l.f. o, ancora, quando il creditore chieda tardivamente la propria insinuazione al passivo, secondo la procedura regolata dall'art. 101 l.f.

(54) Esclude la possibilità per il tribunale di dichiarare la chiusura del fallimento in presenza di un'opposizione ex art. 98 l.f. App. Napoli, 22 marzo 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 803; Trib. Genova, 13

accanto a queste impostazioni si colloca un orientamento intermedio, favorevole invece a disporre la chiusura del fallimento (soltanto) ove siano effettuati appositi accantonamenti, funzionali al soddisfacimento dei creditori in caso di esito favorevole del giudizio pendente (55).

Non essendo questa la sede per approfondire ulteriormente la questione, è sufficiente prendere atto di ciò che nell'attuale panorama giurisprudenziale prevale l'interpretazione più rigorosa, favorevole ad escludere che la pendenza della procedura di opposizione possa impedire la chiusura del fallimento, sull'assunto che, in presenza delle ipotesi contemplate dall'art. 118 l.f., gli organi della procedura non godono di alcun potere discrezionale per protrarre l'accertamento e la successiva fase del riparto. Non può però non evidenziarsi come la problematica dei rapporti tra la chiusura del fallimento e la pendenza del giudizio di opposizione sia stata significativamente ridimensionata dalle modifiche che la novella del 2006 ha apportato alla disciplina delle ripartizioni parziali.

Nel vigore della legge del 1942, né la pendenza del giudizio di impugnazione *ex* art. 100 l.f. né quella del procedimento di revocazione *ex* art. 102 l.f. ostacolavano la ripartizione finale e la chiusura del fallimento, considerato che era previsto – obbligatoriamente o a discrezione del giudice – l'accantonamento delle somme di denaro spettanti ai concorrenti il cui credito fosse stato contestato; un'analoga previsione non era invece contemplata con riguardo all'opposizione né poteva ricavarsi dalla applicazione analogica delle altre (tassative) ipotesi di accantonamento, dettate nell'originario art. 113 l.f. (56). Oggi, invece, la nuova disposizione dell'art. 113 impone che, nel corso delle ripartizioni parziali, siano trattenute e depositate le quote assegnate sia «ai creditori oppositori a favore dei quali sono state disposte misure cautelari» (n. 2) sia a quelli «la cui domanda è stata accolta ma la sentenza non è passata in giudicato» (n. 3), prevedendosi altresì che, se si verifica la definitiva ammissione al passivo, la somma depositata «possa essere versata ai creditori cui spetta o fatta oggetto di riparto supplementare fra gli altri creditori» (art. 117, comma 3, l.f.) (57).

febbraio 1986, in *Fall.*, 1986, p. 1015. In dottrina vedi per tutti G.U. TEDESCHI, *Della chiusura del fallimento*, in *Commentario Scialoja - Branca*, 1977, p. 16 ss. Non riconoscono, invece, alcuna tutela all'opponente Cass., 15 dicembre 2006, n. 26927, in *Fall.*, 2007, p. 642 ss., con nota di M. VACCHIANO, *La chiusura del fallimento in pendenza di opposizione allo stato passivo*; Cass., 16 marzo 2001, n. 3819, in *Fall.*, 2002, p. 53; Cass., 24 aprile 1993, n. 3500, in *Fall.*, 1993, p. 843. In dottrina si rinvia a G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Passivo*, p. 231 ss.

(55) In questa prospettiva si collocano Cass., 21 maggio 1984, n. 3114, in *Fall.*, 1984, p. 1364; Cass., 5 marzo 1979, n. 1367, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 339; Trib. Roma, 2 aprile 1990, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 577; per gli interventi della dottrina si rinvia – oltre che al commento all'art. 112 – a S. BONFATTI, *Sulla chiusura del fallimento in pendenza di controversie relative all'accertamento del passivo*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 1083.

(56) Escludevano espressamente la possibilità di un'applicazione analogica delle ipotesi di cui all'art. 113 l.f., argomentando dall'eccezionalità delle specifiche previsioni normative e dalla disomogeneità delle stesse – tutte afferenti ad ipotesi in cui il credito è stato ammesso, seppur provvisoriamente, al passivo – rispetto alla situazione del credito (non ammesso) soggetto al giudizio di opposizione: Cass., 24 maggio 2004, n. 9901, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2487 ss.; Cass., 12 marzo 1999, n. 2199, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Fallimento*, n. 779; Cass., 27 aprile 1998, n. 4529, in *Foro it. Rep.*, 1998, I, c. 1809 ss., con osservazioni di M. FABIANI.

(57) Va segnalato che la medesima previsione è stata estesa anche ai «creditori nei cui confronti sono stati proposti i giudizi di impugnazione e di revocazione», ai sensi del n. 4 del medesimo art. 113 l.f. Si deve ricordare che ad una tale conclusione già si era pervenuti, nel vigore della disciplina del 1942, da parte di una dottrina (vedi, per tutti, F. FERRARA – A. BORGIOLO, *Il fallimento*, p. 524 ss., ove ampi richiami), che equiparava il credito dell'opponente riconosciuto dal giudice di primo grado con sentenza

Nel disporre l'inidoneità dei ricordati accantonamenti ad impedire la chiusura della procedura (58), la nuova regola finisce, così, per aderire ai principi elaborati dalla prevalente giurisprudenza, secondo cui la conclusione del fallimento non può essere affatto preclusa dalla pendenza del giudizio oppositivo, riconoscendosi con ciò meritevole di maggior tutela l'interesse del creditore ammesso rispetto a quello del creditore (escluso e) opponente. Anche se, l'assenza di una sentenza di primo grado favorevole al creditore opponente (o, dopo la riforma del 2006, anche della disposizione di misure cautelari) ha indotto gli interpreti – già nel vigore della precedente normativa – ad escludere che l'opponente sia legittimato a proporre il reclamo contro il decreto di chiusura ai sensi dell'art. 119, comma 3, l.f., osservandosi in particolare che il carattere doveroso della definizione della procedura sarebbe inevitabilmente pregiudicato ove fosse consentito di far valere *sic et simpliciter* la pendenza del giudizio di opposizione come una causa ostativa alla chiusura.

D'altra parte, se ben si osserva, l'opponente non avrebbe nemmeno interesse a muovere una tale doglianza, atteso che l'accoglimento del reclamo – e, quindi, la prosecuzione del giudizio di opposizione – non gli consentirebbe di certo l'automatica partecipazione al riparto, che resterebbe infatti riservato ai soli creditori ammessi al passivo (almeno sino a quando l'opponente non abbia conseguito una sentenza di primo grado favorevole) (59).

3.1. L'impugnazione dei crediti ammessi. L'abrogazione dell'art. 100 l.f. del 1942 e il nuovo giudizio di impugnazione dei crediti ammessi – L'impatto della riforma del 2006 sul procedimento di impugnazione dei crediti ammessi è stato sicuramente rilevante, considerata l'abrogazione del previgente art. 100 l.f. e l'uniformazione del rito applicabile al relativo procedimento, ora identico per l'impugnazione *de qua* e l'opposizione allo stato passivo.

