



TRIBUNALE DI MILANO

Sezione II Civile Fallimentare

Milano, 21 aprile 2007

Al Presidente del Tribunale di Milano – Dott.ssa Livia Pomodoro
Al Presidente del Tribunale di Ancona – Dott. A. Frisina
Al Presidente del Tribunale di Aosta - Dott. C. Garbellotto
Al Presidente f.f. del Tribunale di Bari
Al Presidente del Tribunale di Bergamo - Dott. L. Bitto
Al Presidente del Tribunale di Bologna – Dott. A. Cricchio
Al Presidente del Tribunale di Brindisi – Dott. V. Fedele
Al Presidente del Tribunale di Brescia – Dott. R. Mazzoncini
Al Presidente del Tribunale di Cagliari – Dott. L. Bonsignore
Al Presidente del Tribunale di Catania – Dott. A. Cardaci
Al Presidente del Tribunale di Como – Dott. P. Giuffrida
Al Presidente f.f. del Tribunale di Firenze
Al Presidente del Tribunale di Genova – Dott. A. Dimundo
Al Presidente del Tribunale di Lecce – Dott. G. Tuccari
Al Presidente del Tribunale di Lecco – Dott. G. Serangeli
Al Presidente del Tribunale di Lodi – Dott.ssa A. Garrammone
Al Presidente del Tribunale di Monza – Dott. N. Laudisio
Al Presidente del Tribunale di Napoli – Dott. C. Alemi
Al Presidente del Tribunale di Palermo – Dott. G.B. Puglisi
Al Presidente del Tribunale di Perugia - Dott. G. Morani
Al Presidente del Tribunale di Pescara – Dott. L. Grilli
Al Presidente del Tribunale di Piacenza – Dott. D. Tucci
Al Presidente del Tribunale di Potenza – Dott. G. Tagliatela
Al Presidente del Tribunale di Reggio Calabria – Dott. G. Lo Presti
Al Presidente f.f. del Tribunale di Roma
Al Presidente del Tribunale di Salerno – Dott. L. Mastrominico
Al Presidente del Tribunale di Torino – Dott. M. Barbuto
Al Presidente del Tribunale di Trento – Dott. B. Palestra
Al Presidente del Tribunale di Trieste – Dott. A. De Pauli
Al Presidente del Tribunale di Treviso – Dott. F. Napolitano
Al Presidente del Tribunale di Varese – Dott. E. Curtò
Al Presidente del Tribunale di Venezia – Dott. A. Passannante
Al Presidente del Tribunale di Verona – Dott. F. Abate
Al Presidente del Tribunale di Vicenza – Dott. G. Bozza

e p.c.

A tutti i Giudici Delegati della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano

A tutti i Cancellieri

Alla Dott.ssa Angela Di Leone

Al Dott. Agostino Barbata

All'avv. Arnaldo Martinengo Villagana Ragazzoni

(tramite e-mail)

Al Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Milano

Al Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Milano

All'Associazione dei Dottori Commercialisti di Milano

Al Presidente dell'Ordine dei Ragionieri e Periti Commerciali Milano

(tramite e-mail)

A tutti i Curatori/Commissari/Liquidatori del Tribunale di Milano

(tramite e-mail)

A tutti i giuristi, collaboratori, consulenti e colleghi

Liste aggiornate dal Presidente Quatraro

(tramite e-mail)

Al Sole 24 ore

A Radio24

A Italia Oggi

Al Radiocor

(tramite e-mail)

Esimi Signori,

Vi comunico che sul sito internet della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano www.fallimentitribunalemilano.net (al link Circolari – 2007) è pubblicata la (purtroppo molto voluminosa) circolare contenente istruzioni comportamentali per “l'accertamento del passivo”, indirizzate ai creditori concorsuali ed ai curatori, alla quale si aggiunge il contributo, sull'argomento della verifica dei crediti, elaborato nel maggio 2005 (ed ancora attuale), dalla

Commissione per le procedure concorsuali dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Bologna.

Il contributo è pubblicato su autorizzazione del Dott. Dino Costa, Presidente di questo Ordine (al quale va il mio più sincero ringraziamento), e rappresenta, a mio avviso, un utilissimo completamento della predetta circolare.

Chi avesse interesse ad esaminare ed ad utilizzare la circolare ed il contributo può consultare il suddetto sito internet della Sezione e scaricarne copia in formato pdf.

Mi permetto rimarcare che questa circolare, come le precedenti, ha l'unico, esclusivo e dichiarato scopo di fornire, ai creditori ed ai curatori, un ulteriore strumento operativo, al fine di realizzare, nel limite del possibile, orientamenti comuni ed una (sperabile) riduzione delle impugnazioni ex art. 98 – 99 L.F.

Un vivo ringraziamento anche all'avv. Francesco Dimundo, per la collaborazione nella stesura dei capitoli I e II.

Cordiali saluti,

Il Presidente della Sezione Fallimentare
Tribunale di Milano
Dott. Bartolomeo Quatraro

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'B. Quatraro', written in a cursive style.

**ISTRUZIONI COMPORTAMENTALI
PER L'ACCERTAMENTO
DEL PASSIVO
INDIRIZZATE AI CREDITORI
CONCORSUALI
ED AI CURATORI**

**Il Presidente della Sezione Fallimentare del
Tribunale di Milano
Dott. Bartolomeo Quatraro**

Milano, 21/04/2007

CAPITOLO I
ISTRUZIONI E RACCOMANDAZIONI AI CURATORI
PER L'ACCERTAMENTO DEL PASSIVO pag. 1

- Le fasi del procedimento di accertamento del passivo pag. 1
- La fase preparatoria – La formazione degli elenchi pag. 2
- L'avviso ai creditori (art. 92 L.F.) pag. 4
- La comunicazione ai creditori dell'intervenuto fallimento del loro debitore e delle modalità di deposito in cancelleria delle domande di ammissione al passivo dei rispettivi crediti pag. 7
- FAC-SIMILE e note – comunicazione ai creditori pag. 8
- Il deposito in Cancelleria del progetto di stato passivo e della documentazione non prodotta con le domande di ammissione; le osservazioni dei creditori; la decisione del Giudice (cenni) pag. 22
- L'omissione della verifica dei crediti nel caso di previsione di insufficiente realizzo pag. 28

CAPITOLO II
ISTRUZIONI E RACCOMANDAZIONI
AI CREDITORI CHE INTENDONO PARTECIPARE AL CONCORSO;
ONERE DI DEPOSITO E CONTENUTO DELLA
DOMANDA DI AMMISSIONE
(TEMPESTIVA O TARDIVA) pag. 30

- Il concorso tra i creditori pag. 30
- L'oggetto dell'accertamento pag. 31
- I crediti oggetto di verifica pag. 33
- La domanda di ammissione al passivo.
- Forma e modalità di presentazione (art. 93 L.F.) pag. 34
- Termine di presentazione pag. 37
- Il contenuto della domanda di ammissione pag. 43
- Le domande tardive di credito pag. 49
- Le domande c.d. supertardive pag. 51

➤ Il procedimento	pag. 54
➤ Le domande di ammissione ed il contributo unificato	pag. 56
➤ Domande esecutività dello stato passivo e contestuale fissazione dell'uzienza per l'esame delle domande tardive	pag. 56
➤ FAC-SIMILE e note -domanda di ammissione al passivo	pag. 60
➤ La legittimazione a proporre la domanda tardiva. La "novità" del credito	pag. 62
➤ Prelazione o migliore prelazione chiesta in via tardiva	pag. 64
➤ Casistica	pag. 66
➤ Crediti azionati tempestivamente ma non giudicati nel merito	pag. 67
➤ FAC-SIMILE domanda di ammissione al passivo	pag. 68
➤ Le domande di rivendica e di restituzione	pag. 73
➤ Domanda di rivendicazione	pag. 77
➤ Domanda di restituzione	pag. 77
➤ FAC-SIMILE domanda di restituzione o rivendica	pag. 78
➤ Il regime probatorio della domanda ex art. 103 L.F.	pag. 80
➤ L'istanza di sospensione della liquidazione	pag. 87

CAPITOLO III

IL REGIME PROBATORIO NELLA VERIFICA DEI CREDITI pag. 88

➤ Domanda fondata su scrittura privata	pag. 88
➤ Domanda fondata su titoli di credito	pag. 91
➤ Altri documenti probatori dei crediti	pag. 93
➤ Il libretto di lavoro	pag. 93
➤ Efficacia probatoria delle scritture contabili nel procedimento di verifica dei crediti	pag. 95
➤ Domanda fondata su atti giudiziari	pag. 98
➤ Ammissione al passivo del fallimento del debitore del credito di regresso del fideiussore	pag. 100
➤ Concorso del coobbligato o del fideiussore con diritto di garanzia (pegno o ipoteca) nel fallimento del direttore	pag. 106
➤ La domanda di ammissione del solvens nel caso di surrogazione legale	pag. 107
➤ La surrogazione legale	pag. 108
➤ Presupposti	pag. 109
➤ Effetti della surrogazioni	pag. 110
➤ Eccezioni	pag. 110

- Casi di surrogazione pag.111
- Se il surrogato debba o non presentare domanda (tempestiva o tardiva) di verifica del suo credito già ammesso al passivo del fallimento pag.113

CAPITOLO IV

LA VERIFICA DEI CREDITI pag.116

- Il progetto di stato passivo pag.116
- L'eccezione di inefficacia ex art. 45 L.F. pag.117
- Le formalità di cui all'art. 45 L.F. pag.117
- Le trascrizioni degli atti negoziali: premessa pag.118
- Alienazioni immobiliari e fallimento pag.119
- La trascrizione delle domande giudiziali pag.122
- La nuova normativa sulla trascrizione del contratto preliminare pag.123
- Trascrizione del contratto definitivo e trascrizione del contratto preliminare pag.126
- Il limite temporale dell'efficacia della trascrizione del contratto preliminare pag.128
- La trascrizione dei contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione pag.128
- Alienazione di beni mobili registrati (autovetture, navi, aeromobili ecc.) pag.129
- Ipoteca: opponibilità ex art. 45 L.F. pag.130
- Pegno; opponibilità ex art. 45 L.F. pag.131
- Pegno di beni mobili (art. 2787 c.c.) pag.132
- L'art. 45 L.F. e la data certa ex art. 2704 c.c. pag.135
- La formalità per rendere opponibile ai terzi le scritture private relative a beni mobili pag.136
- Gli altri fatti rilevanti ai fini della certezza della data pag.138
- La certezza della data risultante dal timbro postale pag.138
- La data certa del patto di riservato dominio pag.138
- Altre formalità ritenute idonee a conferire data certa all'atto o alla registrazione pag.139
- Pegno di crediti (art. 2800 c.c.) pag.140
- La cessione dei crediti pag.141
- Efficacia della cessione riguardo al debitore ceduto pag.142
- La notificazione della cessione al debitore ceduto pag.143
- Accettazione da parte del debitore ceduto pag.144
- Fallimento del cedente pag.145

- L'opponibilità della cessione del credito nei confronti di terzi nell'ambito del factoring pag.147

CAPITOLO V

L'INEFFICACIA EX ART. 2901 C.C. ED EX ART. 64 E 67 L.F.

DELLE GARANZIE REALI E PERSONALI pag.149

- Garanzia contestuale pag.150
- Garanzia non contestuale pag.153
- Revocabilità dell'ipoteca volontaria validamente iscritta prima della dichiarazione di fallimento pag.154
- Ipoteca costituita dal fallito a garanzia di un debito proprio pag.155
- Ipoteca costituita a garanzia di un debito altrui pag.156
- Simulata apertura di credito e contestuale concessione di garanzia ipotecaria pag.157
- Revocabilità del pegno pag.157
- Revocabilità della fideiussione pag.158
- L'accertamento sub a) pag.159
- L'accertamento sub b) pag.159

CAPITOLO VI

L'ECCEZIONE DI ANNULLABILITÀ DEL NEGOZIO

SUL QUALE SI FONDA IL CREDITO INSINUATO pag. 162

- Annullabilità del contratto se il consenso di uno dei contraenti è viziato da errore, violenza o dolo (artt. 1427-1440 c.c.) pag.163
- L'errore pag.163
- Essenzialità pag.163
- L'errore riconoscibile pag.163
- Il annullamento del contratto per dolo pag.164
- La violenza (morale) come causa di annullamento del contratto pag.165
- I vizi della volontà e gli stati soggettivi pag.168
- L'annullabilità del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato pag.169
- Il contratto con sé stesso pag.172
- Il conflitto di interessi dell'amministratore nella riforma della s.r.l pag.174

➤ L'interesse dell'amministratore o di terzi	pag.175
➤ L'interesse in conflitto	pag.175
➤ I contratti conclusi in conflitto di interessi	pag.176
➤ Il contratto con se stesso nella s.r.l.	pag.177
➤ L'inefficacia del negozio concluso dal falsus procurator	pag.178
➤ Il conflitto di interessi in materia di titoli di credito	pag.180

CAPITOLO VII

LE ECCEZIONI SOSTENIBILI PROPONIBILI DAL CURATORE	pag.183
--	---------

➤ Eccezioni di prescrizione	pag.185
➤ Vari tipi di prescrizione	pag.187
➤ La prescrizione ordinaria decennale	pag.187
➤ Prescrizioni quinquennali	pag.188
➤ Le cd. prescrizioni annuali	pag.192
➤ Prescrizioni presuntive	pag.194
➤ Prescrizioni triennali	pag.195
➤ Prescrizioni di un anno	pag.196
➤ Prescrizione di sei mesi	pag.196
➤ Altre ipotesi di prescrizione prevista dal Codice Civile	pag.197
➤ Prescrizioni previste da leggi diverse dal Codice Civile	pag.198
➤ Sospensione della prescrizione	pag.199
➤ Interruzione della prescrizione	pag.200
➤ Effetti della sentenza dichiarativa di fallimento	pag.202
➤ La decadenza	pag.202
➤ Effetti della sentenza dichiarativa di fallimento	pag.207
➤ Eccezione di intervenuto pagamento del credito insinuato	pag.207
➤ L'atto di quietanza	pag.208
➤ Profili probatori della quietanza	pag.208

CAPITOLO VIII

ALTRE ECCEZIONI PROPONIBILI DAL CURATORE pag.212

- 1) Eccezioni proponibili dal Curatore del debitore ceduto,
nei confronti del factor cessionario pag.212
- 2) Eccezioni proponibili dal Curatore dell'accollante fallito pag.213
- Rapporti di provvista e rapporto di valuta pag.214
- Il regime delle eccezioni pag.214
- Eccezioni proponibili dal curatore dell'espromittente fallito,
nei confronti del creditore pag.216
- Tipi di espromissione pag.217
- Il regime delle eccezioni pag.218
- Eccezioni proponibili al delegatario da curatore del delegato fallito pag.218
- Eccezione di disconoscimento della scrittura privata pag.220

CAPITOLO IX

LA COMPENSAZIONE NELLA VERIFICA DEI CREDITI pag.222

- Pluralità di crediti compensabili (art. 1249 cc) pag.224
- Compensazione opposta da terzi garantiti pag.224
- Inopponibilità della compensazione pag.225
- La compensazione rispetto ai terzi garantiti pag.227
- La compensazione nelle obbligazioni solidali pag.227
- Inoperatività della compensazione pag.229
- La compensazione del fallimento pag.229
- Preesistenza al fallimento dei contrapposti crediti pag.231
- Omogeneità dei contrapposti crediti pag.232
- La liquidità dei crediti contrapposti (art. 1243 c.c.) pag.233
- L'esigibilità dei contrapposti crediti pag.234
- La reciprocità dei contrapposti crediti pag.235
- I giudizi promossi dal curatore nei quali il convenuto
proponga domanda riconvenzionale pag.236
- La compensazione nel fallimento tra crediti e debiti tributari pag.242
- Il divieto di compensazione stabilito dal secondo comma dell'art. 56 LF pag.248

CAPITOLO X

LE SPESE pag.254

- Spese di giustizia pag.256
- Spese di conservazione e miglioramento art. 2756 cc pag.260
- Spese del giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento pag.262

CAPITOLO XI

INTERESSI SUI CREDITI PECUNIARI:

TIPI E MISURA pag.264

- Gli interessi sui crediti pecuniari pag.264
- I vari tipi di interessi pag.265
- Gli interessi legali pag.265
- Gli interessi convenzionali pag.265
- Gli interessi moratori pag.266
- Gli interessi corrispettivi pag.267
- Gli interessi compensativi pag.268
- L'anatocismo pag.268
- I danni nelle obbligazioni pecuniarie pag.269
- Il risarcimento del maggior danno
(rispetto a quello risarcito con gli interessi legali) pag.269
- Il maggior danno nelle obbligazioni di valore
- Gli interessi di mora per il ritardo nel pagamento di
somme dovute in base al contratto di subfornitura pag.273
- I termini di pagamento pag.274
- Le conseguenze del mancato rispetto dei termini di pagamento pag.276
- Gli interessi di mora dovuti per il ritardo di pagamento nelle
transazioni commerciali: esame delle principali disposizioni
del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (in vigore dal 7 novembre 2002) pag.277
- Ambito oggettivo pag.277
- La nuova disciplina della decorrenza degli interessi moratori pag.281