Nondimeno, la sostanza di tale mezzo impugnatorio non sembra essere mutata, se si considera che anche questi cambiamenti sistematici rispondono alla finalità semplificatrice avuta di mira dal riformatore nell'approntare la nuova disciplina dell'intero procedimento di verifica del passivo. La normativa sull'impugnazione dei crediti ammessi trova quindi la propria compiuta trattazione nell'art. 98, comma 3, l.f., sia per quanto concerne l'individuazione dei presupposti per l'esperibilità di tale mezzo, sia per quanto riguarda i soggetti legittimati in via attiva e passiva al suo esercizio, riservandosi invece la disciplina del rito applicabile alla previsione comune dell'art. 99 l.f.

Può anticiparsi sin d'ora che la novità di maggior rilievo è rappresentata certamente dalla scelta del legislatore – uniformatosi sul punto a quanto già suggerito

poi impugnata a quello soggetto a condizione sospensiva non ancora verificata *ex art.* 113, n. 3, l.f. del 1942.

(58) Come è ribadito del resto – *expressis verbis* – dall'inciso finale dell'art. 117, comma 3, l.f. secondo cui «gli accantonamenti non impediscono la chiusura della procedura».

(59) Negano la legittimazione dell'opponente a proporre il reclamo avverso la chiusura del fallimento, Cass., 15 dicembre 2006, n. 26927, cit., p. 640; Cass., 16 marzo 2001, n. 3819, cit., p. 53; Cass., 24 aprile 1993, n. 3500, cit., p. 843; App. Roma, 10 settembre 2001, in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 124 ss., con nota di T. SCALERA, *Chiusura del fallimento per mancanza di massa passiva. Impugnazione ed intervento di un creditore non insinuato*; in dottrina si rinvia a M. VACCHIANO, *La chiusura del fallimento in pendenza di opposizione allo stato passivo*, pp. 648-649, ove ampi riferimenti (*contra* vedi, però, App. Napoli, 19 dicembre 2000, in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 450 ss.).

dalla Commissione Trevisanato-*bis* (60) – di estendere la legittimazione ad impugnare i crediti ammessi anche al curatore, atteso il riconoscimento della sua qualità di parte nel procedimento innanzi al giudice delegato. Questa innovazione – in linea con gli auspici espressi da un’ampia parte della dottrina nel vigore della legge del 1942 – può apprezzarsi anche analizzando, necessariamente in via preliminare, il dibattito insorto attorno alla natura del procedimento impugnatorio *de quo*.

Al riguardo, l’orientamento decisamente prevalente si è, a lungo, attestato su un’interpretazione dell’impugnazione dei crediti ammessi diretta a valorizzarne i profili di analogia – se non, addirittura, di piena sovrapposibilità – con lo strumento dell’opposizione allo stato passivo, sottolineandosi in specie un’affinità strutturale e funzionale dei giudizi, emergente dall’idoneità degli stessi ad assicurare alle parti una cognizione piena sui capi del decreto censurati perché lesivi – rispettivamente – dell’aspettativa ad un’integrale ammissione al passivo ovvero all’estromissione dalla ripartizione dell’attivo di un diverso creditore, illegittimamente ammesso a parteciparvi (61).

In aderenza alle alternative delineatesi – già nella vigenza della legislazione del 1942 – in merito alla natura impugnatoria o meno dell’opposizione, un’ampia parte della dottrina e della giurisprudenza, muovendo dal presupposto della piena compatibilità tra i due giudizi, si è risolta ad affermare la natura impugnatoria (o meno) dell’impugnazione *de qua* a seconda dell’inquadramento riservato, per l’appunto, all’opposizione allo stato passivo.

Tuttavia, alla luce delle recenti innovazioni – sia formali che sostanziali – apportate al giudizio di verifica del passivo, sembra che non possa più dubitarsi della natura propriamente impugnatoria dello strumento in esame, che si profila come un giudizio di contestazione dell’illegittimità o dell’ingiustizia del decreto del giudice delegato nella parte in cui ammette al passivo creditori (o titolari di beni) che, in realtà, non vi sarebbero stati legittimati. È naturale, a questo punto, chiedersi se possano valere – *mutatis mutandis* – anche in questa sede le preliminari considerazioni già svolte con riferimento all’opposizione, sull’oggetto del giudizio e sulle (eventuali) preclusioni a far

(60) Per la lettura dell’art. 138, comma 3 dello Schema del disegno di legge di riforma vedi A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, p. 97.

(61) L’analogia tra i due mezzi di impugnazione dello stato passivo è condivisa pacificamente dalla maggior parte della dottrina (vedi, in particolare, S. BONFATTI, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, p. 334; F. FERRARA – A. BORGIOI, *Il fallimento*, p. 551; M. MONTANARI, *Commento all’art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 864; G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Passivo*, p. 219), nella quale non si è mancato talvolta di parlare di un secondo tipo di opposizione allo stato passivo – se non addirittura dello stesso giudizio – con differenze procedurali dipendenti, soltanto, dalla diversità dei soggetti legittimati e dal provvedimento oggetto di impugnazione (così, in specie, P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, p. 588). Assolutamente minoritarie, invece, sono le interpretazioni con cui si è tentato di assimilare l’impugnazione in esame, talvolta, al procedimento di contestazione dei crediti ammessi al riparto nel corso dell’esecuzione individuale *ex art. 512 c.p.c.* (così S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 319), dovendosi osservare però che, mentre nel primo caso i soggetti attivi della procedura sono i creditori, nel cui interesse si apre il concorso, nel secondo caso la legittimazione a proporre l’esclusione di coloro che abbiano ottenuto l’ammissione illegittimamente spetta al debitore espropriato (così, ad esempio, M. MONTANARI, *Commento all’art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 865), e, talaltra, al giudizio di opposizione di terzo (vedi P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*), anche se non può sottacersi, sotto questo profilo, la profonda differenza che intercorre tra l’impugnazione dei crediti ammessi, spettante a quanti – curatore, creditore o titolare di diritti reali – siano stati parti nel precedente grado di giudizio (e non invece a soggetti ad esso estranei, come nell’opposizione *ex art. 404 c.p.c.*), nel rispetto di un rigoroso termine perentorio (del tutto assente, invece, nell’opposizione codicistica) (vedi M. MONTANARI, *Commento all’art. 98*, in *Commentario* Tedeschi).

valere nuove istanze, nuove eccezioni e nuovi mezzi di prova.

Orbene, ciò che contraddistingue il giudizio di impugnazione dei crediti ammessi è costituito dalla deducibilità *in iure* di censure relative alle statuizioni del decreto di esecutività dello stato passivo che attengono alla posizione di un soggetto diverso rispetto a quello impugnante: il *thema decidendum* è estraneo, pertanto, alle pretese azionate dall'impugnante nel corso dell'accertamento del passivo, e pur tuttavia idoneo – ove deciso, in via definitiva, nel senso accolto dal giudice delegato – a pregiudicarlo, stante la peculiarità della procedura fallimentare come giudizio a necessaria pluralità di parti.