➤ Il corso degli interessi nel fallimento - I crediti chirografari	pag.284
➤ Estensione della prelazione sui crediti assistiti da cause di prelazione	pag.284
➤ Interessi anteriori sui crediti ipotecari	pag.284
➤ Gli interessi	pag.286
➤ Determinazione del biennio e dell'anno in corso	pag.289
➤ Esempi di casi classici	pag.290
➤ Esempio "atipico" ma abbastanza frequente	pag.292
➤ Particolarità nel caso di mutuo con rientro rateale	pag.293
➤ Interessi anteriori sui crediti pignorati	pag.294
➤ Interessi anteriori sui crediti privilegiati	pag.294
➤ Interessi successivi al fallimento, sui crediti ipotecari	pag.294
➤ L'anatocismo nei contratti di mutuo fondiario	pag.298
➤ Interessi successivi al fallimento sui crediti pignorati	pag.300
➤ Interessi successivi al fallimento sui crediti privilegiati	pag.300

CAPITOLO XII

ASPETTI SOSTANZIALI DELLA VERIFICA DEI CREDITI

I CREDITI PRIVILEGIATI pag.302

➤ I privilegi generali mobiliari previsti dall'art. 2751 bis n. 1 c.c.	pag.302
➤ La ratio dei privilegio sanciti dall'art. 2751-bis c.c.	pag.302
➤ Conseguenze	pag.302
➤ La verifica dei crediti dei lavoratori subordinati	pag.306
➤ La verifica dei crediti dei lavoratori subordinati: aspetti sostanziali	pag.306
➤ Rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro autonomo: elemento distrettuale e di identificazione	pag.308
➤ Amministratore di società e lavoro subordinato	pag.308
➤ Se sia o non configurabile un rapporto di lavoro subordinato tra società e socio di questa	pag.309
➤ Retribuzione ed altre indennità di natura retributiva	pag.313
➤ L'equivalente delle prestazioni in natura	pag.313
➤ Il criterio della non occasionalità	pag.314
➤ L'esclusione del rimborso spese	pag.316
➤ Il fondo di garanzia istituito dalla legge 29 maggio 1987 n. 297	pag.317
➤ Crediti per danni conseguenti alla mancata	

regolarizzazione contributiva da parte del datore di lavoro	pag.322
➤ Crediti per risarcimento dei danni a seguito di licenziamento illegittimo	pag.323
➤ La rivalutazione dei crediti di lavoro subordinato – premessa	pag.324
➤ Il dies ad quem della rivalutazione monetaria del credito di lavoro subordinato nelle procedure concorsuali	pag.326
➤ Gli interessi sui crediti del lavoratore dipendente	pag.330
➤ La disciplina del cumulo tra interessi legali e rivalutazione monetaria	pag.330
➤ I criteri di calcolo del cumulo	pag.331
➤ Se siano o no suscettibili di rivalutazione monetaria i crediti del datore di lavoro per acconti corrisposti al lavoratore in costanza del rapporto	pag.334
➤ Se, in sede di formazione dello stato passivo, il giudice delegato debba calcolare la rivalutazione monetaria e gli interessi sui crediti di lavoro al netto o al lordo delle ritenute fiscali	pag.335
➤ Interessi successivi	pag.337
➤ Individuazione del termine finale di maturazione degli interessi sui crediti (di lavoro) assistiti da privilegio generale mobiliare	pag.340
➤ I crediti retributivi e previdenziali della Cassa Edile	pag.342

CAPITOLO XIII

I CREDITI DA LAVORO AUTONOMO pag.344

➤ Il limite temporale del privilegio	pag.344
➤ I crediti delle società professionali	pag.350
➤ Se il privilegio di cui all'art. 2751 bis n. 2, assiste il credito per l'attività professionale svolta da un'associazione tra professionisti	pag.357
➤ Se il credito per diritti d'autore, sia assistito dal privilegio di cui all'art. 2751 bis, n. 2, c.c.	pag.368

CAPITOLO XIV

LA VERIFICA DEI CREDITI DEGLI AGENTI pag.370

➤ I diritti dell'Agente: la provvigione	pag.370
➤ Il momento in cui matura la provvigione	pag.371
➤ Le provvigioni indirette	pag.373
➤ Il rimborso delle spese di agenzia	pag.373

➤ La provvigione dopo la cessazione del rapporto	pag.374
➤ Star del credere	pag.374
➤ L'indennità di scioglimento del contratto di agenzia	pag.375
➤ Le altre indennità previste dall'AEC	pag.377
➤ Indennità di risoluzione (FIRR)	pag.378
➤ Se il credito per contributi dovuti all'Ensarco sia o non privilegiato	pag.379
➤ Indennità suppletiva di clientela	pag.380
➤ Indennità meritocratica	pag.381
➤ Il privilegio che assiste i crediti degli agenti	pag.382
➤ Soggetti ai quali spetta il privilegio ex art. 2751 bis n. 3 c.c.	pag.383

CAPITOLO XV

I CREDITI DEGLI ARTIGIANI pag.385

➤ Il privilegio afferente i crediti delle cooperative di produzione e di lavoro	pag.387
➤ Il privilegio afferente i crediti delle società cooperative agricole ed i loro consorzi per i corrispettivi della vendita dei prodotti	pag.389
➤ I crediti delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo (agenzie di somministrazione di lavoro)	pag.392

CAPITOLO XVI

LA VERIFICA DEI CREDITI PREVIDENZIALI pag.394

➤ Crediti con collocazione in primo grado	pag.394
➤ I crediti con collocazione in ottavo grado	pag.395
➤ I crediti per accessori	pag.396
➤ Individuazione degli accessori. — Sanzioni civili.	pag.3096
➤ Se siano dovute le sanzioni civili per le omissioni contributive il cui termine di adempimento scade successivamente alla dichiarazione di fallimento	pag.397
➤ Interessi	pag.398
➤ Spese	pag.398
➤ Le Casse Edili	pag.399

CAPITOLO XVII

IL PRIVILEGIO DEL LOCATORE (ART. 2764 C.C.) pag.400

- L'oggetto del privilegio pag.405
- Opponibilità del privilegio a terzi pag.406
- Miglioramenti ed addizioni eseguite dal conduttore pag.407

CAPITOLO XVIII

LA VERIFICA DEI CREDITI TRIBUTARI pag.409

- Profili generali pag.409
- Prospetto dichiarazioni presentate – termini per la notifica dell'avviso di accertamento imposte dirette pag.413
- Prospetto dichiarazioni omesse – termini per la notifica dell'avviso di accertamento imposte dirette pag.415
- Controllo formale della dichiarazioni Imposte Dirette pag.416
- Riepilogo - Termini all'iscrizione a ruolo a titolo definitivo pag.420
- I termini per l'imposta di registro pag.424
- I termini ordinari per la rettifica della dichiarazione Iva pag.427
- Tabella riassuntiva Dichiarazioni presentate – termini per la notifica dell'avviso di rettifica Iva pag.428
- Tabella riassuntiva Dichiarazioni omesse – termini per la notifica dell'avviso di rettifica Iva pag.429
- Controllo formale della dichiarazione Iva pag.431
- La verifica dei singoli crediti tributari pag.432
- Il privilegio di cui al comma 2 dell'art. 2752 c.c. pag.432
- Il privilegio di cui al comma 3 dell'art. 2752 c.c. pag.433
- Gli accessori del credito tributario pag.433
- Gli interessi di mora pag.434
- Interessi per ritardata iscrizione a ruolo pag.435
- Contributo unificato pag.436
- Le spese ed i diritti di remunerazione pag.436
- Il privilegio di cui al comma 3 dell'art. 2752 c.c. pag.437
- Il sistema dei tributi locali pag.438

➤ I crediti dei comuni e delle province per imposte, tasse e tributi (art. 2752, comma 4, c.c.)	pag.440
➤ Se il privilegio ex art. 2752, comma 4, ex afferisce anche ai tributi regionali	pag.443
➤ In particolare: 1) il credito relativo alla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (TARSU)	pag.444
➤ In particolare: 2) il credito per ICI	pag.444
➤ Il credito del comune e della Regione per le spese di bonifica e di ripristino ambientale	pag.446
➤ Il privilegio che assiste il credito dello Stato per le imposte sulla produzione e sui consumi (c.d. accise)	pag.448
➤ Il privilegio speciale mobiliare afferente i crediti dello Stato per tributi indiretti (art. 2758 c.c.)	pag.450
➤ Il privilegio in tema di imposta di registro	pag.451
➤ Il privilegio in tema di credito di rivalsa IVA	pag.452
➤ Il privilegio in tema di credito di rivalsa IVA dei professionisti	pag.453
➤ Crediti dello Stato per imposte doganali	pag.454
➤ I crediti dello spedizioniere doganale (artt.da 40 a 54 TULD)	pag.455
➤ I crediti di imposta contestati	pag.461
➤ La verifica dei crediti del vettore, del mandatario, del depositario e del sequestratario	pag.462
➤ Crediti del vettore	pag.462
➤ Crediti del mandatario	pag.463
➤ Crediti del depositario	pag.466
➤ La verifica di altri crediti ritenuti chirografari	pag.467

CAPITOLO XIX

LA VERIFICA DEI CREDITI NEL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ DI PERSONE E DEI SOCI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI

pag.472

➤ Conservazione nelle masse personali del privilegio spettante ai creditori sociali	pag.472
---	---------

CAPITOLO XX
QUADRO SINTETICO DELL'ORDINE DEI PRIVILEGI
SUI MOBILI E SUGLI IMMOBILI pag.476

- Quadro sintetico dell'ordine dei privilegi sui mobili pag.476
- Quadro sintetico dell'ordine dei privilegi sugli immobili pag.482

CAPITOLO XXI
LA PROVA DEI CREDITI BANCARI pag.487

- L'anatocismo nei contratti bancari pag.488
- Mutuo bancario ordinario e convenzione anatocistica degli interessi pag.491
- In particolare: della "commissione c.d. di massimo scoperto" pag.491

CAPITOLO XXII
LA VERIFICA DEI CREDITI CAMBIARI pag.492

- Le eccezioni reali pag.493
- L'eccezione di annullabilità dell'obbligazione
cambiaria per conflitto di interessi pag.496
- L'eccezione di prescrizione pag.498
- Le eccezioni ex art. 21 l. camb. pag.500
- La novazione cambiaria pag.502

CAPITOLO XXIII
LA VERIFICA DEI CREDITI PORTATA
DA ASSEGNI BANCARI pag.506

- Le eccezioni nella disciplina dell'assegno bancario pag.510

ALLEGATO I

Lo Stato Passivo - Annotazioni sulle ammissioni al passivo dei crediti, delle spese e degli interessi - Motivazioni di ammissione o di esclusione a cura della Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Bologna.

CAPITOLO I

ISTRUZIONI E RACCOMANDAZIONI AI CURATORI PER L'ACCERTAMENTO DEL PASSIVO

Le fasi del procedimento di accertamento del passivo

Il procedimento *di accertamento del passivo* (o, se si preferisce, in via speculare, dei crediti concorsuali) si snoda attraverso le seguenti fasi:

- (a) fase preparatoria, avente carattere necessario, che comprende:
 - la formazione dell'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali mobiliari (art. 89), e
 - l'invio dell' avviso ai creditori per la verifica (art. 92);
- (b) fase di verifica in senso stretto, la quale comprende:
 - la presentazione delle domande di ammissione (art. 93);
 - l'esame delle domande e la formazione dello stato passivo (art. 95);
 - il deposito dello stato passivo in cancelleria (art. 95);
 - l'adunanza di verifica e la definitiva formazione dello stato passivo (art. 96);
 - l'esecutività dello stato passivo e la relativa comunicazione ai creditori (art. 97).

Alla fase di verifica in senso stretto, che come si è detto, ha perso carattere di necessità, altre possono aggiungersene, aventi pure carattere eventuale, nel caso in cui le parti (curatore o creditori) impugnino il provvedimento del GD di accoglimento o rigetto (in tutto od in parte) delle domande di insinuazione o di rivendica/restituzione. Si tratta in particolare di

quelle che il legislatore del 2006 ha definito omnicomprensivamente come **impugnazioni dello stato passivo** (art. 98 L.F.), ed ha disciplinato in modo unitario sotto il profilo procedimentale, richiamando in generale la disciplina del procedimento in camera di consiglio. All'interno della categoria delle "impugnazioni" trovano, in particolare, collocazione:

- (a) l'opposizione dei creditori esclusi o ammessi solo in parte (art. 98, co. 2, L. F.);
- (b) l'impugnazione dei crediti ammessi (art. 98, co. 3 L.F.);
- (c) la revocazione dei crediti ammessi (art. 98, co. 4 e art. 102 L.F.).

La fase preparatoria

La formazione degli elenchi (art 89 Lf).

La formazione degli elenchi di cui all'art. 89 1. fall, rientra tra gli adempimenti immediati del curatore fallimentare, trattandosi, come è agevole intuire, di un incumbente propedeutico alla ricostruzione del passivo. Come tale, esso si pone all'origine del procedimento di verifica del passivo, ma anche di quello di liquidazione dell'attivo, che sarà ovviamente rivolto a soddisfare i debiti del fallito, che già in questa fase possono delinarsi nel loro ammontare di massima.

Il primo comma della norma citata prescrive che il curatore, "*in base alle scritture contabili e delle altre notizie che può raccogliere*", compili "*l'elenco dei creditori, con la indicazione dei rispettivi crediti e diritti di prelazione, nonché l'elenco di tutti coloro che vantano diritti reali e personali, mobiliari e immobiliari, su cose in possesso o nella disponibilità*

del fallito, con l'indicazione dei titoli relativi" e si conclude prevedendo che gli elenchi così formati siano depositati in cancelleria.

Rispetto alla disciplina previgente, l'unica novità sostanziale è quindi costituita dalla necessità che gli elenchi in questione si riferiscano non solo ai creditori ed ai titolari di diritti reali su beni mobili inventariati, ma anche a coloro che vantino diritti (reali o personali) su beni immobili - per effetto dell'intervenuta estensione del principio della necessità della verifica alle azioni di rivendica/restituzione di immobili - nonché ai titolari di diritti personali su beni mobili presso il fallito.

In tale contesto, marginalmente mutato rispetto alla disciplina previgente, in merito all'incombente *de quo*, conservano dunque validità le conclusioni già raggiunte prima della riforma, ed in particolare le seguenti:

- (a) la formazione degli elenchi in esame costituisce un atto dovuto, cui il Curatore deve provvedere in ogni caso, anche quando il fallito - istante per la sua dichiarazione di fallimento - abbia già provveduto a depositare gli elenchi nominativi di cui all'art. 14, L.F.;
- (b) gli elenchi non hanno alcuna efficacia probatoria in merito alla sussistenza dei crediti e dei diritti dei terzi, e non implicano il riconoscimento di pretesa alcuna da parte della Curatela, dal momento che la relativa formazione assolve alla più limitata funzione, da un lato, di *"predisporre una base informativa provvisoria sui crediti e sui diritti dei terzi, al fine del tempestivo invio ad essi della comunicazione prevista dall'art. 92"*, e, dall'altro, di predisporre l'anagrafe mobiliare ed immobiliare dei beni sui quali il fallito non dovrebbe vantare alcun diritto;
- (c) il dovere di indicare negli elenchi i *"titoli"* non è limitato ai diritti mobiliari ed immobiliari, ma deve ritenersi esteso anche ai crediti.

L'avviso ai creditori (art 92 L.F.)

Consequenziale all'adempimento che precede è l'invio, da parte del curatore, dell'avviso ai creditori previsto dall'art. 92 della L.F. Tale norma recita, al primo comma: « *Il curatore, esaminate le scritture contabili dell'imprenditore ed altre fonti di informazione, comunica senza indugio ai creditori e ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili in proprietà o in possesso del fallito, a mezzo posta presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore, ovvero a mezzo telefax o posta elettronica:*

- 1) che possono partecipare al concorso depositando nella cancelleria del tribunale, domanda ai sensi dell'articolo precedente;*
- 2) la data fissata per l'esame dello stato passivo e quella entro cui vanno presentate le domande;*
- 3) ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda.*

Sulla natura di tale avviso non paiono sussistere dubbi in giurisprudenza e in dottrina, tanto prima quanto dopo la riforma del 2006. La Corte di Cassazione ha infatti avuto modo di affermare, in più occasioni, che la norma citata impone al curatore un obbligo di attivazione che nulla può comportare in ordine al riconoscimento del diritto del presunto creditore. L'avviso infatti costituisce una mera *provocatio ad agendum* verso coloro che risultino creditori in base alle scritture contabili del fallito e alle altre notizie reperite - e siano perciò stati inseriti negli elenchi di cui al menzionato art. 89 - affinché vengano informati della pendenza della procedura fallimentare e possano, entro il termine loro assegnato, fare valere i propri diritti nel concorso. In tale avviso, dunque, il curatore non esprime alcun giudizio preventivo sulla fondatezza dell'eventuale futura

richiesta di ammissione al passivo, e non può dunque esservi ravvisato alcun contenuto negoziale abdicativo della potestà di proporre eccezioni avverso la pretesa successivamente fatta valere dal creditore (Cass., 3 luglio 1996, n. 6083, in *Fallimento*, 1997, 248, e Cass., 7 settembre 1979, n. 4735, in *Giusi Civ.*, 1980, I, 404), né all'avviso può quindi essere attribuito l'effetto interruttivo della prescrizione ai sensi dell'art. 2944 c.c. (Trib. Belluno, 17 gennaio 1997, in *Giur. merito*, 1997, 705).

Rispetto alla disciplina previgente, il nuovo testo dell'art. 92 si preoccupa di puntualizzare il contenuto dell'avviso in questione, e di ampliare le modalità cui il curatore può fare ricorso per la relativa comunicazione.