La possibilità per il creditore impugnante di contestare l'ammissione di pretese spettanti ad altri concorrenti si giustifica, quindi, alla stregua delle regole della soccombenza, atteso che, promuovendo tale giudizio, egli lamenta l'adozione di un pronunciamento giurisdizionale a sé sfavorevole, quantunque afferente alla situazione sostanziale di un soggetto diverso, sotto il profilo dell'ingiusta partecipazione al riparto di un concorrente non legittimato.

La deducibilità di censure riguardanti tale situazione soggettiva si spiega, poi, anche alla luce del fatto che il creditore impugnante abbia potuto contraddire – nel corso del giudizio di verifica – anche con il concorrente di cui, successivamente, contesti l'ammissione al passivo, opponendo le eccezioni e producendo i mezzi istruttori che attestino l'infondatezza nel rito o nel merito della pretesa avversaria.

3.2. *La legittimazione attiva e passiva prima e dopo la riforma del 2006* – Nell'ambito dei soggetti legittimati a promuovere il procedimento di impugnazione, il legislatore continua ad annoverare il «creditore» – ma ora anche esplicitamente il «titolare di diritti su beni mobili o immobili» (62) – senza ulteriori specificazioni. Una lunga tradizione ermeneutica – alla luce dei principi generali in materia di legittimazione e di interesse ad impugnare – ha ritenuto esperibile lo strumento dell'impugnazione non solo ai creditori ammessi (in tutto o in parte) allo stato passivo, ma altresì a quelli esclusi, quanto meno in pendenza del giudizio di opposizione da questi ultimi promosso avverso la propria esclusione, non potendosi ritenere altrimenti pregiudicati nella ripartizione dell'attivo coloro i quali ne siano stati definitivamente esclusi (63).

Maggiori problemi interpretativi sono insorti – e possono continuare ad essere indagati anche nella vigenza della nuova disciplina, rimasta immutata sul punto – con

(62) La legittimazione a contestare l'accoglimento della domanda di restituzione o della *rei vindicatio* di un altro concorrente era ricavabile, per tali soggetti, anche dal combinato disposto degli artt. 100 e 103 l.f. del 1942.

(63) In dottrina subordinano espressamente l'ammissibilità dell'impugnazione *de qua* al tempestivo esperimento e al successivo accoglimento dell'opposizione *ex art. 98 l.f.* contro i capi del decreto del giudice delegato che escludono il credito vantato dall'impugnante: S. BONFATTI, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, p. 335; M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Tedeschi*, p. 867; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 318; V.L. CUNEO, *Le procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, II, Milano, 2002, p. 1178. Nella giurisprudenza, vedi Trib. Torino, 20 novembre 1989, in *Fall.*, 1990, p. 526; Trib. Milano, 29 giugno 1989, in *Fall.*, 1989, p. 1272. Atteso, inoltre, che la pronuncia del tribunale sull'opposizione allo stato passivo riveste un carattere pregiudiziale rispetto all'accoglimento o al rigetto dell'impugnazione, è condivisibile l'opinione di quanti, a salvaguardia del c.d. principio di effettività della tutela giurisdizionale (*sub specie* della non contraddittorietà dei giudicati) ammettono l'esperibilità dell'istituto della sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.* allorché i due giudizi sono contemporaneamente pendenti davanti a giudici diversi (vedi M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Tedeschi*, p. 868).

riguardo alla posizione del creditore ammesso con riserva o a seguito dell'accoglimento di un'istanza tardiva di ammissione. Con riguardo alla categoria dei creditori ammessi con riserva, la prevalente interpretazione della dottrina, in passato (64), aveva ritenuto proponibile l'impugnazione degli altrui crediti ammessi, all'esito favorevole del giudizio di opposizione promosso avverso l'ammissione condizionata dei propri crediti: questa conclusione resta valida ancor oggi nelle ipotesi in cui sia possibile, per i creditori ammessi con riserva, esperire l'opposizione allo stato passivo (65), mentre resta esclusa negli altri casi, in cui il creditore intenda dedurre i fatti che determinano lo scioglimento della riserva, dovendosi in tali casi attendere il completo e favorevole esaurimento della procedura semplificata *ex art. 113-bis l.f.*

Come già nell'opposizione allo stato passivo, anche i creditori ammessi tardivamente sono annoverati, già nel vigore della legge del 1942, tra i soggetti legittimati all'impugnazione *de qua*, ferma restando sia l'esigenza di rispettare i rigorosi termini legali per la proposizione dell'istanza tardiva, sia la necessità di sospendere il giudizio impugnatorio *ex art. 295 c.p.c.* in caso di suo svolgimento separato.

La novità di maggior rilievo introdotta dal riformatore del 2006 attiene – come ricordato – alla scelta di conferire la legittimazione ad esperire l'impugnazione anche al curatore, in accoglimento delle proposte elaborate nel corso dei lavori preparatori alla riforma: ci si riferisce, in specie, alle indicazioni offerte dalla Commissione Trevisanato-*bis*, nel cui Schema di riforma tale concessione veniva ammessa in ragione del «riconoscimento al curatore del ruolo di parte nel processo» (66). E in effetti, anche la nuova disciplina dell'accertamento del passivo ha ritenuto di attribuire al curatore una posizione di interlocutore diretto dei creditori concorrenti, riflettendosi una tale scelta sul potere di impugnare i crediti ingiustamente ammessi nell'interesse della massa e, indirettamente, dello stesso debitore fallito: ciò che, tuttavia, differenzia profondamente la scelta della Commissione e l'esito cui è poi approdato il legislatore del 2006, è costituito dalla necessità – poi disattesa dalla riforma – di far precedere l'esercizio dell'impugnazione da un'apposita autorizzazione a stare in giudizio da parte del comitato dei creditori, all'espresso fine di «evitare possibili interferenze» (67).

Nessuna prerogativa impugnatoria è stata, invece, riconosciuta dagli interpreti all'imprenditore fallito, né nel vigore della disciplina del 1942, né a seguito delle recenti riforme, le quali hanno piuttosto inteso rafforzare la tutela del debitore indirettamente, attraverso il consolidamento della posizione del curatore nell'ambito della stessa impugnazione (68). Tuttavia, ciò non ha impedito – almeno in passato – che l'omissione

(64) Vedi M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 868, ove ampi riferimenti.

(65) Vale a dire: ogni qualvolta il giudice delegato abbia disatteso una domanda di ammissione immediata e incondizionata. Sul punto vedi *supra* il § 2.4.

(66) Cfr. A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, pp. 216-217. Ma l'indicazione era contenuta già nello Schema di disegno di legge delega: cfr. art. 12, comma 2, lett. i (riportato sempre da ID., *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, p. 286).

(67) Cfr. A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, p. 217.

(68) Nonostante la mancanza al riguardo di un dato normativo inequivocabile – l'art. 99, comma 3, l.f. prevede che il ricorso (e il decreto di fissazione dell'udienza) sia notificato anche al fallito – continua a disconoscersi qualsiasi legittimazione attiva del debitore: nella vigenza della legge del 1942, cfr. S. BONFATTI, *I giudizi di impugnazione dello stato passivo*, p. 336; M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 871; G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Passivo*, p. 219; dopo la riforma del 2006, vedi per tutti M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Jorio, p. 1479. Si ricorda che la scelta di mantenere ferma l'esclusione del fallito dalla categoria dei legittimati

di qualsiasi riferimento alla posizione del fallito nella disciplina del giudizio di impugnazione ai crediti ammessi fosse fatta oggetto di due rimessioni al vaglio della Corte Costituzionale, la quale ha però respinto i dubbi di compatibilità tra il mancato riconoscimento di una legittimazione ad impugnare il decreto del giudice delegato in capo al fallito, e la disposizione dell'art. 24, comma 2, Cost., che consacra la nota garanzia del diritto di difesa in giudizio (69).

Pur formulando l'auspicio di raggiungere «più soddisfacenti equilibri», la Consulta ha legittimato la posizione del fallito affermando che la possibilità di partecipare all'accertamento del passivo salvaguarda a sufficienza il diritto di rappresentare le proprie ragioni difensive, traducendosi invece l'attribuzione di una legittimazione all'impugnazione dei crediti ammessi in una «facile esca alla perpetuazione della fase di cognizione ordinaria con grande nocimento dei creditori». Per altro verso, la Consulta ha osservato come il carattere unitario e la propensione a tutelare interessi di natura generale rendono il giudizio di verifica del passivo – «nei limiti posti dalla sua struttura» – il luogo ove «i diritti e gli interessi del fallito possono trovare protezione» (70).

La Corte costituzionale si è però sottratta alla tentazione di pronunce additive sul punto, riconoscendo anzi che la varietà delle soluzioni ipotizzabili dimostrasse come la materia dovesse restare riservata alle scelte discrezionali del legislatore (71).

Contraddittori necessari in sede di impugnazione sono sia il creditore (o il titolare di diritti reali) il cui credito ammesso è contestato, sia il curatore fallimentare, al quale l'art. 98, comma 3, l.f. riconosce il ruolo di parte effettiva anche nel giudizio di impugnazione dei crediti ammessi: nessuna rilevante novità è naturalmente intercorsa sul punto con la novella del 2006, limitandosi a distinguere l'individuazione dei diversi soggetti passivamente legittimati a seconda di quelli che sono onerati della promozione del giudizio.

4.1. La revocazione del provvedimento di accoglimento e di rigetto. Caratteri

all'impugnazione *de qua* era stato condiviso anche dalla Commissione Trevisanato-*bis*, nei cui lavori veniva anticipata l'opportunità di estendere al curatore la possibilità di impugnare i crediti ammessi, lasciandone invece estraneo il debitore, il quale comunque può giovare indirettamente della legittimazione processuale del primo (vedi la Relazione allo Schema del disegno di legge di riforma riportato in A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, pp. 216-217).

(69) Nel vigore della normativa del 1942, la Corte Costituzionale è stata investita della questione di costituzionalità dell'art. 100 l.f. in due occasioni: in specie, la sentenza del 25 luglio 1984, n. 222, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 485 ss., con nota di L. LANFRANCHI, *La costituzionalità dell'art. 100 l.f.*) ha ritenuto infondata la questione sollevata dal giudice *a quo* in riferimento all'art. 24 Cost., mentre nella successiva sentenza n. 205 del 29 aprile 1992 (in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 649 ss.) la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 100 l.f. nella parte in cui non consentiva al fallito di impugnare i crediti ammessi allorché l'accertamento del credito fosse stato pregiudiziale al giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento proposto dallo stesso fallito.

(70) Le parole tra virgolette sono tratte da Corte cost., 25 luglio 1984, n. 222, cit., p. 487.

(71) Si fa riferimento a Corte cost., 29 aprile 1992, n. 205, cit., p. 650, con la quale si è esclusa la possibilità di adottare una pronuncia di tipo additivo sul punto, in ragione degli eccessivi margini di discrezionalità altrimenti rimessi al giudice delle leggi, che nell'occasione comunque ha precisato che «l'estensione al fallito della legittimazione all'impugnazione non è (...) l'unico rimedio possibile: potendo una tale legittimazione alternativamente attribuirsi al curatore (nell'interesse del fallito), ed essendo anche possibile, in una prospettiva ulteriormente diversa, prefigurare un meccanismo (...) di sospensione obbligatoria della verifica in pendenza di giudizi pregiudiziali, come opposizione alla dichiarazione di fallimento fondata sulla contestazione di crediti di cui sia chiesta l'ammissione».

generali e natura straordinaria della revocazione – L’istituto della revocazione condivide con l’opposizione allo stato passivo e l’impugnazione dei crediti ammessi la natura di mezzo di contestazione del decreto sullo stato passivo, accomunandosi ad esse per il carattere propriamente impugnatorio e per l’idoneità a devolvere alla cognizione del tribunale il riesame dei (soli) capi della pronuncia del giudice delegato censurati dal ricorrente.

La peculiarità della revocazione è data, invero, dall’idoneità a consentire la riapertura del procedimento cognitorio sulla verifica del passivo, in presenza di eventi che non erano conosciuti prima dalle parti o che sono, comunque, sopravvenuti al decorso del termine per la proposizione degli altri mezzi impugnatori: si tratta, in specie, di eventi non solo tassativamente previsti dalla legge, ma connotati anche da una particolare gravità, tale da impedire che la statuizione del giudice delegato sullo stato passivo si formi in maniera corretta, indipendente e consapevole.

Il rimedio revocatorio è quindi diretto, da un lato, ad espungere dal (ma ora anche ad ammettere al) concorso fallimentare una pretesa creditoria (o reale) ingiustamente ammessa (od esclusa) mediante una decisione ormai definitiva, e, dall’altro lato, a garantire la piena ed effettiva attuazione del principio della *par condicio creditorum*, gravemente alterato dalla eventuale ammissione al (o esclusione dal) passivo che dipenda, ad esempio, da un errore del giudice, dalla slealtà di un creditore, dall’apparenza di una circostanza poi smentita dal rinvenimento di documenti decisivi.

La revocazione è sempre stata esaminata, per così dire, in «controluce» rispetto agli istituti analoghi contemplati dal codice di rito, quali la revocazione di cui all’art. 395 c.p.c. e l’opposizione revocatoria di terzo *ex art.* 404, comma 2, c.p.c., sottolineandosi, in particolare, come le affinità di disciplina non abbiano tuttavia impedito di attribuire un carattere autonomo al procedimento revocatorio fallimentare, tale da precludere, almeno di regola, il ricorso ai rimedi di diritto comune per contestare il decreto del giudice delegato (72). E in questa prima prospettiva s’inseriscono le modifiche introdotte nel 2006, dato che l’ampliamento dell’oggetto della revocazione ai provvedimenti di esclusione (e non più solo, come in passato, a quelli di ammissione) dei crediti, consente di superare quell’interpretazione che, nel vigore della legge del 1942, riteneva possibile ottenere la revocazione della pronuncia di esclusione dal passivo soltanto con l’esperienza della revocazione ordinaria: soluzione quest’ultima tanto invalsa in dottrina e in giurisprudenza, quanto criticata per il fatto di ignorare i limiti operativi della revocazione ordinaria, alla quale potevano – e possono – sottoporsi le sole sentenze (*ex art.* 323 c.p.c.) (73). E proprio in merito ai rapporti tra lo strumento *de quo* e quelli omologhi previsti dal codice di rito, si è consolidata l’impostazione che

(72) Il carattere «sincretico» dell’impugnazione in oggetto – nella quale si rintracciano i caratteri e le funzioni proprie anche dei mezzi di cui agli artt. 395 e 404, comma 2, c.p.c. è affermato dalla dottrina consolidata (S. BONFATTI, *La revocazione dei crediti ammessi*, in *Commentario* Panzani, 2000, pp. 373-374; M. MONTANARI, *Commento all’art.* 98, in *Commentario* Tedeschi, pp. 928-929; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, p. 487; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, p. 1512 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Passivo*, p. 226.; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 323 ss.).