Tale avviso può, infatti, essere trasmesso ai creditori "*a mezzo posta*" (non è quindi necessaria, a rigore, la raccomandata, né la ricevuta di ritorno), ovvero "*a mezzo telefax o posta elettronica*". Sebbene non espressamente richiesto dalla legge, è comunque opportuno che il curatore, qualunque sia lo strumento di comunicazione prescelto, conservi la prova dell'avvenuto ricevimento dell'avviso da parte del singolo creditore destinatario. Considerata la natura perentoria del termine per la tempestiva presentazione delle domande di ammissione, tale prova è destinata infatti a rivelarsi decisiva per stabilire, in sede di riparto, se la tardività del creditore ammesso sia o meno imputabile a quest'ultimo ai fini di quanto previsto dall'art. 101 L.F., nonché per stabilire se sia inammissibile la domanda tardiva presentata oltre il termine decadenziale di cui all'art. 101 L.F. Ciò significa, sul piano pratico, che il curatore, qualora scelga di comunicare l'avviso "*a mezzo posta*", sia tenuto - se vuole procurarsi la disponibilità di tale prova - a ricorrere alla spedizione mediante raccomandata con ricevuta di ritorno; mentre - quanto meno allo stato attuale - non possa fare ricorso né alla comunicazione dell'avviso mediante posta elettronica (non essendo

ancora emanate le norme tecniche di attuazione del codice informatico-digitale - v. D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 - idonee a garantire l'avvenuta ricezione dei documenti inviati per via telematica, né alla trasmissione dell'avviso a mezzo telefax, dal momento che tale sistema consente di avere la prova della spedizione, ma non quella della ricezione.

La comunicazione di cui alla norma in esame, deve contenere l'espressa avvertenza che il creditore può partecipare al concorso depositando nella cancelleria del tribunale domanda di ammissione ai sensi dell'art 93 L.F.(art. 92, comma 1, n. 1), nonché, come in passato, le disposizioni della sentenza di fallimento, relative all'accertamento del passivo, indicate nei numeri 4 e 5 dell'art. 16, oltre al termine (ora espressamente qualificato perentorio dalla legge) per la presentazione in cancelleria delle domande di ammissione, il luogo, il giorno e l'ora dell'udienza in cui si procederà all'esame dello stato passivo (art. 92, comma 1, n. 2).

A tali indicazioni l'art. 92, comma 1 aggiunge, al n. 3, *"ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda"*. Si tratta, com'è agevole constatare, di una clausola generale, che affida al Curatore il compito di integrare contenutisticamente l'avviso, inserendovi tutti i dati e le informazioni finalizzati ad agevolare il ceto creditorio. Ciò in evidente recepimento delle prassi più virtuose già invalse presso alcuni Tribunali, in base alle quali il curatore includeva nell'avviso in esame una serie di indicazioni su forma e contenuto della domanda di ammissione, nonché sui documenti da allegare, volte a facilitare il compito dei creditori (che, si ricorda, possono procedere - anche nel nuovo contesto normativo - alla formazione e al deposito dell'istanza senza il ministero di un difensore abilitato), affinché la fase di verifica possa svolgersi con la massima celerità

e snellezza. Si riporta qui di seguito il modello di avviso predisposto dalla Presidenza della sezione fallimentare del Tribunale di Milano:

La comunicazione ai creditori dell'intervenuto fallimento del loro debitore e delle modalità di deposito in cancelleria delle domande di ammissione al passivo dei rispettivi crediti (art.91 e 92 L.F.)

Al fine di consentire ai creditori di presentare domande di ammissione tempestive e complete, alla luce delle analitiche disposizioni dei novellati artt. 92-93 L.F., in cui appare utile ed opportuno raccomandare ai curatori che la comunicazione ex art. 92 L.F. sia molto dettagliata, evidenziando in particolare 1) la perentorietà del termine di deposito in Cancelleria della domanda di ammissione (30 gg prima dell'udienza di verifica); 2) le conseguenze previste dalla legge nel caso di mancato rispetto di quel termine di omissione delle indicazioni richieste dall'art. 93 L.F.; 3) la documentazione normalmente richiesta per la prova del credito insinuato. In quest'ottica ho previsto un facsimile di comunicazione che raccomando ai curatori di utilizzare.

FAC – SIMILE

COMUNICAZIONE AI CREDITORI DELL'AVVENUTO
FALLIMENTO E DEI TERMINI PER IL DEPOSITO DELLE
DOMANDE EX ART. 92 L.F.

Oggetto: Fallimento _____

Con sede in _____

Procedura n. _____

Il Tribunale di Milano, con sentenza depositata in data
_____, ha dichiarato il fallimento della società indicata
in oggetto, nominando giudice delegato il dottor
_____ e curatore il
sottoscritto

con studio in _____

Tel. _____

fax _____

indirizzo e-mail _____.

In relazione a ciò, vi comunico quanto segue:

- L'adunanza dei creditori per l'esame dello stato passivo è fissata per il giorno _____, ore _____, presso l'aula n. _____ della sezione fallimentare, sita al secondo piano del Palazzo di giustizia di Milano, lato via Manara (ovvero presso lo studio del

Il ricorso dovrà contenere:

- 1) l'indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore;
- 2) la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione;
- 3) la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda;
- 4) l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione, anche in relazione alla graduazione del credito, nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale;
- 5) l'indicazione del numero di telefax, l'indirizzo di posta elettronica o l'elezione di domicilio in un comune del circondario ove ha sede il tribunale, ai fini delle successive comunicazioni. E' facoltà del creditore indicare, quale modalità di notificazione e di comunicazione, la trasmissione per posta elettronica o per telefax ed è onere dello stesso comunicare al curatore ogni variazione del domicilio o delle predette modalità.

Rammento poi che:

- a) il ricorso è inammissibile se è omesso o assolutamente incerto uno dei requisiti di cui ai numeri 1), 2), o 3) di cui sopra;
- b) se è omesso o assolutamente incerto il requisito di cui al numero 4), il credito è considerato chirografario;

c) se è omessa l'indicazione di cui al numero 5), tutte le comunicazioni successive a quella con la quale la curatela darà notizia dell'esecutività dello stato passivo, si effettuano presso la cancelleria.

Il ricorso deve essere corredato dai documenti giustificativi del diritto vantato (v. spiegazione di seguito riportata); tuttavia i documenti non presentati con la domanda potranno essere depositati, a pena di decadenza, almeno quindici giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo.

Ai creditori che vantano anche diritti sulle cose mobili o immobili del fallito, si consiglia la presentazione di domande separate, rispettivamente per l'ammissione del credito al passivo e per la rivendica o la restituzione.

Segnalo che, a norma del combinato disposto degli artt. 79 e 103 l.f., se il bene o i beni oggetto della sua domanda di rivendica o restituzione non sono stati acquisiti all'attivo della procedura perché non si trovano più in possesso del fallito dal giorno della dichiarazione di fallimento e il curatore non può riprenderli, potrà essere insinuato nel passivo il credito per il valore che la cosa aveva alla data della dichiarazione del fallimento e che, pur se presenta domanda di rivendica o restituzione, può - fino all'udienza fissata per l'esame dello stato passivo - modificare la stessa e chiedere l'ammissione al passivo del controvalore del bene alla data di apertura del concorso.

Se il possesso dei beni rivendicati o chiesti in restituzione è cessato dopo l'apposizione dei sigilli o comunque è stato perso dal curatore dopo averlo

acquisito, potrete chiedere l'integrale pagamento del valore della cosa e che il relativo importo sia corrisposto in prededuzione.

Il ricorso può essere presentato dal rappresentante comune degli obbligazionisti ai sensi dell'art. 2418, secondo comma, c.c., anche per singoli gruppi di creditori.

Rammento che, ciascun creditore, con la domanda di ammissione al passivo, o con altra precedente comunicazione, può dare la sua disponibilità ad assumere l'incarico di membro del comitato dei creditori, o può segnalare altri nominativi aventi i requisiti previsti dall'art. 40 l.f..

La comunicazione dovrà essere inviata con urgenza, dato che l'art. 40 l.f. dispone che il comitato dei creditori dovrà essere nominato entro trenta giorni dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento.

Tengo infine a segnalare che, in forza del disposto dell'art. 37 bis l.f., in sede di adunanza per l'esame dello stato passivo, i creditori presenti, personalmente o per delega, che rappresentano la maggioranza dei crediti allo stato ammessi, possono effettuare nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori nel rispetto dei criteri di cui all'art. 40 l.f., nonché chiedere la sostituzione del curatore indicando al Tribunale le ragioni della richiesta e un nuovo nominativo.

Vi avverto che:

- a) depositerò nella cancelleria del Tribunale il progetto di stato passivo almeno quindici giorni prima dell'udienza di verifica dei crediti;
- b) potrete esaminare tale progetto e presentare osservazioni scritte fino a cinque giorni prima di detta udienza;
- c) questa avvertenza vale come comunicazione a' sensi e per gli effetti dell'art. 95, secondo comma, l.f.

Sono a vostra disposizione per fornirvi - a mezzo e-mail o fax, che cortesemente e tempestivamente vorrete comunicarmi - ogni utile notizia atta a consentirvi di depositare una tempestiva, puntuale e valida domanda di ammissione allo stato passivo.

Milano, _____
curatore _____

Il

DOCUMENTI DI CUI SI CONSIGLIA LA PRODUZIONE

Spese di giustizia:

- verbale di pignoramento mobiliare

Prestatori di lavoro subordinato:

- cedolini liquidazione paghe mensili per retribuzioni arretrate
- calcolo T.F.R., con separata indicazione della somma complessiva eventualmente maturata al 31.12.2000 e di quella successiva, specificando l'importo richiesto per trattamento di fine rapporto e quello richiesto per rivalutazione monetaria
- quantificazione del credito per rivalutazione monetaria - dalla data di maturazione del medesimo fino alla data di verifica dei crediti fissata in sentenza - e del credito per interessi legali sulla somma rivalutata, alla stessa data.

Prestatori di opera intellettuale:

- nota spese e competenze per l'ammontare del credito con l'indicazione degli acconti in precedenza ricevuti
- lettera d'incarico e/o contratto di consulenza o di collaborazione, con data certa anteriore al fallimento
- dettagliata relazione dell'attività in concreto svolta, completa della documentazione probatoria ovvero degli atti più significativi posti in essere

Rapporti di agenzia:

- certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A. da cui risulti la qualifica di agente

- copia del contratto di agenzia con data certa ex art. 2704 c.c. e 45 L.F.
- copia delle fatture emesse dalla società fallita che hanno originato i crediti provvigionali, ovvero estratto conto analitico delle vendite
- estratto conto delle singole voci creditorie

Coltivatori diretti:

- prova della qualifica di coltivatore diretto rilasciato dalla C.C.I.A.A.
- contratto, che ha originato il rapporto, con data certa anteriore al fallimento
- copia del “Modello Unico” relativo agli anni in cui sono sorte le ragioni del credito

Artigiani:

- certificato rilasciato dalla C.C.I.A.A. di iscrizione all’albo delle imprese artigiane
- copia del “Modello Unico”(quadro relativo al volume d’affari IVA) relativo agli anni in cui sono sorte le ragioni del credito
- dichiarazione attestante il numero dei dipendenti all’epoca in cui sono sorte le ragioni del credito
- dichiarazione attestante l’uso di beni strumentali nell’esercizio dell’attività imprenditoriale, nonché la qualità dei beni prodotti e dei servizi resi usualmente all’impresa

Enti o cooperative di produzione:

- certificato prefettizio e della C.C.I.A.A. attestante la qualifica di cooperativa di produzione e di lavoro
- copia integrale dell'atto costitutivo e dello statuto sociale in vigore al momento dell'insorgere del credito, con l'elenco dei soci dipendenti della cooperativa
- copia integrale del bilancio, con nota integrativa e relazione degli amministratori, relativo al periodo in cui è insorto il credito
- copia del libro matricola per la verifica della natura del rapporto di lavoro dei soci
- copia del "Modello Unico" relativo agli anni in cui sono sorte le ragioni di credito

Cooperative agricole:

- certificato della C.C.I.A.A. da cui risulti la qualifica di cooperativa agricola
- copia integrale dell'atto costitutivo e dello statuto sociale in vigore al momento dell'insorgere del credito, con l'elenco dei soci aventi tutti la qualifica di imprenditore agricolo
- copia integrale del bilancio, con nota integrativa e relazione degli amministratori, relativo al periodo in cui è insorto il credito
- copia del "Modello Unico" relativo agli anni in cui sono sorte le ragioni di credito

Società di fornitura di lavoro temporaneo:

- contratto di fornitura di lavoro temporaneo
- copia delle fatture inerenti alle prestazioni svolte
- copia dei cedolini paga dei lavoratori

Fornitori:

- copia delle fatture di vendita e delle bolle di consegna
- copia delle fatture delle prestazioni effettuate
- documenti di trasporto delle merci
- estratto conto delle operazioni intervenute

Società di leasing concedenti:

- contratto di leasing con data certa anteriore al fallimento
- copia delle fatture di acquisto dei beni concessi in leasing
- estratto conto delle operazioni intervenute sino al momento della risoluzione del contratto ovvero della dichiarazione di fallimento
- documenti attestanti l'eventuale risoluzione con data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento

Istituti di credito:

- copia del contratto di conto corrente
- copia degli estratti conto delle operazioni compiute nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento

Creditori ipotecari:

- copia della nota di iscrizione ipotecaria
- copia del contratto o dell'atto che ha originato l'iscrizione ipotecaria
- atto di erogazione della somma e contabile di accredito
- piano di ammortamento da cui risultino le rate rimaste insolute distinte per quota capitale e per quota interessi, così da evidenziare chiaramente il residuo capitale e le relative quote di interessi anche per la determinazione della temporalità del privilegio ex art. 2855 c.c. Proprio a questo fine si raccomanda ai creditori ipotecari di indicare, nella domanda di ammissione, in voci distinte:
 - a) il capitale da ammettere in via ipotecaria e, quindi, le quote di capitale delle rate insolute nonché il capitale residuo dopo l'ultima rata insoluta;
 - b) l'ammontare degli interessi corrispettivi iscritti maturati nel triennio;
 - c) gli interessi da ammettere in via chirografaria, e quindi gli interessi (corrispettivi e moratori) maturati prima del triennio, gli interessi maturati nel triennio sulle quote di capitale delle rate insolute e sul capitale residuo.

Pertanto, qualora vi siano **semestralità scadute e non pagate**, il creditore dovrà indicare la composizione delle anzidette semestralità, cioè dovrà indicare la parte imputabile a capitale, quella imputabile ad interessi **convenzionali** e quella imputabile ad interessi **moratori**.

Creditori pignorati:

- copia del contratto o dell'atto di pegno
- prova della validità del titolo in rapporto al bene o al diritto su cui grava il pegno

Domande di rivendica:

- copia del titolo attestante la proprietà del bene in possesso del fallito, avente data certa anteriore al fallimento.

Quanto ai **destinatari dell'avviso**, l'art. 92, comma 1, L.F.» specifica ora che la comunicazione deve essere inviata - non più *"ai creditori e agli altri interessati compresi negli elenchi di cui all'art. 89"*, ma - *"ai creditori e agli altri titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito"*, individuati sulla base dell'esame delle scritture contabili dell'imprenditore e di *"altre fonti di informazione"*.

L'avviso in esame deve, dunque, essere inviato a chiunque avanzi pretese creditorie (ivi compreso il creditore che ha proposto istanza di fallimento), ancorché della relativa esistenza il curatore sia venuto a conoscenza successivamente alla formazione degli elenchi di cui all'art. 89, nonché a coloro che sono legittimati a proporre domande di rivendicazione o restituzione di beni mobili o immobili (coerentemente con l'intervenuta estensione del rito della verifica a questi ultimi soggetti). Nonostante l'art. 92 novellato non faccia più esplicito riferimento agli elenchi di cui all'art. 89, si deve ritenere che detti elenchi siano implicitamente ricompresi nelle *"altre fonti di informazione"* menzionate dall'art. 92 L.F..

Tra i destinatari dell'avviso vanno inclusi anche i creditori della massa, in quanto anche le loro ragioni di credito vanno accertate con il procedimento di cui agli artt. 92-97.

Considerazioni pratiche suggeriscono infine di includere tra i destinatari anche coloro la cui effettiva titolarità di ragioni creditorie appaia dubbia, al fine di circoscrivere quanto più è possibile il numero delle domande tardive, nonché altri inconvenienti, quali la possibile condanna della curatela alle spese del procedimento *ex art. 101* e l'eventuale conseguente responsabilità del curatore *ex art. 38*. Ragioni di opportunità inoltre suggeriscono di avvisare comunque quegli enti pubblici (quali INPS, INAIL e uffici locali dell'Agenzia delle Entrate), che normalmente partecipano al concorso, i quali, oltretutto, sono spesso in grado di fornire utili informazioni.

Secondo quanto precisa ora il primo comma dell'art. 92 L.F., l'avviso deve essere comunicato *"presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore"*, mentre per il creditore che *"ha sede o risiede all'estero"*, il secondo comma dell'art. 92 dispone che tale comunicazione *"può essere effettuata al suo rappresentante in Italia, se esistente"*. Ove tale rappresentante non esista, il Curatore è comunque tenuto a comunicare l'avviso al creditore estero secondo la regola generale di cui al primo comma, vale a dire presso la relativa sede o residenza, senza poter contare sulla possibilità prevista invece dal vecchio testo dell'art. 92 che il Giudice possa, in tale eventualità, prorogare il termine, dando notizia della proroga *"a tutti gli altri creditori e interessati"*. Ciò in coerenza con la natura perentoria del termine oggi previsto per la presentazione tempestiva delle domande di ammissione al passivo.

Per i creditori aventi sede o residenza in Stati membri dell'Unione Europea l'avviso, in lingua italiana, deve essere redatto in conformità a quanto previsto dall'art. 40 del Regolamento del Consiglio (CE) n. 1346/2000, relativo alla

procedure di insolvenza, utilizzando il relativo modello di formulario predisposto dalla Commissione Europea..