(73) Affermavano l’esperibilità del rimedio della revocazione comune *ex art.* 395 c.p.c. – sottolineando un profilo di disparità di trattamento, con possibile rilevanza costituzionale, nell’esercizio del diritto di difesa – ogni qualvolta si intendesse contestare il provvedimento di esclusione della domanda di insinuazione al passivo: F. FERRARA – A. BORGIOI, *Il fallimento*, p. 541; L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, p. 21; M. MONTANARI, *Commento all’art.* 98, in *Commentario* Tedeschi, p. 930.

riconosce una sorta di natura giuridica *mista* alla revocazione, nella quale verrebbero assorbiti – in una «rifusione *ad unum*» (74) – sia i caratteri della revocazione ordinaria sia quelli dell’opposizione revocatoria del terzo.

Di qui, nondimeno, appare indiscussa la natura *straordinaria* della revocazione, essendo esperibile soltanto una volta che sia decorso il termine per la proposizione degli altri mezzi di impugnazione e si sia formato il giudicato sull’accertamento del passivo: infatti, così come l’art. 102, comma 1, l.f. del 1942 stabiliva che l’istanza di revocazione contro i crediti ammessi fosse esperibile in qualsiasi tempo prima della chiusura del fallimento, parimenti il nuovo art. 98, comma 4, l.f. prevede che il relativo ricorso possa essere depositato presso la cancelleria del tribunale «decorsi i termini per la proposizione dell’opposizione o della impugnazione» (75). È tuttavia innegabile che – con la riforma del 2006 – il carattere straordinario della revocazione abbia assunto un significato molto più generico, dovendosi constatare come l’efficacia endoconcorsuale del decreto di esecutività, pur non precludendo la formale definitività della decisione, di fatto impedisca che sulla stessa si formi la cosa giudicata c.d. sostanziale *ex art.* 2909 c.c.; al contrario, in precedenza la mancanza di una previsione espressa sul punto aveva consentito agli interpreti di postulare l’idoneità del decreto sullo stato passivo ad acquisire la piena stabilità del giudicato sostanziale e ad attribuire, quindi, un carattere propriamente straordinario alla stessa revocazione.

Tra le principali novità introdotte dalla novella in relazione all’istituto della revocazione, deve certamente annoversarsi l’ampliamento del possibile oggetto della contestazione, ora esteso anche ai provvedimenti di esclusione dallo stato passivo – revocabili in passato con il solo mezzo ordinario – in funzione della successiva proposizione di una nuova domanda (tardiva) di insinuazione al passivo.

Il legislatore ha accolto, pertanto, le indicazioni provenienti dalla dottrina nel senso di uniformare il regime di impugnazione (*lato sensu*) straordinaria dello stato passivo, rinunciando al precedente sistema differenziato, in un’ottica non solo di maggiore razionalizzazione della disciplina, ma anche di maggiore tutela offerta al creditore (e al titolare di diritti reali) che reputi viziata la propria esclusione.

Uno degli aspetti indubbiamente più interessanti – ma anche più dibattuti – della revocazione *ex art.* 98, comma 4, l.f. concerne i rapporti dell’istituto con gli altri mezzi

(74) L’espressione è tratta da M. MONTANARI, *Commento all’art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 928. Va segnalato che, secondo la consolidata interpretazione della dottrina, la revocazione si attegge diversamente a seconda del soggetto interessato, di volta in volta, alla proposizione del ricorso: in particolare, quando la revocazione è proposta dal curatore essa equivarrebbe sempre ad una revocazione *ex art.* 395 c.p.c., mentre quando è fatta valere da un creditore (o da un titolare di diritti reali) si identifica con l’opposizione *ex art.* 404, comma 2, c.p.c. se il ricorrente denuncia una collusione ai propri danni, in tutte le altre ipotesi assumendo rilevanza il paradigma impugnatorio del ricorso *ex art.* 395 c.p.c. (oltre a M. MONTANARI, *Commento all’art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 928, vedi anche A. BONSIGNORI, *Revocazione fallimentare per errore essenziale di fatto*, in *Dir. fall.*, 1971, II, p. 697).

(75) Da questa consolidata tradizione interpretativa si era allontanato, a quanto risulta, soltanto A. LECCHINI, *Errore essenziale di fatto e rinvenimento di documenti decisivi nella revocazione fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 463 ss.: traendo spunto dall’analoga disciplina del codice di rito, l’Autore osservava che l’errore essenziale di fatto si sarebbe risolto in un «motivo di revocazione ordinaria», per lo meno quando il vizio si fosse riferito all’ammissione al passivo disposta con sentenza, in ordine alla quale il raffronto tra la parte motivazionale del provvedimento e le risultanze processuali avrebbero consentito di cogliere *ictu oculi* il vizio da denunciarsi, mentre il carattere della straordinarietà sarebbe riemerso in caso di ammissione ad opera del decreto del giudice delegato – come ora è previsto dalla nuova disciplina dell’accertamento del passivo –, attesa la sommarietà che, nella vigenza della normativa del 1942, contraddistingueva il decreto *de quo*, al punto da impedire di coglierne immediatamente l’errore.

impugnatori del decreto di esecutività dello stato passivo: se in passato il problema, affrontato già nella vigenza della disciplina del 1942, si concentrava nell'analisi dei rapporti tra la revocazione e l'impugnazione *stricto sensu*, atteso che l'esclusione del provvedimento di rigetto dal novero dei pronunciamenti revocabili precludeva in radice la possibilità di un rapporto concorrenziale tra i due giudizi, a seguito della ricordata estensione dell'area della revocabilità anche ai provvedimenti di esclusione, i termini del confronto si sono arricchiti di nuovi e ulteriori profili attinenti ai rapporti tra la revocazione e l'opposizione allo stato passivo.

Procedendo con ordine ed estendendo anche a tali nuovi scenari le conclusioni cui da tempo sono pervenute la dottrina e la giurisprudenza, va anzitutto segnalato che la revocazione deve reputarsi esperibile solo nei casi in cui il motivo fatto valere non sia stato dedotto come censura in una diversa impugnazione: e questo si traduce nella necessità che i motivi previsti dalla legge per la revocazione del decreto si siano manifestati soltanto dopo la scadenza del termine per la proposizione dell'opposizione allo stato passivo o dell'impugnazione dei crediti ammessi e, pertanto, non prima del sedicesimo giorno dalla comunicazione dell'avvenuto deposito dello stato passivo in cancelleria. Una tale condizione rinviene la propria *ratio* nell'esigenza di assicurare il carattere effettivamente *straordinario* della revocazione e, quindi, di vincolare tale mezzo alla censura della decisione del giudice delegato nei soli casi in cui non siano più esperibili altri mezzi di contestazione: ne consegue allora che su coloro che agiscono in revocazione grava l'onere di provare che la conoscenza del vizio censurato sia avvenuta in un'epoca successiva al momento in cui era ancora possibile opporsi allo stato passivo o impugnare l'altrui ammissione.