Quanto al termine entro il quale l'avviso in esame deve essere comunicato, il nuovo art. 92 non offre una indicazione precisa, stabilendo che il curatore deve provvedervi "*senza indugio*", in conformità a quanto ritenuto, pur in assenza di previsioni al riguardo, dalla dottrina anteriore alla riforma. Volendo attribuire contenuto concreto all'espressione normativa in esame, sembra comunque ragionevole ritenere che il curatore dovrà comunicare l'avviso ai creditori con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine perentorio, fissato dalla sentenza dichiarativa di fallimento, per la presentazione tempestiva delle domande di insinuazione, onde consentire ai creditori medesimi di poter disporre di un lasso di tempo sufficiente per predisporre e depositare le rispettive domande.

L'omissione o l'intempestiva o irrituale comunicazione dell'avviso non determina alcuna nullità, ma fa sì che, a norma dell'art. 101, comma 4, L.F., il creditore tardivo possa invocare la non imputabilità del ritardo dell'insinuazione e, di conseguenza, non sia tenuto a sopportare le spese conseguenti alla tardiva presentazione della domanda di ammissione al passivo del fallimento (Cass., 7 settembre 1979, n. 4735, cit.; Cass., 25 ottobre 1999, n. 11969, in *Fallimento*, 2000, 1143; Trib. Palermo, 17 dicembre 1983, in *Fallimento*, 1984, 563; Trib. Torino, 14 luglio 1987, *M*, 1987, 1301). Tuttavia, poiché la citata disposizione dell'art. 101 L.F. ha lo scopo di apprestare una giusta tutela soltanto in capo al creditore effettivamente incolpevole, è consentito al curatore di documentare che il creditore, avendo avuto notizia del fallimento indipendentemente dalla ricezione dell'avviso anzidetto, avrebbe potuto procedere tempestivamente all'insinuazione del credito per il quale ha chiesto l'ammissione tardiva (Cass., 7 settembre 1979,

n. 4735, cit.; Trib. Venezia, 16 settembre 1983, in *Fallimento*, 1984, p. 323; Trib. Orvieto, 4 aprile 1996, *ivi*, 1996, 817). In tempi meno risalenti la Suprema Corte è tornata sulla materia, stabilendo che solo sul creditore grava l'onere della prova della sua mancata colpa nel ritardo che, in difetto, è legittimo ascrivere a sua negligenza (Cass., 19 giugno 1996, n. 5662, in *Fallimento*, 1997, p. 61). Il creditore tardivo che provi la mancata colpa nel ritardo, peraltro, è altresì tenuto indenne da un'ulteriore sanzione impropria - ovvero l'esclusione dai riparti parziali - in quanto, a norma dell'art. 112, seconda parte, resta "*salvo il diritto di prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni.... se il ritardo è dipeso da cause ad essi non imputabili*".

Il deposito in cancelleria del progetto di stato passivo e della documentazione non prodotta con le domande di ammissione; le osservazioni dei creditori; la decisione del Giudice (cenni)

Almeno quindici giorni prima dell'udienza di verifica:

- 1) il curatore deposita in cancelleria il progetto di stato passivo, dandone comunicazione ai creditori, ai titolari di diritti sui beni ed al fallito, avvertendoli che possono esaminare il progetto e possono presentare osservazioni scritte fino a cinque giorni prima della predetta udienza.
- 2) I creditori possono depositare la documentazione non prodotta con la domanda di ammissione; il rispetto del termine di quindici giorni è previsto a pena di decadenza (art. 93, 7° co, L.F.); ne consegue che della documentazione prodotta dopo tale termine non si può tener conto. Va però opportunamente rimarcato che, ai sensi dell'art. 96, 3° co. n. 3, il Giudice Delegato può concedere al creditore un termine

(non meglio indicato) per il deposito tardivo di documenti di cui egli non ha la disponibilità. Inoltre l'art. 99, 8° co. prevede che, nel corso del procedimento di impugnazione, il Tribunale, se necessario, può autorizzare la produzione (tardiva) di ulteriori documenti.

In concreto il curatore rischia di non avere il tempo o di averne uno molto ristretto per esaminare la documentazione aggiunta depositata dai creditori e tenere conto di essa nella redazione del progetto di stato passivo.

Il termine di quindici giorni fissato per il curatore è sicuramente ordinatorio e la sua inosservanza non è causa di decadenza o di preclusione.

Ma i creditori possono presentare osservazioni scritte al progetto, fino a cinque giorni prima dell'udienza di verifica.

Anche questo termine è ordinatorio; quindi i creditori e gli altri interessati possono proporre eccezioni o contestazioni anche nel corso della prima o successiva udienza di verifica.

E' evidente che se il curatore ha bisogno di tempo per verificare il fondamento di tali eccezioni o contestazioni, chiederà al Giudice Delegato di rinviare ad altra data l'udienza di verifica.

Fino alla decisione del Giudice Delegato, il creditore può modificare la sua domanda (purché la modifica non comporti l'introduzione di nuovi elementi che incidano sul fatto costitutivo del diritto azionato e che nulla aggiungano al credito o al bene indicato nella domanda originaria; sono quindi inammissibili domande nuove o modificazioni che introducono temi d'indagine del tutto nuovi e diversi da quelli originari o estendono il *petitum*) ed il curatore può variare l'originaria proposta contenuta nel progetto di stato passivo.

All'udienza di verifica il Giudice Delegato, anche in assenza delle parti, decide su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto

riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati.

Su richiesta delle parti (e non d'ufficio) ed in correlazione alle eccezioni o alle contestazioni formulate dal curatore o dagli altri creditori, il Giudice Delegato può procedere ad atti di istruzione, che siano però compatibili con le esigenze di speditezza del procedimento.

Poiché non è previsto un termine decadenziale, la richiesta di atti istruttori può essere formulata anche all'udienza di verifica.

Il riferimento alla "compatibilità" con le esigenze di speditezza del procedimento, non consente l'assunzione di prova testimoniale secondo le regole previste per l'ordinario giudizio di cognizione, ma consente l'audizione, a sommarie informazioni, di persone informate dei fatti, o chiedere informazioni a Pubbliche Amministrazioni.

All'esito, il Giudice Delegato decide su ciascuna domanda *"nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati"* (art. 95, 3° co.) ed alle risultanze degli atti istruttori disposti.

In altri termini, *"il Giudice Delegato può cioè decidere sulla domanda solo entro i limiti che sono fissati dal Curatore con le sue conclusioni e non può travalicarle considerando controverso un diritto che tale non sia"*, e la sua decisione, per altro verso, anche quando il diritto dell'insinuante sia controverso, *"non può comunque spingersi oltre il perimetro delle eccezioni legittimamente sollevate o sollevabili nel procedimento"* (LAMANNA, 2006, 370).

Le eccezioni di rito e di merito che il Curatore ha l'onere di formulare sono le eccezioni in senso stretto (o in senso proprio), vale a dire quelle non

rilevabili d'ufficio, ed in particolare - tenuto conto dell'elaborazione giurisprudenziale in materia - le seguenti:

(a) l'inopponibilità al Fallimento delle scritture private ai sensi dell'art. 2704, c.c., trattandosi di un'eccezione in senso stretto che il G.D. non può rilevare d'ufficio (Cass., 2.9.2004, n. 17961); una volta sollevata l'eccezione, spetterà quindi al creditore dimostrare la data certa, allegando uno dei fatti indicati dall'art. 2704 c.c. come idonei a conferire datazione certa alla scrittura;

(b) il difetto delle formalità di cui all'art. 45 l.f., trattandosi anche in questo caso di fatti impeditivi del diritto azionato dal creditore;

(c) la revocabilità dell'atto, mediante contestazione - ad esempio - di un diritto di prelazione non consolidatosi;

(d) la risoluzione del contratto - ad esempio - per inadempimento o impossibilità sopravvenuta della prestazione;

(e) l'adempimento o il parziale adempimento della prestazione, vertendosi anche in questo caso in un'eccezione in senso stretto e quindi nell'esclusiva disponibilità del curatore, che richiede ovviamente la prova del pagamento *exceptio*;

(f) l'annullamento del contratto per errore, violenza o dolo;

(g) la compensazione ai sensi dell'art. 1242 cod. civ.;

(h) la simulazione del contratto o la sua rescissione;

(i) la cessione del credito;

(l) i vizi della cosa comprata;

(m) la prescrizione del diritto azionato, senza necessità di individuare la specifica fattispecie estintiva perfezionatasi (Cass., 23.8.2004, n. 16573).

Spetta invece al Giudice Delegato il residuo potere di sollevare esclusivamente le **eccezioni rilevabili d'ufficio**, vale a dire quelle sempre

rilevabili a prescindere dall'istanza di parte. Ai fini della - ardua - distinzione fra eccezioni in senso proprio, riservate al curatore, ed eccezioni rilevabili d'ufficio, soccorrono ora i principi enunciati da due importanti decisioni rese, a sezioni unite, dalla Corte di Cassazione (Cass. 3 febbraio 1998, n. 10099, e Cass. 25 maggio 2001, n. 226), le quali hanno chiarito che:

- l'eccezione in senso stretto ha carattere eccezionale, perché la regola generale è che il giudice non può accogliere una domanda se essa risulti infondata: ciò perché il giudice, investito di una domanda qualificata dalle condizioni dell'azione, deve pronunciarsi sull'esistenza attuale del diritto affermato nella domanda, per cui deve conoscere di tutti quei fatti che abbiano influito sull'esistenza del diritto azionato e, quindi, anche di quei fatti estintivi, modificativi e impeditivi che abbiano automaticamente prodotto i loro effetti, mentre non potrà tenere conto, se non ad iniziativa di parte, dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi che non producono i loro effetti automaticamente, ma soltanto in funzione dell'esercizio di un potere di iniziativa affidato alla parte;
- tale seconda situazione ricorre o quando è la legge a stabilire che un'eccezione non può essere rilevata d'ufficio, o quando il legislatore costruisce la fattispecie in modo tale che la presenza di determinate circostanze non ha una autonoma efficacia produttiva della nuova situazione sostanziale, ma la consegue solo per il tramite di una manifestazione di volontà dell'interessato, che da sola (o previo accertamento giurisdizionale dell'avvenuta costituzione della fattispecie medesima) si inserisce all'interno di questa: il che avviene con riguardo alle eccezioni che si coordinano ad azioni costitutive,

ove appunto, per conseguire il risultato difensivo non basta l'allegazione del fatto, ma occorre che l'interessato scelga se conservare la situazione giuridica esistente ovvero ottenere che - secondo la norma di previsione - si produca quella nuova;

- l'eccezione in senso lato è rilevabile d'ufficio, purché il fatto che la integri risulti dagli atti del processo ed anche se il fatto non è stato allegato dalla parte interessata.

Scendendo alla casistica, sono state ritenute rientrare fra le eccezioni rilevabili d'ufficio:

- (a) la risoluzione consensuale del contratto;
- (b) l'inefficacia della clausola vessatoria non approvata specificamente per iscritto;
- (c) la nullità del contratto;
- (d) l'eccessività della penale ex art. 1384 c.c.;
- (e) la condizione ed il termine;
- (f) la presupposizione;
- (g) la *compensatio lucri cum damno*;
- (h) il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227 1° comma cod. civ.

Nel caso in cui il GD sollevi eccezioni d'ufficio, si pone il problema se debba trovare applicazione l'art. 183, co. 4, c.p.c. (nel testo novellato dalla legge 80/2005 e, poi dalla legge 263/2005), laddove prevede che il giudice indichi alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. Ove si propenda per la soluzione positiva, andrà ovviamente valutata l'opportunità di trattare oralmente tali questioni o di assegnare alle parti un termine per osservazioni scritte con conseguente rinvio dell'udienza.

Il Giudice Delegato non può più chiudere la verifica, riservandosi la definitiva formazione dello stato passivo, ma può fissare altra udienza nella quale emetterà il provvedimento di approvazione di tale stato.

Terminato l'esame di tutte le domande, il Giudice Delegato forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria (art. 96 L.F.), e comunicato a ciascun creditore insieme al provvedimento assunto dal Giudice Delegato su ciascuna domanda.

L'omissione della verifica dei crediti nel caso di previsione di insufficiente realizzo

Il novellato art. 102 dispone:

1. Il tribunale, con decreto motivato da adottarsi prima dell'udienza per l'esame dello stato passivo, su istanza del curatore depositata almeno venti giorni prima dell'udienza stessa, corredata da una relazione sulle prospettive della liquidazione, e sentiti il comitato dei creditori ed il fallito, dispone non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali se risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura.

2. Il tribunale dispone in conformità a quanto previsto nel primo comma anche se la condizione di insufficiente realizzo emerge nel corso delle eventuali udienze successive a quella fissata ai sensi dell' articolo 16.

3. Il curatore comunica il decreto di cui al primo comma ai creditori che abbiano presentato domanda di ammissione al passivo ai sensi degli articoli 93 e 101, i quali, nei quindici giorni successivi, possono presentare reclamo alla corte di appello, che provvede con decreto in camera di

consiglio, sentito il reclamante, il curatore, il comitato dei creditori ed il fallito.

E' stato esattamente rilevato (Ferrero) che "il mancato esperimento della verifica non impedisce ai creditori che abbiano presentato domanda di insinuazione al passivo di giovare dei benefici fiscali in relazione all'imposta sui redditi (art. 101 co. 5 d.p.r. n. 917/1986) e all'IVA (art 26 d.p.r. 633/1972) connessi con la esistenza di procedura concorsuale.

A mio avviso si dovrà provvedere alla verifica dei crediti, in presenza di domande di lavoratori subordinata per consentire a questi di accedere al fondo di garanzia dell'INPS per il TFR e le ultime tre mensilità, dato che la condizione di legge per l'accesso è data dal provvedimento di ammissione risultante dal verbale di stato passivo reso esecutivo.

Se il Tribunale dovesse disporre non farsi luogo alla verifica dei crediti, i lavoratori subordinati, ai quali il relativo provvedimento deve essere comunicato, hanno la possibilità di proporre reclamo alla Corte d'Appello che provvede con decreto in Camera di Consiglio, sentito il reclamante, il curatore, il comitato dei creditori ed il fallito.

CAPITOLO II

ISTRUZIONI E RACCOMANDAZIONI AI CREDITORI CHE INTENDONO PARTECIPARE AL CONCORSO; ONERE DI DEPOSITO E CONTENUTO DELLA DOMANDA DI AMMISSIONE (TEMPESTIVA O TARDIVA)

PREMESSA

Il concorso tra i creditori

La partecipazione dei creditori al processo fallimentare si deve attuare a norma dell'art. 52 L.F. Tale partecipazione non costituisce un obbligo per il creditore, il quale ben può riservare la sua azione a quando il fallimento sarà chiuso e il debitore sarà tornato *in bonis*. Ma se il creditore intende realizzare la sua pretesa sui beni che attualmente compongono il patrimonio del suo debitore, l'unica strada per lui aperta è quella della partecipazione al concorso mediante domanda di ammissione al passivo a norma dell'art. 93 L.F. Solo mediante l'insinuazione, il creditore che è già concorsuale, e cioè soggetto a tutte le limitazioni derivanti dal fallimento, diviene concorrente, con diritto cioè di partecipare al processo e particolarmente alle ripartizioni fallimentari.

L'ammissione costituisce quindi il titolo giuridico per ottenere il pagamento dei rispettivi crediti, a mezzo dei piani di riparto.

Il cosiddetto accertamento dei crediti, disciplinato dal combinato disposto degli articoli 52, 92 e seguenti (e, per la liquidazione coatta amministrativa,

dagli artt. 207-209) della legge fallimentare, costituisce l'unico ed esclusivo procedimento per partecipare al concorso.

L'oggetto dell'accertamento

E' fissato dal 2° comma del novellato art. 52 L.F. per il quale: *“Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell’art. 111 primo comma n. 1, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge”*.

Rispetto al vecchio testo quello del novellato art. 52 contiene una specificazione ed un ampliamento.

La specificazione attiene ai “crediti trattati ai sensi dell’art. 111 n.1” e cioè ai crediti prededucibili.

L'ampliamento riguarda “ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare”.

Inoltre, gli artt. 92 e 93 L.F. espressamente prevedono fra le domande che possono essere proposte, anche quelle che hanno per oggetto la restituzione o la rivendicazione di beni immobili.

Si collega al nuovo art. 52 il novellato art. 24 che ora attribuisce alla competenza del Tribunale fallimentare anche le azioni reali immobiliari.

Quindi, in futuro, il terzo che vanti un diritto reale immobiliare nei confronti del fallito, non deve più proporre, come per il passato, la relativa azione avanti al giudice ordinario con il rito previsto dal c.p.c. ma, se vuole partecipare al concorso, deve presentare domanda di ammissione con il rito speciale previsto dagli artt. 92 e segg. L.F.

L'assunto non è però pacifico con riferimento al caso del credito di un terzo, garantito da ipoteca concessa dal fallito su un suo immobile. Sotto l'imperio della vecchia Legge Fallimentare si sono profilate tre posizioni:

- 1) quella sostenuta dalla Suprema Corte (v. Cass. 24 novembre 2000 n. 15186; Cass. 24 febbraio 1994 n. 1875 in *Il Fallimento* 1994, 589; Cass 8 gennaio 1970 n. 46) che nega l'obbligatorietà della verifica e ritiene necessario l'intervento con richiesta di distribuzione, in sede di riparto;
- 2) quella che ritiene facoltativo l'uso dello strumento dell'insinuazione al passivo;
- 3) quella (prevalente nella giurisprudenza di merito) che invece richiede obbligatoramente la domanda di ammissione.

Il novellato art. 115 L.F. sottrae al procedimento di verifica il cessionario di un credito già ammesso al passivo del fallimento, disponendo che - qualora la cessione sia stata tempestivamente comunicata, unitamente alla relativa documentazione che attesti l'intervenuta cessione, con atto recante le sottoscrizioni autenticate del cedente e del cessionario - il curatore provvede alla rettifica dello stato passivo. Quindi, per il futuro il cessionario non dovrà più proporre domanda di ammissione, come ritenuto dalla consolidata giurisprudenza di legittimità.

Non sono proponibili in sede di verifica le domande di mero accertamento di un credito, non finalizzate alla partecipazione al concorso, né quelle tendenti ad ottenere una sentenza costitutiva da parte del Tribunale Fallimentare; tali domande proseguono avanti al giudice ordinario e le relative sentenze non sono opponibili alla massa dei creditori concorsuali.

Sono altresì improponibili le domande di risarcimento danni per inadempimento dovuto alla dichiarazione di fallimento o per inadempimento anteriore a questo, ma fatta valere successivamente.

La risoluzione del contratto per pregresso inadempimento del debitore, per essere operativa nei confronti della massa, deve essere anteriormente quesita:

1) nel caso di *condizione risolutiva tacita*, mediante proposizione della domanda giudiziale in tempo antecedente alla sentenza di fallimento;

2) in caso di *clausola risolutiva espressa*, invece, mediante dichiarazione, pur anteriore, della parte adempiente, di volersi avvalere della clausola medesima. Alla risoluzione di diritto in forza della clausola risolutiva espressa possono essere equiparate le ipotesi affini dell'avveramento della condizione risolutiva (artt. 1353 ss. c.c.), della diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.) e del termine essenziale (art. 1457 c.c.).

I crediti oggetto di verifica

Sono:

1. *I crediti concorsuali*, ossia quelli che hanno titolo o causa in negozi giuridici conclusi prima della dichiarazione di fallimento; essi possono essere chirografari o assistiti da una causa di prelazione;
2. *I crediti prededucibili (o di massa)*, che secondo il novellato secondo comma dell'art. 111, sono quelli “*così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*”. Sono quindi prededucibili nel fallimento:

- ✓ a) i crediti derivanti dal sub-ingresso del curatore nei contratti in corso o dai contratti proseguiti *ex-lege* dopo la dichiarazione di fallimento;
- ✓ b) i crediti sorti da negozi legittimamente sorti nella precedente procedura di Amministrazione Straordinaria o di concordato preventivo.

La domanda di ammissione al passivo. Forma e modalità di presentazione (art. 93 L.F.)

La domanda di ammissione al passivo è l'atto con cui il creditore, che è già "concorsuale" (ovvero assoggettato ad una serie di preclusioni e oneri strumentali alla realizzazione della *par condicio creditorum*), manifesta la volontà di divenire "concorrente", ovvero di partecipare alla ripartizione del patrimonio del fallito. Il concorso sui beni del fallito, se, da un lato, si apre con la sentenza dichiarativa di fallimento, dall'altro, impone a coloro che intendano prendervi parte un onere di attivazione. Ed infatti l'art. 118 L.F. annovera, tra le cause di chiusura del fallimento, la mancata presentazione di domande di ammissione.

La nuova disciplina della domanda di ammissione è contenuta negli artt. 93 e 94 L.F.

L'art. 93 novellato prescrive ora espressamente, in conformità all'orientamento prevalente, che la domanda va presentata in **forma di ricorso**, la quale non ammette equipollenti. Ne consegue pertanto che l'insinuazione presentata con atto di citazione andrebbe dichiarata inammissibile (cfr. in questo senso Cass., 10 giugno 1981, n. 3753, in *Giur. fall.*, 1987, 81).

Come stabilisce - sia pure impropriamente - la nuova formulazione dell'art. 93, comma 2, l.f., in applicazione del principio sancito dall'art. 125, c.p.c., la domanda di ammissione al passivo deve (e non "può") essere sottoscritta dal creditore personalmente o da un suo rappresentante.

Ai fini della presentazione della domanda non è necessaria l'assistenza tecnica di un difensore, il cui intervento è stato dal legislatore rimesso alla discrezionale valutazione dell'istante. Considerato peraltro che le questioni giuridiche sottese alla predisposizione della domanda di insinuazione presentano sovente elevata complessità, e che la riforma del 2006 ha accresciuto in complessità - più che semplificato - il contenuto della domanda di insinuazione, configurando inoltre un termine perentorio per la relativa presentazione tempestiva, appare senz'altro da condividere il rilievo di chi reputa comunque opportuno, in generale, il ricorso al patrocinio di un professionista, in coerenza con la natura contenziosa, oggi propria del procedimento di accertamento del passivo, e con il principio sancito dall'art. 82, comma 3, c.p.c., secondo il quale "*le parti non possono stare in giudizio se non con il ministero o con l'assistenza di un difensore*". Qualora l'istante abbia scelto di avvalersi dell'assistenza di un difensore, questi dovrà essere munito di regolare procura, da intendersi estesa a tutti gli atti procedurali relativi al diritto di credito dell'istante nella procedura concorsuale, di talché il procuratore è altresì legittimato a proporre opposizione allo stato passivo (cfr. Trib. Trieste, 25 luglio 1969, in *Rep. Giur. it.*, 1970). Naturalmente, stante la facoltatività del ministero del difensore, al creditore insinuato non può essere riconosciuto alcun rimborso dei diritti ed onorari dell'avvocato (cfr. Trib. Milano, 19 ottobre 1992, in *Fallimento*, 1993, 333; Cass., 30 gennaio 1979, n. 661, *ivi*, 1979, 432; in senso contrario, per l'ammissione al passivo delle spese legali, v. Trib.

Vigevano, 3 aprile 1974, in *Dir. fall.*, 1974, II, 736, limitatamente al caso in cui il Giudice Delegato abbia riconosciuto l'utilità dell'avvenuto ricorso ad un difensore tecnico, e Trib. Messina, 2 febbraio 2005, in *Fallimento*, 2006, 569-570, limitatamente al caso in cui “*il ricorso al professionista sia stato necessario in considerazione della natura tecnica delle questioni da trattare*”). Si sottraggono invece a tale regola le spese vive, che in quanto accessorio del credito andranno ammesse al passivo in via chirografaria o privilegiata in funzione della collocazione del credito medesimo.

L'art. 93, nel testo attualmente in vigore, precisa altresì le modalità di presentazione della domanda di insinuazione, stabilendo che il ricorso deve essere depositato “*presso la cancelleria del tribunale*” (comma 1), ma che lo stesso “*può essere spedito anche in forma telematica o con altri mezzi di trasmissione purché sia possibile fornire la prova della ricezione*” (comma 2).

Il deposito materiale del ricorso presso la cancelleria del Tribunale competente costituisce così la forma primaria di presentazione della domanda, rispetto alla quale non può essere considerato equipollente il recapito della stessa presso il Curatore, se la domanda non viene da quest'ultimo consegnata in cancelleria.

Fra le forme alternative di presentazione del ricorso, la spedizione in via telematica è l'unica che la disposizione in esame individua puntualmente, ma la stessa rappresenta un'opportunità allo stato non percorribile, dovendosi attendere a tal fine - così come per la spedizione dell'avviso ai creditori mediante posta elettronica - l'emanazione della normativa di attuazione del c.d. codice informatico. Le ulteriori, e non meglio specificate, modalità alternative di spedizione del ricorso possono essere individuate in tutte quelle comunemente utilizzate per la corrispondenza

commerciale, per le quali sia possibile - come richiesto dal legislatore - “*fornire la prova della ricezione*”. Deve pertanto essere escluso l’uso del telefax, che non consente - come si è visto - tale dimostrazione, mentre è consentita la spedizione della domanda di insinuazione a mezzo del servizio postale o tramite agenzie di recapito.

In ogni caso, per i mezzi di trasmissione della domanda che non comportano l’immediata ricezione dell’atto, ai fini dell’osservanza dei termini previsti dalla legge farà fede la data della ricezione del ricorso, e non quella della sua spedizione, dal momento che solo con la ricezione l’atto perviene nella materiale disponibilità dell’ufficio.

Segue. Termine di presentazione

Nel sistema anteriore alla riforma del 2006 il termine fissato nella sentenza dichiarativa di fallimento per la presentazione in cancelleria della domanda di insinuazione nel passivo aveva natura ordinatoria, e non perentoria.

Nella dichiarata “*ottica di razionalizzazione dell’accertamento del passivo*” (così la relazione governativa al D. Lgs. 5/2006), il legislatore della riforma ha completamente ribaltato le coordinate normative di riferimento sul tema, ed ha fissato un unico termine, espressamente qualificato perentorio, per la presentazione delle domande di insinuazione. In tale prospettiva, il nuovo art. 16, comma 2, n. 4, l.f., prevede infatti che il Tribunale, con la sentenza dichiarativa di fallimento, “*stabilisce il luogo, il giorno e l’ora dell’adunanza in cui si procederà all’esame dello stato passivo, entro il termine perentorio di non oltre centoventi giorni dal deposito della sentenza*”, ed il successivo n. 5 stabilisce che la medesima sentenza dichiarativa di fallimento “*assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti*

reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine perentorio di trenta giorni prima dell'adunanza di cui al numero precedente per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione". Disposizione, quest'ultima, cui fanno *pendant* - nella *sedes materiae* dedicata all'accertamento del passivo - il primo comma del novellato art. 93, l.f., il quale ribadisce che le domande di ammissione si propongono "*con ricorso da depositare presso la cancelleria del tribunale almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo*", e l'art. 96, l.f., il quale non contempla più la possibilità di presentare domande sino all'udienza di verifica; ed infine, nel capo dedicato alla "*cessazione della procedura fallimentare*", l'art. 118, n. 1, l.f., che prevede la chiusura del fallimento "*se nel termine stabilito dalla sentenza dichiarativa di fallimento non sono state proposte domande di ammissione dal passivo*", eliminando così il riferimento ai due "*termini*" (quello stabilito dalla sentenza dichiarativa di fallimento e quello coincidente con la chiusura dell'udienza di verifica) previsti dalla legge fallimentare del 1942 per la presentazione tempestiva delle domande di ammissione.

Interessante, in proposito, appare l'inedito provvedimento recentemente reso da Trib. Milano, 16 settembre 2006, est. Quatraro, relativo ad una fattispecie in cui il Tribunale aveva dichiarato il fallimento di una società in data 1° agosto 2006 (quindi all'inizio del periodo feriale), il Curatore aveva tempestivamente accettato l'incarico, ma il legale rappresentante della fallita, a causa del periodo feriale, aveva messo a disposizione della Curatela la documentazione sociale e l'elenco dei creditori (circa duecento, di cui molti stranieri) solo il successivo 6 settembre, determinando così il ritardo dell'invio degli avvisi dal Curatore, il quale aveva quindi presentato

ricorso al Tribunale per ottenere il differimento dell'udienza di verifica. Il Collegio ha accolto la domanda della Curatela osservando che:

“la sentenza di fallimento consta di più statuizioni:

1) la prima di natura e portata decisoria, dichiara il fallimento, dopo aver accertato la qualità di imprenditore commerciale non piccolo (avendo riscontrato il superamento di uno o di entrambi i parametri fissati dal novellato art. 1 l.f.) ed il suo stato di insolvenza;

2) le statuizioni di cui ai nn. 3, 4, 5 dell'art. 16 l.f. sono, invece, di chiara natura e portata 'ordinatoria', essendo finalizzate a regolare lo svolgimento della procedura; ne consegue che esse possono essere revocate o modificate dallo stesso giudice che le ha pronunciate se sussistono, in concreto, ragioni di necessità od opportunità per farlo.

Alla luce di questo principio, il ricorso del curatore va accolto

1) per le ragioni in esso esposte in fatto;

2) per la necessità di tutelare il diritto dei creditori concorsuali di poter usufruire, in toto, del termine di giorni trenta prima della udienza di verifica per depositare in cancelleria le domande di ammissione dei rispettivi crediti.

(...) Quanto alla necessità sub 2), il differimento dell'udienza di verifica dei crediti si impone per consentire al curatore di inviare tempestivamente ai creditori la comunicazione dell'intervenuto fallimento della M. s.r.l. e consentire a questi di usufruire interamente del termine perentorio di gg. 30 prima dell'adunanza, per presentare le rispettive domande di ammissione. Il differimento dell'udienza di verifica non incide sulla perentorietà di detto termine, che decorrerà dalla nuova udienza che, nel limite del possibile, dovrà essere fissata nel termine perentorio (più propriamente, acceleratorio) di centoventi

giorni dal deposito della sentenza, con la necessaria precisazione che il mancato rispetto di questo termine non produce invalidità della sentenza o del procedimento di accertamento dei crediti”.

Quanto alle conseguenze della mancata osservanza del termine perentorio di 30 giorni, previsto dall’art. 16, comma 2, n. 5, l.f., va precisato che la domanda presentata oltre detto termine non è inammissibile, né il creditore istante decade dalla possibilità di partecipare al concorso, ma la domanda è considerata tardiva, come espressamente dispone ora, al primo comma, l’art. 101, l.f., il quale - come meglio si vedrà nel prosieguo - sottopone la verifica delle domande di ammissione (così come delle domande di rivendica/restituzione) tardive alle medesime forme previste per la verifica delle domande tempestive.

Segue. Il contenuto della domanda di ammissione

Per quanto riguarda il contenuto, il vecchio art. 93 l. fall. si limitava a stabilire che *“la domanda deve contenere il nome e cognome del creditore, l’indicazione della somma, del titolo da cui il credito deriva, delle ragioni di prelazione e dei documenti giustificativi”.*

Il nuovo terzo comma dell’art. 93, l.f., dispone invece che *“il ricorso contiene:*

- 1) l’indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore;*
- 2) la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione;*

- 3) *la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda;*
- 4) *l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione, anche in relazione alla graduazione del credito, nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale;*
- 5) *l'indicazione del numero di telefax, l'indirizzo di posta elettronica o l'elezione di domicilio in un comune del circondario ove ha sede il tribunale, ai fini delle successive comunicazioni. E' facoltà del creditore indicare, quale modalità di notificazione o di comunicazione, la trasmissione per posta elettronica o per telefax ed è onere dello stesso comunicare al curatore ogni variazione di domicilio o delle predette modalità".*

Appare opportuno esaminare partitamente i predetti elementi della domanda di ammissione, che ne rappresentano il contenuto minimale:

(A) “indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore”.

Il ricorso dovrà indicare chiaramente, in primo luogo, la procedura nel passivo della quale si chiede di essere ammessi, e specificare la ragione sociale o il nome del fallito (ed eventualmente - se possibile, e quindi non a pena di inammissibilità - il numero di ruolo della procedura e l'indicazione del Giudice Delegato). Irrilevante, è invece, che la domanda sia diretta al curatore ovvero al Giudice Delegato, oppure al Tribunale, essendo solo richiesto, come si evince dall'inciso di cui all'art. 92, primo comma, l.f., che la stessa pervenga alla cancelleria del Tribunale fallimentare competente.

Le “*generalità del creditore*” non comprendono solo il nome ed il cognome o la ragione sociale dell'istante, come indicava il previgente

art. 93, l.f., ma anche la residenza, il domicilio o la sede dello stesso, nonché l'indicazione dei soggetti od organi che ne hanno la rappresentanza.

(B) “determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione”.

Al pari dell'atto introduttivo del giudizio di cognizione, anche il ricorso ex art. 93 l.f. deve indicare il *petitum* mediato, che in questo caso si identifica nella somma di denaro che si chiede di ammettere al passivo, ovvero nel bene oggetto di rivendica o di restituzione, e che rappresenta il limite massimo del provvedimento di ammissione che il Giudice Delegato può adottare, non potendo questi - pena l'incorrere nel vizio di ultrapetizione - ammettere un credito in misura superiore a quella richiesta (Cass., 20 marzo 1972, n. 843, in *Dir. fall.*, 1972, II, 410).

La somma indicata nel ricorso deve essere determinata o, comunque, determinabile (mediante indicazione dei criteri da seguire per la relativa quantificazione), dovendosi quindi escludere una riserva di successiva specificazione in ordine al relativo ammontare. Parimenti, devono essere espressamente chiesti nel ricorso anche gli eventuali interessi che accedono a debiti di valuta, vale a dire alle obbligazioni aventi ad oggetto sin dall'origine un importo nominale di denaro, mentre si sottraggono a tale regola (e possono quindi essere riconosciuti dal Giudice d'ufficio, anche in difetto di specifica richiesta) gli interessi su debiti di valore, rappresentando questi una componente costitutiva del credito principale (v. fra le tante Cass., 8

aprile 2004, n. 6939, in *Giust civ. Mass.*, 2004, fasc. 4; App. Bologna, 4 marzo 1995, in *Fallimento*, 1995, 881).

Alla regola della espressa domanda in sede di verifica dei crediti non si sottraggono gli interessi che maturano, dopo la dichiarazione di fallimento, sui crediti garantiti da ipoteca, pegno o privilegio, generale o speciale.

In mancanza di domanda, accolta in sede di verifica, la richiesta di tali interessi, in sede di successivo riparto, va dichiarata inammissibile.