4.2. *Legittimazione attiva e passiva prima e dopo la riforma del 2006* – Il nuovo art. 98 in commento riconosce come legittimati attivi alla domanda di revocazione «il curatore, il creditore [o] il titolare di diritti su beni mobili o immobili»: a parte la specifica enucleazione di un ruolo per il titolare di diritti reali, l'intervento del riformatore è stato praticamente nullo, essendosi ribadita nella sostanza la precedente dicitura della norma, che ammetteva a presentare l'istanza *de qua* sia il curatore che «qualunque creditore».

Invero, tale ultima espressione aveva suscitato nella dottrina non pochi contrasti interpretativi – tutt'altro che superati, poi, con la riforma – tra coloro che ritenevano possibile estenderne la portata ai soli creditori definitivamente ammessi al passivo (76), e coloro che, al contrario, ne avallavano una lettura più estensiva, diretta a ricomprendere nel novero dei legittimati i creditori che potessero vantare anche solo una mera possibilità di ottenere una pronuncia ammissiva, come i creditori che si fossero limitati a presentare un'istanza di ammissione tardiva unitamente alla domanda di revocazione ovvero quelli che – indifferentemente esclusi o ammessi dal giudice delegato – avessero presentato una domanda di opposizione allo stato passivo (77).

(76) A questo orientamento si possono ascrivere, in particolare, le opinioni sostenute da: R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, p. 1513; G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Passivo*, p. 227; V.L. CUNEO, *Le procedure concorsuali*, p. 1198. Per la giurisprudenza, vedi: Cass., 18 aprile 1994, n. 3702, in *Fall.*, 1994, p. 852 ss., con nota di V. CARBONE, *Quali creditori sono legittimati alla revocazione dei crediti ammessi?*; Trib. Velletri, 8 luglio 1985, in *Dir. fall.*, 1986, II, p. 396.

(77) In questo senso si sono pronunciati: L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, p. 440; M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Tedeschi*, pp. 932-933 (da cui sono tratte le parole tra virgolette); S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 324; Cass., 1° giugno 1992, n. 6614, in *Fall.*, 1992, p. 882 ss.

Il curatore, per contro, è ammesso a proporre la domanda di revocazione soltanto qualora si tratti di contestare un provvedimento di ammissione al passivo, atteso che solo in questo caso egli potrà vantare un vero e proprio interesse ad impugnare un pronunciamento che, ammettendo al passivo un creditore che non vi ha titolo, finisce per pregiudicare le prerogative della procedura, concretizzando così il requisito minimale della soccombenza.

Alle stesse conclusioni si perviene anche a seguito della riforma, argomentando *a contrario* dalla seconda parte del comma 4 dell'art. 98 in commento, in cui è espressamente previsto che il curatore sia legittimato passivo nei casi in cui l'istanza di revocazione sia diretta a contestare l'accoglimento della domanda di insinuazione; di qui, secondo le regole sulla soccombenza, non può esservi dubbio sul fatto che, ove il curatore sia identificato *ex lege* come il contraddittore necessario del ricorrente, allo stesso resti preclusa la possibilità di ricoprire, nel contempo, un diverso ruolo nel corso del giudizio.

La legittimazione attiva alla revocazione spetta, invece, al solo creditore (o titolare di diritti reali) se oggetto della contestazione è il rigetto dell'istanza di insinuazione da parte del giudice delegato, in tal caso verificandosi la soccombenza di colui che abbia visto ingiustamente disattesa la propria pretesa di integrale ammissione al passivo.

Dal momento che l'oggetto del giudizio è costituito dal provvedimento di ammissione, è chiamato a contraddire – come in passato – il «creditore concorrente» (o il titolare di diritti reali), quale beneficiario del provvedimento contestato; si osserva però che l'inciso finale dell'art. 98, comma 4, l.f. – riecheggiando la previsione dell'art. 102, comma 3, l.f. del 1942 – ammette che, in tal caso, «al procedimento partecip[i] il curatore». Se la revocazione aspira a contestare il provvedimento con cui il giudice delegato ha escluso il credito dallo stato passivo, è invece previsto che legittimato a contraddire il ricorrente sia lo stesso curatore, secondo le tradizionali regole della soccombenza.

Già ad una prima lettera della norma emerge – come emergeva, del resto, dalla vecchia disciplina del 1942 – un evidente (e apparentemente inconciliabile) contrasto tra l'attribuzione al curatore della facoltà di intervenire nel giudizio e l'obbligo sancito dall'art. 99, comma 3, l.f. (a cui corrispondeva l'art. 102, comma 2, l.f. del 1942) di notificare anche al curatore il ricorso introduttivo e l'annesso decreto di fissazione dell'udienza. Il contrasto era superato da una parte della dottrina nel senso di attribuire al potere del curatore la natura di intervento in senso tecnico, al cui esperimento era dunque vincolata l'acquisizione della qualità di parte del giudizio (78); un diverso orientamento – sulla base di ragioni di equivalenza con la posizione ricoperta dal curatore nelle altre fasi dell'accertamento del passivo, in cui indiscutibilmente ricopriva il ruolo di parte necessaria – concludeva nel senso che anche in questa eventualità la notifica spettasse al curatore come parte necessaria del giudizio impugnatorio (79). E proprio quest'ultimo orientamento pare più confacente alla nuova disciplina del procedimento di verifica del passivo, ancor più protesa ad attribuire al curatore il pieno

(78) A questo orientamento si ascrivono, in particolare, le opinioni di A. CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, p. 188 ss. e di V.L. CUNEO, *Le procedure concorsuali*, p. 1199.

(79) Così invece S. BONFATTI, *La revocazione dei crediti ammessi*, p. 376; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, p. 622 ss.; M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, pp. 933-934; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, p. 1519; G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Passivo*, p. 227.

ruolo di parte processuale nelle diverse fasi del giudizio, dovendosi invece interpretare la possibilità di intervento di cui all'attuale art. 98, comma 4 come relativa allo svolgimento di attività supplementari esplicitabili, come osservato in dottrina, con la «proponibilità di proprie domande, eccezioni, istanze istruttorie» o, ancora, la «deducibilità di motivi revocatori ulteriori rispetto a quelli adottati dal creditore ricorrente».

4.3. I motivi di revocazione: falsità, dolo, errore essenziale di fatto, mancata conoscenza di documenti decisivi non prodotti tempestivamente per causa non imputabile – Al pari della revocazione di diritto comune, anche quella fallimentare si sostanzia in un mezzo di impugnazione a critica vincolata.