In questo senso si è espresso Trib. Milano 15 dicembre 2005 (inedito) che respingendo il reclamo proposto contro il provvedimento con il quale il Giudice Delegato, disattendendo l'osservazione proposta da un legale (che chiedeva il riconoscimento degli interessi successivi all'ammissione del suo credito ex art. 2751 bis n. 2 c.c.), aveva approvato il piano di riparto, così ha motivato il suo pensiero:

“Premesso che il paradigma normativo di riferimento è costituito dall'art. 97 L.F. e

dal suo ineludibile corollario rappresentato dalla vincolatività dello stato passivo

dichiarato esecutivo, non può che evidenziarsi come il piano di riparto debba necessariamente risultare speculare a quanto ivi attestato. Da ciò consegue che

qualsivoglia pretesa creditoria non menzionata nello stato passivo - indipendentemente dalla sua natura chirografaria o privilegiata, sia essa relativa alla sorte capitale ovvero agli accessori - non può legittimamente trovare accesso in sede di elaborazione del piano di riparto ostandovi la preclusione del menzionato giudicato endofallimentare. Non vale a confutare tale conclusione l'argomento svolto dal reclamante secondo cui “il credito insinuato

al passivo produce interessi di pieno diritto" e, pertanto, gli stessi sarebbero dovuti indipendentemente dall'esistenza di un'esplicita richiesta, posto che - per quanto testé evidenziato - il dato ostativo all'invocato riconoscimento non è rappresentato dall'omessa richiesta, bensì dalla mancata previsione dell'importo specificamente afferente a tale voce nello stato passivo.

Infrangere il suddetto principio equivarrebbe a vulnerare il chiaro dato testuale in precedenza citato, dovendo - pertanto - concludersi per il rigetto del reclamo e l'integrale conferma del provvedimento reso dal G.D."

(C) "succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda".

La formula normativa, che ricalca quella utilizzata per il contenuto dell'atto di citazione dall'art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c., sostituisce il generico riferimento al "titolo da cui il credito deriva" contenuto nel vecchio art. 93, l.f., ed individua con maggior precisione la *causa petendi* del ricorso, vale a dire la ragione obiettiva, di fatto o di diritto, sulla quale è fondata la domanda. Più precisamente, l'esposizione dei fatti è l'allegazione dei fatti costitutivi da cui trae origine il diritto azionato e che, in quanto riconducibili in astratto ad una o più norme, costituiscono appunto la *causa petendi*; l'indicazione degli elementi di diritto è diretta a prospettare tale riconducibilità dei fatti costitutivi allegati ad una o più norme. Come in passato, il creditore dovrà quindi indicare chiaramente la causa del credito del quale domanda l'insinuazione al passivo fallimentare, e quindi, se tale credito ha fonte contrattuale, il negozio giuridico dal quale il credito è sorto (ad esempio, una compravendita), senza potersi limitare a produrre, ad esempio, una semplice fattura.

In relazione all'elemento della *causa petendi*, si è posto il problema se, in caso di insinuazione di un credito cambiario, sia sufficiente il riferimento al solo titolo cartolare, o si renda necessario indicare nel ricorso anche il sottostante rapporto causale sulla base del quale il creditore cambiario ha acquistato il titolo di credito fatto valere nel fallimento dell'obbligato cambiario. Questione che l'orientamento prevalente risolve peraltro secondo la prima delle due alternative indicate, non ravvisando, sotto il profilo in questione, ragioni valide per applicare, nei confronti dell'obbligato cambiario, regole diverse da quelle ordinarie.

(D) “Eventuale indicazione di un titolo di prelazione, anche in relazione alla graduazione del credito, nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale”.

La più articolata formulazione del n. 4 dell'art. 93, introdotta dalla riforma, segna senza dubbio la fine delle incertezze che in passato si erano manifestate a fronte del più generico riferimento alle *“ragioni della prelazione”*, contenuto nel testo previgente della norma in esame.

L'esigenza che la domanda di ammissione al passivo rechi ora l'indicazione del *“titolo della prelazione, anche in relazione alla graduazione del credito”*, impone pertanto che, qualora si affermi titolare di un credito privilegiato o assistito da prelazione, il creditore concorsuale debba espressamente:

- (i) chiedere l'ammissione in via privilegiata, e specificare il tipo di prelazione - privilegio, pegno, ipoteca - richiesta (prima della riforma v. Cass., ss.uu., 10 marzo 1999, n. 115, in *Giust civ. Mass.*, 1999, 530);
- (ii) indicare quale è lo specifico titolo della prelazione richiesta;

- (iii) indicare il riferimento normativo che, in ragione del titolo del credito, determina, sul ricavato della liquidazione, la collocazione del credito insinuato rispetto agli altri crediti, ovvero, quanto meno, gli elementi idonei per attribuire il grado.

Il medesimo n. 4 del novellato art. 93, l.f., richiede inoltre che, in caso di privilegio speciale, il creditore ricorrente indichi nella domanda la “descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita”, in conformità a quanto già ritenuto prima dalla riforma da dottrina e giurisprudenza (v. in proposito Trib. Milano, 21 gennaio 2004, in *Fallimento*, 2004, 820, per il quale “*il riconoscimento del privilegio speciale nella verifica del passivo presuppone l’individuabilità del bene su cui grava la prelazione*”).

La formulazione normativa lascia peraltro aperto il dubbio di cosa debba intendersi per “*descrizione*” del bene sul quale il privilegio speciale sia destinato a realizzarsi. Sembra da escludersi che tale locuzione debba essere interpretata alla stregua di “*esatta individuazione*” del bene gravato.

Un utile criterio di orientamento al riguardo è rinvenibile peraltro in alcuni precedenti della Suprema Corte, la quale, già prima della riforma del 2006, aveva precisato che “*in sede di verifica dello stato passivo fallimentare, affinché possa utilmente richiedersi il riconoscimento di un privilegio speciale non è necessario che il creditore dia l’indicazione di ciascun bene oggetto della causa di prelazione (della cui presenza nel patrimonio del debitore egli potrebbe anche non essere a conoscenza), ma è necessario (e sufficiente) - al fine della specificità della domanda e della garanzia del contraddittorio - che il diritto venga indicato nelle componenti essenziali, di fatto e di diritto, da cui derivino i criteri di individuazione e di determinazione dei beni soggetti alla soddisfazione prioritaria del creditore fruente del privilegio*” (così Cass., 14 gennaio 2004, n. 334, in *Mass. Giur.*

It., 2004; in senso conforme v. Cass., 3 dicembre 1996, n. 10786, in *Fallimento*, 1997, 1073).

Sulla scorta di tali indicazioni giurisprudenziali, sembra dunque ragionevole ritenere necessario e sufficiente, per assolvere l'onere di "descrizione" del bene gravato dal privilegio speciale, che il creditore concorsuale fornisca nel ricorso elementi idonei a rendere quanto meno individuabile detto bene, nell'ambito della più ampia categoria di beni sui quali il privilegio deve essere esercitato.

Diverso problema, rispetto a quello ora illustrato, è se, in caso di privilegio speciale, il creditore che intenda avvalersene debba o meno fornire la prova dell'esistenza dei beni sui quali il privilegio deve essere esercitato, vale a dire se, ai fini dell'ammissione al passivo fallimentare dei crediti assistiti da privilegio speciale, sia necessaria l'effettiva ed attuale esistenza del bene ai fini dell'ammissione al passivo, ovvero se sia possibile ammettere al rango privilegiato il credito, rinviando il controllo sulla sussistenza o meno del bene su quale cade il privilegio alla fase della graduazione dei crediti finalizzata al riparto.

Per la prima soluzione si era espressa, fino ad un recente passato, gran parte della giurisprudenza di merito, la quale aveva affermato che la sussistenza dei beni oggetto della prelazione sia questione da affrontare in sede di accertamento del passivo. Esemplare, in tal senso, Trib. Benevento, 27 aprile 1999 (in *Banca, borsa*, 2000, II, 705), secondo il quale

“il privilegio speciale trova la sua ragione giustificativa non solo nella causa del credito ma anche nell'esistenza dei beni sulla quale esso deve essere fatto valere; quest'ultimo requisito assurge, quindi, ad elemento costitutivo della prelazione e non può essere sottratto alla valutazione dell'organo preposto al riconoscimento del privilegio; il tempo in relazione

al quale deve essere stabilita l'esistenza o meno del bene oggetto del privilegio non può che essere quello dell'apertura del concorso, nonché quello che si protrae da detto momento alla ripartizione dell'attivo; l'organo preposto all'accertamento in questione, sul presupposto del tempo dell'accertamento come innanzi delimitato, non può limitarsi a verificare se il bene o i beni oggetto del privilegio esistono al momento di apertura del concorso; egli deve, altresì, stabilire se a detto momento ricorrono i presupposti che rendono anche soltanto possibile la sopravvenienza del bene medesimo o il suo corrispettivo; egli ammetterà il credito in via chirografaria qualora sia assolutamente certo che il bene oggetto del privilegio (o il suo corrispettivo) non possa venire successivamente ad esistenza; lo ammetterà, invece, in via privilegiata sol che si configuri anche la mera possibilità della sua sopravvenienza, condizionando eventualmente il suo esercizio all'effettiva esistenza del bene”.

Questa è stata ed è ancora l'opinione del Tribunale di Milano, in netto e volontario contrasto con Cass. Sezz. U.U. 20 dicembre 2001 n. 16060, per le quali :

“l'ammissione al passivo fallimentare di un credito in via privilegiata non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, che questi siano già presenti nella massa, non potendosi escludere la loro acquisizione successiva all'attivo fallimentare, con la conseguenza che deve demandarsi alla fase del riparto la verifica della sussistenza o meno dei beni stessi, da cui dipende l'effettiva realizzazione del privilegio speciale”.

Le domande tardive di credito

Secondo quanto dispone ora il novellato primo comma dell'art. 101, L.F., sono invece "*considerate tardive*" le "*domande di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, depositate in cancelleria oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo e non oltre quello di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo*".

Il confronto della nuova disposizione con il vecchio testo dell'art. 101 rende subito evidente che il legislatore delegato ha dunque inteso intervenire, in primo luogo, sulla individuazione del termine iniziale a decorrere dal quale la domanda di ammissione al passivo deve automaticamente qualificarsi come "tardiva", ed il titolare del credito deve, per l'effetto, sottostare alle conseguenze - sul piano del trattamento in sede di riparto - di cui all'art. 112 L.F. Tale termine iniziale viene infatti ora normativamente fissato, a ritroso, nel trentesimo giorno anteriore all'udienza di verifica dello stato passivo, ed anticipato quindi rispetto a quello (chiusura dell'adunanza dei creditori) che, come si è detto, si desumeva in via interpretativa dall'originario impianto della legge fallimentare del 1942.

Il termine di trenta giorni ha carattere perentorio (CANALE), come risulta chiaramente confermato dal nuovo art. 16, comma 2, n. 5, L.F., a mente del quale il Tribunale, con la sentenza dichiarativa di fallimento, "*assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine perentorio di trenta giorni prima dell'adunanza di cui al numero precedente per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione*".

Alcune incertezze interpretative, nel silenzio della legge, potrebbe invece sollevare la questione se, nel caso in cui le operazioni di verifica crediti si articolino in più udienze (come prevedeva espressamente, e prevede tuttora, il quarto comma dell'art. 96), il termine iniziale *de quo* debba essere computato a ritroso dalla prima o dall'ultima di tali udienze. Ma la soluzione corretta sembra senz'altro essere nel primo senso. Se però il Tribunale, prima dell'udienza di verifica fissata nell'udienza di fallimento, l'ha differita con proprio decreto, il termine va computato a ritroso dalla udienza differita.

Quanto al *dies ad quem*: l'art. 101 prevede quindi, al primo comma, che sono tardive le domande di ammissione al passivo depositate non oltre il termine "di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo": termine che, "*in caso di particolare complessità della procedura, il tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, può prorogare*" - prosegue l'inciso finale del medesimo primo comma - "fino a diciotto mesi".

Siamo in presenza, dunque, di un vero e proprio termine decadenziale scaduto il quale opera una presunzione (relativa) di inammissibilità della domanda di insinuazione tardiva, che il creditore "super-tardivo" può superare - come si vedrà in seguito - solo ed in quanto sia in grado di dimostrare che, in concreto, il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile.

La lettera della norma stabilisce che la proroga "*fino a 18 mesi*" può essere disposta con la "*sentenza che dichiara il fallimento*"; ne consegue che non sembra possibile disporla con un provvedimento collegiale diverso da - e successivo a - tale sentenza.

Ma se si accetta l'opinione per la quale sono modificabili con successivo provvedimento collegiale le disposizioni della sentenza di fallimento che riguardano l'organizzazione e lo svolgimento della procedura, si può allora ritenere che il termine di deposito delle domande tardive può essere prorogato dal Tribunale, con provvedimento collegiale successivo, in quanto la relativa disposizione attiene all'organizzazione ed allo svolgimento della procedura.

Dal combinato disposto dagli artt. 101 e 116 L.F. si desume il seguente sistema:

- le domande di insinuazione presentate fino a trenta giorni prima della udienza di verifica dello stato passivo sono tempestive:
- le domande di insinuazione presentate nel periodo intercorrente fra il trentesimo giorno prima dell'udienza di verifica e fino al dodicesimo mese (prorogabile fino al diciottesimo mese) dopo il deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, devono considerarsi tardive, con le conseguenze di cui all'art. 112 L.F.

Le domande c.d. supertardive

L'ultimo comma del novellato art. 101 L.F. dispone, poi, che *“decorso il termine di cui al primo comma e comunque fino a quanto non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare, le domande tardive sono ammissibili se l'istante prova che il ritardo è dipeso da causa a lui*

non imputabile”. Il regime cui sono sottoposte tali domande supertardive è il seguente:

- a) la domanda di insinuazione supertardiva è, in linea di principio, inammissibile, e non può avere spazio alcuno nella procedura concorsuale;
- b) il creditore supertardivo può tuttavia superare - in via eccezionale - la presunzione (relativa) di inammissibilità della sua domanda, solo ed in quanto sia in grado di dimostrare che, in concreto, il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile; qualora assolva a tale onere probatorio, la domanda del creditore supertardivo è ammissibile, e questi ha dunque la possibilità di partecipare al concorso secondo quanto previsto dall'art. 112 L.F.;
- c) la partecipazione al concorso trova tuttavia un limite nell'esaurimento delle ripartizioni dell'attivo fallimentare (riproducendosi così la disciplina in passato contenuta nell'art. 101 L.F.). Per il creditore supertardivo che abbia presentato la sua domanda di insinuazione dopo l'esecutività del riparto finale (*rectius*, dopo la scadenza del termine per l'impugnazione del decreto di esecutività del piano di riparto finale), opera infatti una presunzione assoluta di inammissibilità della domanda, che non può essere superata nemmeno dimostrando la non imputabilità del ritardo. In tal caso, il Curatore potrà eccepire l'intervenuta effettuazione del riparto finale ed il Giudice Delegato dichiarerà senz'altro inammissibile la domanda.

In linea generale e di principio, il ritardo “incolpevole” è quello non dovuto a colpa del creditore e, quindi, non riconducibile a sua incuria, negligenza, trascuratezza o malafede ovvero ricollegabile ad un fatto involontario,

dovuto a forza maggiore, a caso fortuito o ad errore incolpevole di fatto.

In giurisprudenza si è ritenuto che:

- non può essere considerato incolpevole il ritardo nella presentazione della domanda di ammissione al passivo causato dal fatto che vi sia stato un mutamento giurisprudenziale a proposito della necessità di proposizione della domanda da parte dell'istante (Cass., 15 giugno 2006, n. 13830, in Foro II, 2006,1, 3382);
- non versa in una situazione di ritardo imputabile il creditore che, insinuatosi tempestivamente, si sia visto ammettere il proprio credito solo in esito al giudizio di opposizione ex art. 98 L.F. (Trib. Genova 7 giugno 2006 in Fall, 2007, 60);
- deve considerarsi incolpevole il ritardo nella presentazione della domanda di ammissione al passivo proposta dal terzo ai sensi dell'art. 70, comma 4, L.F. (già art. 71 L.F.), a seguito del vittorioso esperimento dell'azione revocatoria da parte della Curatela, in relazione al credito sorto per effetto della restituzione di quanto aveva ricevuto: ciò in quanto detto credito nasce dalla restituzione del bene oggetto dell'atto revocato, sicché il ritardo nell'insinuazione non può, sino a tale momento, essere ascritto a colpa del creditore (in questa direzione v. App. Genova, 7 febbraio 1985, in Fall, 1986, 52; App. Bologna, 4 settembre 1996, in Giur. IL, 1997, I, 2, 282; in dottrina cfr. BONFATTI, DIDONE, CUNEO; v. però, in senso contrario, Trib Napoli 12 maggio 2006 in Fall. 2006, 1446 con nota contraria di TRENTINI).

Secondo Cass. 19 giugno 1996 n. 5662 *“in tema di riscossione delle imposte, l’art. 61, 4° co DPR 29 gennaio 988 n. 43, il quale, integrato con i decreti ministeriali emanati in base alla delega con esso conferita, accorda*

al concessionario del relativo servizio compensi predeterminati (non forfettizzati), pure con riferimento al caso della insinuazione tardiva in procedura concorsuale, non deroga all'art. 101, comma 4 L.F. Ne consegue, in applicazione di quest'ultima norma, che anche detto concessionario sopporta le spese inerenti al ritardo nella presentazione della domanda di ammissione al passivo, ove non ne provi la dipendenza di fatto non imputabile";

- non è imputabile al creditore la tardiva insinuazione relativa a credito sorto per effetto di azione cambiaria di regresso promossa dopo l'esaurimento delle azioni di verifica (BONFATTI; CUNEO).

Il procedimento

Il terzo comma del novellato art. 101, L.F., dispone che *“il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge nelle stesse forme di cui all'articolo 95”*, aggiungendo che *“il curatore dà avviso a coloro che hanno presentato la domanda, della data dell'udienza. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 93 a 99”*.

Come appare chiaro dalla semplice lettura della norma, il legislatore delegato ha infatti completamente assimilato, sul piano procedimentale, le domande tardive a quelle tempestive, perché l'accertamento delle une e delle altre deve avvenire con le medesime forme di cui agli artt. 93 e ss. L.F. Viene dunque completamente superata la struttura trifasica del procedimento di verifica delle domande tardive, che caratterizzava l'impianto normativo previgente, e che contrapponeva una prima fase necessaria, davanti al giudice delegato, avente natura sommaria e *latu sensu* amministrativa (in questi termini Trib. Milano, 12 gennaio 1995, in Fall,

1995, 783, e, da ultimo, Trib. Mantova, 21 febbraio 2006, in www.ilcaso.it), ed una seconda fase, eventuale, destinata a svolgersi dinanzi al Giudice Delegato in veste di giudice istruttore, che dava luogo ad un vero e proprio procedimento giurisdizionale, contenzioso, cognitivo e decisorio (per questa ricostruzione generale v., fra le tante, Trib. Messina, 28 settembre 2004, in Dir. fall., 2005, II, 107).

Nella riforma l'ammissione tardiva e quella ordinaria costituiscono fasi di un medesimo, unitario, procedimento di verifica, del tutto equivalenti sotto il profilo funzionale e strutturale, e differenziate soltanto per quanto attiene al relativo momento di svolgimento.

La presentazione di una domanda di ammissione in via tardiva apre, in altri termini, una vera e propria "mini verifica" [così SALETTI; parla di "secondo procedimento di verifica" DE CRESCIENZO, MATTEI, PANZANI, ASPRELLA], che, in virtù del rinvio espresso agli artt. 93 e ss. L.F., operato dal nuovo art. 101, L.F., si svolge secondo le medesime regole previste per la verifica tempestiva. Ne consegue pertanto che anche la domanda tardiva:

- deve essere presentata in forma di ricorso, il cui contenuto deve rispettare i requisiti minimi richiesti, a pena di inammissibilità, dall'art. 95;
- può essere sottoscritta anche dalla parte personalmente, senza necessità dell'assistenza tecnica di un difensore;
- deve essere depositata in cancelleria, o presentata con le modalità alternativamente indicate dall'art. 93, co. 2, L.F., senza necessità di provvedere - come un tempo - alla immediata notificazione della domanda ed alla successiva iscrizione a ruolo;
- sul piano degli effetti, è assimilata alla domanda giudiziale, essendo parimenti diretta ad ottenere un provvedimento giurisdizionale che

accerti il diritto dell'istante di partecipare al concorso. Sicché, è dal momento in cui viene effettuato il deposito della domanda tardiva, e non più dalla relativa notifica, che si produce l'effetto interruttivo della prescrizione.

Le domande di ammissione ed il contributo unificato

Con circolare del 30 novembre 2006 precisavo che le domande di insinuazione sono di due tipi:

- a. tempestiva, se depositata nel termine perentorio di 30 giorni prima dell'udienza di verifica;
- b. tardiva, se depositata dopo tale termine.

La domanda tempestiva produce gli effetti della domanda giudiziale (art. 94 L.F.).

Gli stessi effetti produce la domanda tardiva, in quanto l'art 101 2° co. ultima parte applica a questa domanda le disposizioni degli artt. da 93 a 99 e, quindi, anche la surriportata disposizione dell'art. 94. In altre parole, malgrado la sua tardività, la domanda ex art. 101 L.F. è trattata come la domanda tempestiva, perché è regolata da tutte le disposizioni (artt. 93 - 99) che disciplinano quest'ultima. Si è esattamente scritto che *“l'ammissione ordinaria e quella tardiva non sono altro che due fasi dello stesso accertamento giurisdizionale, le quali si distinguono solo sul piano temporale, ossia per il momento della procedura in cui operano e non invece dal punto di vista contenutistico e funzionale.”*

Quindi, in forza del rinvio che l'art. 101 fa alle disposizioni degli artt. da 93 a 99 e cioè alla disciplina generale dell'accertamento del passivo, anche la

verifica delle domande tardive avviene secondo le modalità del procedimento camerale, con rito sommario ed ha rilievo meramente endofallimentare.

In pratica, con la presentazione di domande tardive si apre un'ulteriore fase del procedimento di accertamento, analogo a quello relativo alle domande tempestive.

Tanto premesso (in base alla nuova legge fallimentare), va rilevato che, pacificamente, la domanda tempestiva, non dovendo essere iscritta a ruolo, non esige il pagamento del contributo unificato e dell'imposta di bollo.

Quid iuris per la domanda tardiva?

Nella vigenza della vecchia legge fallimentare questa domanda aveva una disciplina diversa da quella domanda tempestiva.

Le domande tardive:

- a) erano tutte quelle presentate dopo il decreto di esecutività dello stato passivo;
- b) non potevano essere presentate dalla parte personalmente, ma richiedevano il ministero di un difensore;
- c) venivano presentate con ricorso, in calce al quale il Giudice Delegato apponeva un decreto con il quale fissava l'udienza per l'esame ed il termine di comunicazione al curatore;
- d) a tale udienza, se il curatore non si opponeva, il Giudice Delegato poteva ammettere il credito con decreto; se, invece, si opponeva, si apriva la fase contenziosa e si radicava un normale giudizio di cognizione destinato a concludersi con sentenza.

La nuova legge fallimentare ha unificato il trattamento giuridico dei due tipi di domande, tant'è che, nel 2° comma ultima parte dell'art 101, è stabilito che alle domande tardive si applicano gli artt. Da 93 a 99 e, quindi, tutte le disposizioni che regolano le domande tempestive.

Da ciò consegue che se le domande tempestive non vanno iscritte a ruolo e non esigono il pagamento del contributo unificato e dell'imposta di bollo, lo stesso trattamento deve operare per le domande tardive.

Va però evidenziato che altra corrente di pensiero reputa, invece, che per le domande tardive debba essere pagato il contributo unificato in misura percentuale, deducendo che esse hanno natura di domanda giudiziale volta all'accertamento di un diritto (ma omettendo di considerare che la stessa natura ha la domanda tempestiva, giusta il disposto dell'art. 94 L.F.).

Sembra quindi conforme alla nuova legge fallimentare, ritenere che le domande tempestive e tardive non scontano il contributo unificato, mentre invece scontano il contributo unificato in misura percentuale se, a seguito di reiezione, si radica il giudizio di impugnazione ex artt. 98 e 99 L.F.

Questa interpretazione è stata condivisa dal Ministero della Giustizia, Ispettorato Generale, Ufficio Studi, con nota del 15 dicembre 2006, prot. n. 372/9/06-6253 in risposta allo specifico quesito posto dal Presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano.

Domande di esecutività dello stato passivo e contestuale fissazione dell'udienza per l'esame delle domande tardive

L'udienza per l'esame delle domande tardive è fissata dal Giudice Delegato su richiesta del curatore nel decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo e va comunicata non soltanto ai creditori tardivi, ma anche a quelli già

insinuati ed ammessi onde consentire anche a questi di opporsi all'ammissione dei crediti tardivamente insinuati (così l'opinione dottrinale prevalente).

La comunicazione deve avvenire nel rispetto del termine previsto dall'art. 95 L.F. di 15 giorni prima della data per l'udienza di verifica.

Pubblico di seguito la scheda di decreto del G.D. di esecutività dello stato passivo e della contestuale fissazione dell'udienza per l'esame delle tardive.

FAC-SIMILE DECRETO ESECUTIVITA' STATO PASSIVO E
FISSAZIONE UDIENZA D'ESAME PER LE TARDIVE

Il G.D. dichiara chiusa la verifica; ordina il deposito dello stato passivo in cancelleria e lo rende esecutivo, manda al curatore le comunicazioni ai creditori dei provvedimenti assunti sulle rispettive domande, informandoli che posso proporre opposizione in caso di mancato o parziale accoglimento delle dette domande;

FISSA

L'udienza del..... ore Per l'esame delle domande tardive già depositate e di quelle che lo saranno entro il

DISPONE

Che il presente provvedimento sia comunicato ai creditori che hanno depositato domande tardive ed a quelli (diversi da quelli che hanno depositato domande tempestive) risultanti dall'elenco dei creditori redatto da esso curatore ai sensi dell'art. 89 L.F.

Milano,

Il Giudice Delegato

In relazione al numero di domande già tardive alla data dell'udienza di verifica delle domande tempestive e delle altre domande che, secondo le previsioni del curatore, è presumibile che siano successivamente depositate, il Giudice Delegato può fissare una o più udienze di verifica delle domande tardive, scadenziandole, possibilmente, in concomitanza con i prevedibili riparti parziali.

Operando in questo modo, o con altra cadenza temporale discrezionalmente prescelta dal Giudice Delegato (e comunque rapportata ai progetti di riparto), sarebbe fra l'altro possibile scongiurare gli inconvenienti cui darebbero luogo le diverse alternative teoricamente ipotizzabili, perché *"da un lato si eviterebbero udienze in numero elevato e di scarso contenuto e comunque non monitorabili da parte di altri creditori eventualmente interessati e dall'altro non si danneggerebbero i creditori tardivi in quanto le loro domande, se ammesse, verrebbero comunque esaminate in tempo per potere partecipare al primo riparto utile"* (ZANICHELLI).

Diverse conclusioni valgono invece per le domande "supertardive", vale a dire per quelle presentate dopo la scadenza del termine dei dodici (o diciotto mesi) successivi al deposito dello stato passivo: poiché tali domande devono, a pena di inammissibilità, essere presentate prima dell'esaurimento

delle operazioni di riparto, le stesse potranno infatti, per definizione, partecipare comunque all'ultimo riparto previsto (LAMANNA). In relazione alle istanze supertardive riprende quindi vigore il tradizionale modello "atomistico" di verifica (PERROTTI) nel senso che il Giudice Delegato provvederà a fissare, per il relativo esame, un'unica udienza in prossimità dell'ultimo progetto di riparto cui detti creditori avrebbero diritto di concorrere.

La legittimazione a proporre la domanda tardiva. La "novità" del credito.

Il legislatore del 1942 aveva cura di precisare (art. 101, comma 3, L.F.) che il credito di cui si domanda l'ammissione in via tardiva deve essere "nuovo". Tale specificazione non è stata riprodotta nel nuovo testo dell'art. 101, ma ciò non significa certamente che, nel nuovo sistema, sia venuto meno la regola generale, in base alla quale in nessun caso il creditore può ricorrere alla domanda in via tardiva per insinuare un credito che sia già stato oggetto di insinuazione in via tempestiva, trattandosi di una conseguenza riconducibile al più ampio principio dell'effetto preclusivo prodotto dall'acquisita definitività del decreto di esecutività dello stato passivo, in forza del quale *"l'ammissione ordinaria e quella tardiva al passivo fallimentare (principio estendibile anche alle insinuazioni tardive in progressione successiva) sono altrettante fasi di uno stesso accertamento giurisdizionale, sicché, rispetto alla decisione concernente una insinuazione tardiva di credito, le pregresse decisioni, riguardanti la insinuazione ordinaria, hanno valore di giudicato interno e quindi un credito, per potere*

essere insinuato tardivamente, deve essere diverso, in base al criteri del petitum e della causa petendi, da quello fatto valere nella insinuazione ordinaria" (così, da ultimo, Cass., 31 marzo 2006, n. 7661, in Fall, 2006, 1334; in senso conf., fra le tante, Cass., 19 febbraio 2003, n. 2476, in Fall, 2004, 398; Cass., 2 novembre 2001, n. 13590, in Fall. 2002, 727; Cass., 29 settembre 1999, n. 10873, in Fall., 2000,1247). Da questo principio generale e consolidato discende che non sono “nuove” e, quindi non possono essere fatte valere in via tardiva:

1) le domande fondate su ragioni giuridiche diverse da quelle proposte in via tempestiva, perché il provvedimento giudiziale emesso copre - come si è visto - non solo il dedotto, ma anche il deducibile, vale a dire *“l'insieme delle ragioni giuridiche che, pur non essendo state fatte valere in causa in modo specifico, tuttavia avrebbero potuto - o dovuto - esserlo, in via di azione o di eccezione”* (BONFATTI, Trib. Roma, 12 luglio 2001, in Fall., 2001, 1283; Trib. Vicenza, 15 giugno 1988, in Fall, 1989, 416; Trib. Milano, 16 luglio 1979, in Giur. comm., 1980, II, 987);

2) le domande aventi ad oggetto accessori (interessi e rivalutazione) non richiesti con la domanda tempestiva relativa al capitale, ed a quel momento già maturati. Ciò, in considerazione dell'accessorietà degli interessi al credito per il capitale, che ne rappresenta la connotazione tipica, e che scaturisce dall'unicità del titolo da cui entrambi provengono: accessorietà la quale rende i due crediti omogenei, e, in chiave processuale, determina la condivisione della medesima *"causa petendi"* (Cass., 19 febbraio 2003, n. 2476, cit; nella giurisprudenza di merito v. Trib. Padova, 19 gennaio 2000, in Fall, 2000, 915; Trib. Messina 25 ottobre 1999, in Fall, 2000, 454; Trib. Cassino 29 novembre 1999, ibidem; Trib. Cagliari, 9 dicembre 1998, in Riv. giur. sarda, 2000, 779; Trib. Napoli, 22 dicembre

1997, in Gius, 1998, 886, per il quale "*è inammissibile l'istanza di insinuazione tardiva al passivo avente ad oggetto il riconoscimento degli interessi e della rivalutazione relativi ad un credito per retribuzioni dovute in dipendenza di un rapporto di lavoro subordinato già ammesso al passivo in sede di verifica*");

3) le domande che fanno valere una mera differenza quantitativa o una diversa connotazione causale del medesimo credito azionato in via tempestiva (v. ad es. Trib. Milano 18 settembre 2000, in Fall, 2001, 232, per il quale "*il credito, perché possa essere insinuato in via tardiva, deve essere diverso da quello fatto valere in via tempestiva e tale non è quello che presenta un differente dato quantitativo, oppure un'altra qualificazione giuridica*"; analogamente Trib. Ascoli Piceno, li maggio 2001, in Dir. e lav. Marche, 2002, 256, secondo il quale "*l'insinuazione tardiva ai sensi dell'art. 101 legge fall. è inammissibile per crediti, non azionati con precedente insinuazione tardiva, ma dipendenti dallo stesso titolo*").

Prelazione o migliore prelazione chiesta in via tardiva

Il caso certamente più dibattuto in dottrina e più spesso sottoposto al vaglio della giurisprudenza è quello del creditore il quale, dopo aver ottenuto durante la fase ordinaria di formazione dello stato passivo l'ammissione del proprio credito in via chirografaria o in via privilegiata, ripresenti tardivamente una dichiarazione intesa ad ottenere la collocazione del credito, rispettivamente, in privilegio o con un grado di privilegio superiore al precedente.

È bene chiarire immediatamente che i dubbi sono stati avanzati unicamente con riferimento all'ipotesi in cui il creditore nella fase precedente non abbia

chiesto la collocazione del proprio credito al rango privilegiato, ovvero non abbia espressamente indicato un particolare grado di privilegio e che successivamente richieda un accertamento sulle corrispondenti caratteristiche della sua ragione creditoria, senza che in precedenza il giudice delegato si sia espressamente pronunciato sul punto. È, infatti, fuori discussione che, in tutti i casi in cui la specifica richiesta dell'istante di ottenere il riconoscimento del grado privilegiato - ovvero di un particolare grado di privilegio - sia stata disattesa in sede di formazione del passivo, l'unico rimedio per rimuovere eventualmente la pregiudizievole situazione è costituito dal ricorso in opposizione allo stato passivo ai sensi dell'art. 98 L.F., con la conseguente, assoluta preclusione della possibilità di rinnovare l'istanza ai sensi dell'art. 101 L.F..

Ritornando al caso in precedenza indicato (creditore ammesso al passivo, che ripresenti domanda tardiva intesa ad ottenere il riconoscimento del privilegio o di un privilegio di grado pozione), occorre rilevare che, secondo un primo indirizzo interpretativo (PROVINCIALI, 1974, 1502; Trib. Udine, 5 marzo 1970, in Dir. fall., 1970, II, 693), non vi sarebbe valido motivo per escludere il creditore dalla possibilità di insinuarsi tardivamente, poiché, in sostanza, sull'esistenza di una causa di prelazione, ovvero sulla legittimità del riconoscimento di un certo grado di privilegio, non si sarebbe formato giudicato alcuno, essendo mancato un qualsivoglia provvedimento. L'opinione contraria - e senz'altro preferibile - è ormai sostenuta dalla parte più cospicua della letteratura e dalle Corti (CUNEO, FERRARA-BORGIOLI, RUSSO, Cass., 27 aprile 1979, n. 2438, in Giust. Civ., 1980,1, 240; Trib. Cagliari, 9 dicembre 1998, cit).