I quattro motivi di revocazione previsti dal vecchio art. 102 l.f. sono rimasti, sostanzialmente, immutati nel passaggio alla nuova previsione dell'art. 98, comma 4, l.f., che non è intervenuta – come pure era stato auspicato dalla dottrina – con la necessaria precisione a correggere i profili della materia che, in passato, avevano dato luogo anche ad ampi dibattiti circa il loro ambito di rilevanza, con l'unica eccezione, s'intende, del motivo relativo al rinvenimento di documenti decisivi in precedenza ignorati.

Come già nella precedente disposizione dell'art. 102, il primo motivo di revocazione del decreto del giudice delegato attiene alla «falsità», concetto pacificamente ricondotto – in aderenza alla disciplina codicistica (*ex art. 395, n. 2, c.p.c.*) – al novero dei soli mezzi istruttori, rilevando in particolare tale vizio sia sul piano del falso materiale che su quello del falso ideologico (80). Le affinità intercorrenti tra i due concetti di falsità della prova postulati dalla revocazione fallimentare e da quella comune, non si estendono al regime probatorio di tale condizione, considerato che, mentre la disciplina codicistica enuclea un principio di preconstituzione della prova della falsità elevandolo, perfino, a requisito della stessa ammissione della domanda di revocazione, in ambito fallimentaristico questa prova – allegabile *aliunde* dal ricorrente – può essere conseguita anche nel corso dello stesso giudizio innanzi al tribunale, senza costituire una condizione di ammissibilità dell'istanza (81).

Più complesso è il vizio del «dolo»; va infatti precisato che comunemente si riconducono a tale fattispecie tre distinte figure che possono così compendiarsi:

a) il dolo di una parte nei confronti dell'altra, alla stregua dell'art. 395, n. 1, c.p.c.;

b) il dolo del giudice accertato da una sentenza passata in giudicato, alla stregua dell'art. 395, n. 6 c.p.c.;

c) il dolo o la collusione delle parti in danno del terzo istante in revocazione, secondo quanto è previsto dall'art. 404, comma 2, c.p.c.

Con riguardo soprattutto alla prima ipotesi e traendo spunto dalle conclusioni cui è pervenuta la più autorevole dottrina processualistica, il dolo trova espressione in un

(80) A favore di un'interpretazione estensiva del concetto di falsità – comprensiva tanto del falso materiale quanto di quello ideologico – si è espresso R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, p. 1514, sottolineando anche l'inerenza di tale motivo ad ogni mezzo di prova – eccettuato, naturalmente, il giuramento – di cui il giudice delegato si sia avvalso nella formazione del proprio libero convincimento (documenti, prove testimoniali, enunciazioni del perito in sede di consulenza tecnica, ecc.).

(81) La possibilità di conseguire la prova della falsità nell'ambito del giudizio di revocazione fallimentare è stata affermata, in particolare, da R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, p. 1514; per la diversa disciplina vigente con riguardo alla revocazione comune, vedi, per tutti, V. COLESANTI, *Sentenza civile (revocazione della)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 1166.

comportamento sleale che, per poter rilevare sotto il profilo in esame, deve avere influito in modo determinante sulla decisione, così da concretizzarsi in artifici o raggiri idonei a determinare l'errore in cui è incorso il giudice (82).

L'«errore essenziale di fatto» è quello derivante – secondo una interpretazione consolidata – da una falsa percezione degli elementi di causa, idonea ad indurre il giudice a ritenere sussistente un fatto in realtà inesistente e, viceversa, a ritenere l'insussistenza di un fatto che si è effettivamente realizzato, così come è tradizionalmente inteso. La definizione prospettata riecheggia chiaramente la previsione dell'art. 395, n. 4, c.p.c., a cui in effetti si conforma per quanto riguarda l'apprezzabilità dell'*error facti* su un piano strettamente percettivo e non anche valutativo o ricostruttivo, dovendosi riconoscere che anche l'errore postulato dall'art. 98 l.f. presuppone un contrasto tra la realtà obiettiva e quella posta a fondamento della decisione, così da poter rintracciare un rapporto causale tra l'erronea percezione del giudicante e la pronuncia emessa tale che, una volta eliminato l'errore, cada il presupposto (o uno dei presupposti) su cui la pronuncia stessa è basata e senza il quale non può sorreggersi.

Si richiede, ancora, sempre in ossequio alla disciplina comune, che sussista contrasto insanabile tra l'assunzione dei fatti erroneamente percepiti e gli atti e i documenti di causa, anche se si ammette in sede fallimentaristica che la prova dell'errore venga offerta direttamente nel giudizio impugnatorio e con qualsiasi mezzo, non costituendo un presupposto necessario ai fini dell'ammissibilità del ricorso il fatto che la dimostrazione dell'errore risulti dagli atti o dai documenti del precedente processo (83).

Da ultimo, assume rilevanza quella che la riforma è venuta qualificando – con una previsione, invero, alquanto problematica – come la «mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile», mentre la formulazione abbandonata prevedeva il semplice rinvenimento di documenti prima ignorati come motivo di revocazione del provvedimento.

Prima di esaminare le innovazioni introdotte dalla novella e le problematiche sollevata dalla sua formulazione, è opportuno ribadire i punti fermi dell'elaborazione ermeneutica sviluppatasi sui profili non modificati della disciplina: in specie, non pare possibile dubitare del fatto che i «documenti» siano da intendersi in senso esclusivamente tecnico – come pure è affermato in sede di esegesi dell'art. 395, n. 3, c.p.c. – e che il loro carattere di decisività debba essere apprezzato non solo sul piano dell'*an*, così da incidere sull'ammissione o sul rigetto della domanda *ex art.* 93 l.f., ma anche sul piano del *quantum*, sì da incidere sull'ammontare della somma insinuata.

Ciò posto, preme ora rilevare che in passato l'istanza revocatoria dipendeva –

(82) Sono queste le conclusioni a cui perviene V. COLESANTI, *Sentenza civile*, p. 1165. Per la giurisprudenza vedi Cass., 22 gennaio 2001, n. 888, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1258 ss.; Cass., 26 settembre 2000, n. 12756, in *Foro it.*, II, c. 2547 ss. Giova precisare che non sono, di regola, ritenuti comportamenti dolosi la semplice omissione di dare notizia di una circostanza rilevante, né la semplice allegazione di fatti non veri (così, ad esempio, Cass., 17 agosto 1990, n. 8342, in *Foro it.*, I, 1990, cc. 132 ss.), anche se l'intenzione fraudolenta è stata talvolta ravvisata nel mendacio o nel silenzio su fatti decisivi (vedi Cass., 6 settembre 1990, n. 9213, in *Foro it.*, 1991, I, c. 484 ss.; Trib. Torino, 21 marzo 1994, in *Fall.*, 1994, p. 881; *contra*, con riferimento alla revocazione fallimentare, M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario* Tedeschi, p. 936).

(83) A mero titolo esemplificativo, in dottrina si rinvia a: V.L. CUNEO, *Le procedure concorsuali*, p. 1200; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, p. 1516; G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Passivo*, p. 229; per la giurisprudenza, vedi Trib. Velletri, 4 maggio 1993, in *Fall.*, 1994, p. 81 ss., con osservazioni di M. MARCHETTI.

sotto il profilo del motivo in esame – dalla condizione di pregressa ignoranza della parte circa l'esistenza del documento (o del suo possessore), tale da precludere al giudice la possibilità di apprendere uno o più dati della realtà funzionali all'assunzione della pronuncia sull'istanza di insinuazione, alla luce di tutte le risultanze disponibili. La nuova formula introdotta dalla riforma – che la dottrina non ha esitato a qualificare come «gratuitamente ridondante» (84) – fa perno, invece, sulla mancata produzione di documenti la cui tardiva produzione in giudizio non sia dipesa da colpa del concorrente: avvicinandosi alla previsione dell'art. 395, n. 3, c.p.c., si è quindi inteso subordinare l'efficacia revocatoria dei c.d. *noviter reperta* alla condizione di incolpevole ignoranza dei medesimi durante lo svolgimento del giudizio innanzi al giudice delegato.

La dizione della novella è, però, effettivamente eccessiva, se si considera che sarebbe forse bastato precisare l'ambito di rilevanza del rinvenimento di documenti prima ignorati, limitandone la portata revocatrice alle sole ipotesi in cui tale tardiva emersione fosse avvenuta per una causa non imputabile al creditore (o al titolare di diritti reali) che ha richiesto l'insinuazione al passivo (85). È tuttavia innegabile che il nuovo testo normativo pone la causa non imputabile a fondamento – non già dell'ignoranza dei documenti decisivi, ma – della loro mancata introduzione nel precedente giudizio di primo grado, lasciando intendere che l'istanza di revocazione potrebbe essere presentata anche se sia già avvenuta – prima del decorso del termine di quindici giorni – la materiale apprensione e, quindi, la conoscenza del documento decisivo, essendo necessario che non sia stato possibile per causa non imputabile al ricorrente, consentirne l'acquisizione in giudizio (ad esempio per la mancata ottemperanza, da parte del detentore del documento, all'ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*).

5. *Il nuovo procedimento di correzione degli errori materiali* – Nell'ambito delle novità apportate dalla riforma del 2006 all'art. 98 in commento assume, infine, una particolare rilevanza l'introduzione del nuovo procedimento di correzione degli errori materiali.

L'innovazione – già suggerita dai lavori preparatori (86) – risponde ad un'esigenza pratica di grande rilievo, consentendo alle parti e al giudice di porre rimedio alle disattenzioni e alle imprecisioni con cui lo stato passivo possa essere stato redatto dal giudice delegato, ancorché mai si sia dubitato in passato della esperibilità di

(84) L'espressione è tratta da M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Jorio*, p. 1493.

(85) Così si esprime, tra i primi commentatori della riforma, M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Jorio*, pp. 1493-1494.

(86) La previsione di un particolare meccanismo di correzione degli errori materiali da cui potesse risultare affetto il decreto del giudice delegato era stata contemplata dallo Schema del disegno di legge di riforma elaborato dalla Commissione Trevisanato-*bis*, ove all'art. 138, comma 5 si era elaborata una disposizione del tutto analoga a quella poi accolta dal legislatore del 2006, con l'unica eccezione rappresentata dal fatto di non prevedere – come ha ritenuto invece il nuovo art. 98, comma 5, l.f. – la contemporanea audizione, da parte del giudice delegato, del curatore (quando non sia istante) e della parte interessata, bensì soltanto di quest'ultima (sul punto vedi A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, p. 97). Poche sono state le considerazioni svolte, con riguardo all'innovazione in parola, sia dalla Relazione al d.lgs. 5/2006 (che neppure ne fa cenno: vedi *supra* la nota 2) sia dalla Relazione con cui la stessa Commissione Trevisanato ha accompagnato il proprio articolato, limitandosi a precisare che l'innesto di tale procedimento era stato pensato «per colmare una lacuna» dell'ordinamento fallimentaristico (vedi ancora A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, p. 217).

un tale rimedio sulla scorta della generale disciplina dettata dal codice di rito. E in effetti, la nuova procedura ricalca quella codicistica, nella quale, agli artt. 287 e 288 c.p.c., è disciplinato il meccanismo di correzione delle sentenze e delle ordinanze, anche se, a ben vedere, l'analogia tra i due procedimenti in parola suggerisce qualche riserva sull'opportunità di collocare la previsione in esame all'interno della stessa norma in cui sono trattati i mezzi di impugnazione dello stato passivo: le caratteristiche del procedimento di correzione degli errori materiali escludono, infatti, la possibilità di qualificare l'istanza introduttiva alla stregua di un vero e proprio mezzo di gravame, non potendosi rintracciare i requisiti minimali per poter parlare di impugnazione.

Il procedimento *de quo* attribuisce l'iniziativa al creditore e al curatore – sebbene tale prerogativa debba ritenersi implicitamente estesa anche al terzo titolare di diritti reali –, legittimati ad allegare nella propria istanza gli errori materiali contenuti nello stato passivo e a chiederne al contempo la necessaria correzione, alla quale deve provvedere, con apposito decreto, lo stesso giudice delegato successivamente all'instaurazione del contraddittorio tra l'istante e la propria controparte.

È infatti previsto che, se l'iniziativa può essere assunta, indifferentemente, dal concorrente o dal curatore (ma nulla vieta di pensare, in conformità alla disciplina codicistica, che l'istanza possa essere presentata in forma congiunta), il giudice delegato è in ogni caso chiamato a sentire la parte avversaria, ossia, rispettivamente, «il curatore o la parte interessata»: come è stato puntualmente osservato in dottrina, deve tuttavia precisarsi che, se l'iniziativa sia stata intrapresa da uno dei concorrenti, il giudice delegato debba sentire tanto il curatore quanto la parte interessata (87).

In conclusione, va rilevato che la richiesta di correzione può vertere esclusivamente attorno agli «errori materiali» in cui possa essere incorso il giudice delegato, dovendosi con tale espressione individuare tutte le disattenzioni o le sviste che, senza incidere sul processo formativo o dichiarativo della volontà del giudice, caratterizzino esclusivamente l'operazione di redazione dello stato passivo: ne sono elementi costitutivi, pertanto, sia la riconoscibilità *ictu oculi* ad opera della parti sia la necessità di poterli apprendere senza dover ricorrere ad un'indagine sulla volontà del giudice.

Sembra, dunque, possibile interpretare il riferimento agli «errori materiali» come relativo non solo ai semplici refusi (lessicali o numerici), ma anche agli errori di calcolo – intesi come erronei utilizzi delle regole matematiche, con esclusione quindi degli errori di impostazione delle operazioni stesse, che si risolvono in motivi di impugnazione – e alle omissioni, come è previsto, del resto, per l'analogo procedimento comune.

Marcello Gaboardi
Assistant Professor di Diritto processuale civile e Diritto fallimentare
Dipartimento di Studi Giuridici
Università Commerciale “L. Bocconi”
Via Röntgen, 1
20136 – Milano
(+39) 02.5836.5590
gaboardi.marcello@unibocconi.it

(87) Così M. MONTANARI, *Commento all'art. 98*, in *Commentario Jorio*, p. 1499.