Casistica

La giurisprudenza ha deciso che:

- è legittima l'ammissione tardiva al passivo di un credito da soprattassa vantato dall'amministrazione finanziaria che già risultava precedentemente insinuata al passivo in via ordinaria per i crediti da omesso versamento IVA (Cass., 2 novembre 2001, n. 13590, in Fall, 2002, 727, la quale ha precisato che, mentre il tributo è riferito all'operazione commerciale da esso presupposta, pena pecuniaria e soprattassa da omesso versamento hanno radice nel mancato, ritardato o insufficiente adempimento e, attese la funzione afflittiva e non risarcitoria, non partecipano della natura del tributo stesso; in senso conf. Cass., 5 luglio 2000, n. 8965, in Guida al dir., 2000, fase. 37, 26; fra le corti di merito v. Trib. Roma, 13 settembre 1999, in Dir. e prat. soc, 2000, fase. 3, 77, per il quale "*l'ammissione al passivo per un credito di imposta non esclude la successiva richiesta, ex art. 101 L.F. riguardante sanzioni accessorie e interessi in quanto la presentazione della domanda non copre anche il deducibile*"; Trib. Milano, 14 maggio 1990, in Dir. fall, 1991, II, 107, secondo cui "*il credito per pene tributarie può essere ammesso al passivo (in via chirografaria) successivamente al credito per i tributi cui quelle pene ineriscono*");
- l'ammissione al passivo, sulla base di cambiali, di una parte del credito, rappresentato sin dall'origine da un certo numero di cambiali di identico importo, ma con diverse scadenze mensili, non preclude l'insinuazione tardiva del restante credito sulla base delle ulteriori

cambiali non azionate (Cass., 11 maggio 2001, n. 6543, in Fall, 2002,166);

- è inammissibile la domanda di insinuazione tardiva di un credito consistente nelle spese sostenute in un giudizio di esecuzione anteriore al fallimento quando la stessa domanda, anche se per un importo inferiore, è già stata respinta in sede di verifica dei crediti e nella successiva opposizione allo stato passivo (Trib. Roma, 30 giugno 1995, in Gius, 1996, 82);
- è inammissibile la domanda tardiva di crediti retributivi insinuati tempestivamente, relativa ad una ulteriore frazione di credito non fatta valere in fase di verifica (Cass., 21 maggio 1988, n. 3535; Cass., 12 aprile 1979, n. 2164; App. Bari, 31 maggio 1986; Trib. Milano, 25 novembre 1984; Trib. Milano, 4 dicembre 1975); è invece ammissibile, in quanto fondata su una *causa petendi* nuova rispetto a quella fatta valere in sede di verifica tempestiva, la richiesta tardiva di crediti contributivi per periodi temporali diversi da quelli considerati in sede di domanda tempestiva (Trib. Milano, 16 luglio 1979), così come la richiesta tardiva di crediti d'imposta per annualità più recenti di quelle considerate in sede tempestiva (MONTANARI, 1996,893).

Crediti azionati tempestivamente ma non giudicati nel merito

Rientrano in tale categoria, e sono generalmente considerate ammissibili, le domande tardive relative a crediti che hanno formato oggetto di insinuazione tempestiva, che però è stata respinta dal Giudice Delegato per ragioni processuali, senza scendere ad una valutazione nel merito della

richiesta. Tali sono considerati, in particolare, i crediti insinuati tempestivamente e respinti in ragione di vizi di nullità formale della domanda (SCHIAVON, 1990, 946; Trib. Massa, 1° aprile 1999, in Nuova giur. ligure, 1999, fase. 3, 36), di difetto di legittimazione attiva - *ad causam* o formale - del ricorrente (RAGUSA MAGGIORE, PROVINCIALI, 501; Trib. Napoli, 21 ottobre 1968; Trib. Milano, 14 ottobre 1986), di irregolarità fiscale della domanda o dei documenti alla stessa allegati (Trib. Milano, 4 aprile 1974).

È parimenti fuori discussione il diritto del creditore a riproporre in forma tardiva la domanda già presentata nella precedente fase, che tuttavia non sia stata esaminata per avervi egli stesso rinunciato, con effetto solo processuale e senza alcuna abdicazione al diritto sostanziale (FERRARA, PAOLETTI, Trib. Torino, 23 aprile 1990; v. però, in senso contrario, per il caso di rinuncia alla domanda tardiva, Cass., 25 settembre 1998, n. 9616).

Sono invece considerate inammissibili le domande tardive relative a crediti che, pur tempestivamente insinuati, siano stati esclusi per insufficiente o carente documentazione di supporto, dal momento che tale esclusione equivale sostanzialmente ad un rigetto nel merito della domanda (Cass., 4563/1988).

FAC-SIMILE

All'Onorevole

TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI.....

Sezione..... Civile - Fallimentare

Fallimento..... n.....

G.D.: dott.

Curatore: dott.

DOMANDA DI AMMISSIONE AL PASSIVO

La scrivente, _____, con sede in, _____, _____, C.F. e P.I. _____, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ovvero Lo scrivente, residente in _____, _____, cod. fisc. _____, elett. dom. presso lo studio _____ in Milano, [*difeso e assistito per delega a margine/in calce al presente atto dall'avv. _____, con studio in _____, _____, presso il quale elegge domicilio ai fini del presente procedimento*], numero di fax _____ e/o di posta elettronica _____ ove dichiara di voler ricevere le comunicazioni di cancelleria,

premessa

1) Il ricorrente è creditore nei confronti della società fallita in forza delle seguenti fatture (all. 1):

fattura n. _____ del _____ di €

fattura n. _____ del _____ di €

totale

Il credito risulta altresì dall'estratto delle scritture contabili e/o dai documenti di trasporto debitamente firmati (ali. *Ibis*).

Overo

Il ricorrente è creditore nei confronti della società fallita in forza di cambiali (o assegni) protestati qui di seguito descritti e che si allegano (ali. 1); L'importo complessivo del credito vantato per somma capitale è pari a €

Overo

Il ricorrente è creditore nei confronti della società fallita per prestazioni professionali svolte nell'interesse della società, come da note professionali e da documenti che si producono (all. 1). L'importo complessivo del credito vantato per somma capitale è pari a €

Overo

Il ricorrente è creditore nei confronti della società fallita per retribuzioni dovute e indennità maturate in forza del contratto di lavoro sottoscritto in data _____, (*ovvero per provvigioni maturate in forza di contratto di agenzia*), come da documenti che si producono (all. 1).

L'importo complessivo del credito vantato per somma capitale è pari a €

Overo

2) Il ricorrente, stante il mancato pagamento, ha richiesto e ottenuto dal Tribunale di decreto ingiuntivo n. _____, r.g. _____, per l'importo di € _____ per capitale, € _____ per interessi, € _____ per spese liquidate.

3) Il decreto ingiuntivo è stato emesso provvisoriamente esecutivo in quanto (*ovvero ad esso è stata apposta formula esecutiva in data*) (all. 2).

4) Il ricorrente, stante il mancato pagamento nonostante la notifica del decreto ingiuntivo e dell'atto di precetto, ha poi instaurato procedura esecutiva nei confronti della società debitrice, ottenendo pignoramento positivo sui beni della società fallita per

il complessivo valore di € _____, come da verbale che si produce (all. 3).

5) L'udienza di verifica dei crediti è fissata per il giorno _____ 200 e dunque il termine per la presentazione del presente ricorso ex art. 93, co. 1, legge fall, non è ancora spirato.

Tutto ciò premesso il ricorrente

dichiara

di essere ad oggi creditore della società fallita per la somma di Euro _____ per le causali di seguito meglio specificate e come risultante da tutta la documentazione in tale sede prodotta. Tutto quanto sopra dichiarato, il ricorrente

chiede

ai sensi dell'art. 96 L. fall., di essere ammesso al passivo della procedura e di essere quindi riconosciuto creditore come segue:

- in via di prededuzione, per l'importo di € _____, oltre interessi maturati ai sensi di legge pari a € _____;
- in via privilegiata, per l'importo di € _____ per credito capitale ex art. 2755 e ss. cod. civ., oltre a € _____ per interessi legali maturati dal _____ alla data di dichiarazione di fallimento, oltre interessi successivi ai sensi di legge. Ai sensi dell'art. 2777, co. 1, cod. civ., il privilegio per tale credito deve essere considerato di primo grado;
- in via privilegiata, per l'importo di € _____ per credito capitale ex art. 2751 bis, n. _____, cod. civ., oltre a € _____ per rivalutazione monetaria al _____ oltre a € _____ per interessi maturati dal _____ alla data di dichiarazione di fallimento, oltre interessi e rivalutazione successivi ai sensi di legge; a norma dell'art.

2777, co. 2, cod. civ., il privilegio per tale credito deve essere considerato di secondo grado;

- in via privilegiata, per l'importo di € _____ per _____.

Ai sensi dell'art. 2777, co. 2, cod. civ., il privilegio per tale credito deve essere considerato di _____ grado;

- in via chirografaria, per l'importo di € _____, oltre interessi maturati dal.....

alla data della sentenza di dichiarazione di fallimento.

Si produce prospetto di calcolo degli interessi così come sopra richiesti (all. 4).

Si dichiara la disponibilità (ovvero si segnala che il creditore è disponibile) ad assumere l'incarico di membro del comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 40 legge fall.

* * *

Si producono i seguenti documenti, o si riserva di produrre i seguenti documenti nel termine di cui all'art. 93, co. 7, legge fall.:

1) fatture nnrr. ____/ cambiali _____/ note professionali _____/
contratto di lavoro _____ / contratto di agenzia;

Ibis) estratto dalla scritture contabili e/o documenti di trasporto debitamente firmati;

2) decreto ingiuntivo n. _____ del _____;

3) atto di precetto e verbale di pignoramento del _____;

4) prospetto di calcolo degli interessi.

.....

(firma)

Le domande di rivendica e di restituzione

Il novellato art. 103 L.F. dispone che:

“Ai procedimenti che hanno ad oggetto domande di restituzione o rivendicazione, si applica il regime probatorio previsto nell'articolo 621 del codice di procedura civile. Se il bene non è stato acquisito all'attivo della procedura, il titolare del diritto, anche nel corso dell'udienza di cui all'articolo 95, può modificare l'originaria domanda e chiedere l'ammissione al passivo del controvalore del bene alla data di apertura del concorso. Se il curatore perde il possesso della cosa dopo averla acquisita, il titolare del diritto può chiedere che il controvalore del bene sia corrisposto in prededuzione.”

Il nuovo art. 103 L.F. prende in considerazione unitariamente due tipologie di domande proponibili da terzi:

- a) la domanda di **rivendicazione** che si basa sul presupposto di un diritto di proprietà, o di un diritto reale minore del richiedente ed ha come finalità il recupero del possesso del bene mobile;
- b) la domanda di **restituzione** che si basa sul presupposto di un contratto di natura obbligatoria, indipendentemente e prescindendo dalla proprietà del richiedente; la finalità è la medesima della domanda di rivendicazione.

L'art. 103 L.F. *ante* riforma prevedeva anche una «domanda di separazione». Tale domanda si basava sul presupposto di un diritto di proprietà o di un contratto di natura obbligatoria; la finalità era quella di sottrarre i beni mobili all'esproprio ed alla successiva vendita fallimentare, senza chiederne l'immediata restituzione. Probabilmente, la mancata previsione nell'art. 103

novellato di una domanda di separazione va ravvisata nel fatto che, dal combinato disposto degli artt. 103 e 93 L.F., il terzo possa avanzare una domanda di restituzione con contestuale richiesta di sospensione della liquidazione di beni oggetto della domanda.

Nella nuova legge fallimentare, le domande di restituzione e di rivendicazione possono avere ad oggetto beni mobili, immobili e diritti reali immobiliari (v. artt. 92 e 93 L.F.).

Anche queste domande sono assoggettate al procedimento di verifica dei crediti che diventa, dunque, l'unico strumento per separare i beni rivendicati o chiesti in restituzione da quelli inventariati ed appresi dal curatore.

Sono quindi inammissibili o improcedibili nel fallimento i sequestri conservativi o giudiziali, i ricorsi in via possessoria, i ricorsi ex art. 700 c.p.c., le azioni costitutive o di mero accertamento del diritto di proprietà o alla restituzione di beni inventariati ed appresi dal curatore.

Le domande di cui all'art. 103 L.F. presuppongono che i beni, oggetto delle stesse, siano stati inventariati ed appresi dal curatore. Non può quindi trovare accoglimento la domanda di rivendica o restituzione di un bene non acquisito dal curatore. Se il bene è stato ceduto a terzi prima del fallimento, il diritto alla restituzione si converte in diritto di credito; quindi, il titolare del diritto, anche nel corso dell'udienza di cui all'art. 95, può modificare l'originaria domanda e chiedere l'ammissione al passivo in via chirografaria del controvalore del bene, determinato alla data della sentenza di fallimento. Se il curatore, dopo l'inventariazione del bene, ne perde il possesso, il titolare del diritto può chiedere che il controvalore del bene sia corrisposto in prededuzione.

Il procedimento di cui all'art. 103 non può essere utilizzato per la rivendicazione, restituzione o separazione di crediti facenti parte dell'attivo

del fallimento; può esserlo, invece, se il bene oggetto della richiesta è un *titolo di credito* (cambiali, assegni, obbligazioni, titoli di debito pubblico, ecc.), inteso come *res*; il procedimento in esame, non può essere utilizzato per la rivendicazione, restituzione o separazione di cose fungibili (ed, in particolare, di somme di denaro entrate e confuse nel patrimonio del fallito).

Nell'ipotesi di **vendita di un bene con riserva di proprietà**, il venditore con patto di riservato dominio può, in via alternativa, chiedere l'ammissione al passivo delle rate insolute del prezzo oppure la restituzione della cosa oggetto della vendita, eventualmente trattenendo le rate già riscosse a titolo di indennità ai sensi dell'art. 1526, secondo comma del codice civile, qualora ciò sia convenuto nel contratto, salva la facoltà del giudice di ridurre l'indennità spettante.

In caso di rivendicazione di una cosa detenuta dal fallito, ove il curatore faccia valere in via riconvenzionale un credito verso il proprietario, la restituzione della cosa riconosciuta di proprietà *del* rivendicante non può, in difetto di espressa previsione legale di un diritto di ritenzione, essere condizionata all'esecuzione dell'obbligazione oggetto della domanda riconvenzionale (Cass. 22 ottobre 1993 n. 10482).

Per quanto concerne le **intestazioni fiduciarie**, opera il principio della separazione dei valori mobiliari affidati dal privato ad una fiduciaria (pur in mancanza di una specifica «individuazione» di detti beni) rispetto al patrimonio proprio della società, sempre che l'esistenza del rapporto fiduciario risulti da una scrittura avente data certa, e la sua riferibilità ai titoli formalmente intestati alla fiduciaria - sia pure in termini meramente quantitativi - sia del tutto inequivoca, sostanziandosi il rapporto intercorrente tra società fiduciaria e fiducianti nella mera intestazione, alla prima, di beni appartenenti, effettivamente, ad altri proprietari. Ne consegue che al

fiduciante va riconosciuto il diritto di far valere, nei confronti degli organi della eventuale procedura concorsuale *medio tempore* instauratasi nei confronti della società, il diritto alla restituzione dei beni in precedenza ad essa affidati, dovendo ritenersi, all'uopo, sufficiente la dimostrazione di una situazione idonea ad impedire che la cosa della quale si reclami la restituzione si sia confusa con il patrimonio del fallito, per essere entrata a far parte di sua proprietà. Pur occorrendo, infatti, in linea di principio - perché si realizzi una situazione siffatta - che la *res* sia «determinata» nella sua specifica e precisa individualità, non va dimenticato che, per l'acquisto della proprietà da parte di chi riceve in deposito una quantità di denaro o di altre cose fungibili, è pur sempre necessario che, alla semplice detenzione, si aggiunga (quantomeno implicitamente) la facoltà di servirsi di tale bene, non essendo la sua natura fungibile sufficiente, di per sé sola, a determinare il prodursi di tale effetto. Ciò posto si rileva che le società fiduciarie, non potendo disporre o, comunque, utilizzare nel proprio interesse i beni loro affidati, risultano, in concreto, mere depositarie di beni costituenti una massa patrimoniale distinta, a tutti gli effetti, dal loro personale patrimonio e, come tale, sottratta alle azioni esecutive degli eventuali creditori. Il permanere, in capo ai fiducianti, della proprietà sui beni affidati alla fiduciaria è, così, sufficiente a giustificare l'accoglimento, da parte degli organi deputati alla procedura concorsuale, della domanda di restituzione dei titoli avanzata *ex art. 103 legge fallimentare* (Cass. 14 ottobre 1997 n. 10031).

Domanda di rivendicazione

La domanda di rivendicazione è quella che ha per fondamento il diritto *attuale* di proprietà del terzo.

Presupposto di tale azione è che le cose che si rivendicano siano possedute dal fallito alla data di dichiarazione di fallimento. Di qui la conseguenza che se tale possesso manca, l'istante avrà diritto all'equivalente in denaro che dovrà però insinuare al passivo del fallimento, in via chirografaria, nelle forme previste dall'art. 92 1. fall.

Domanda di restituzione

La domanda di restituzione prescinde dalla preesistenza di un diritto reale del terzo che può anche non esistere. Essa si fonda su un contratto di natura obbligatoria (deposito, comodato, locazione, ecc.); di talché l'attore in restituzione non deve provare il suo diritto di proprietà sul bene (che può anche non sussistere) bensì solo il rapporto obbligatorio in forza del quale il fallito è tenuto alla restituzione di quel bene. L'art. 87 bis, co. 1 e 2 introdotto dall'art. 73 d.lgs. 5/06 in materia di particolari ipotesi di beni inventariati, prevede la possibilità per i titolari di diritti reali o personali su beni mobili (quindi con esclusione dei beni immobili) di procedere a una domanda di restituzione dei beni in via semplificata, domanda prevista «*in deroga a quanto previsto dall'art. 103*». Tale domanda è proponibile in relazione ai diritti «chiaramente riconoscibili». In tal caso il Curatore è esonerato dall'inventario di tali beni (art. 87 bis, co. 2).

FAC-SIMILE

All'Onorevole

TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI

Sezione ... Civile - Fallimentare

Fallimento..... n.....

G.D.: dott.

Curatore: dott.

DOMANDA DI RESTITUZIONE O RIVENDICA

La scrivente, _____, con sede in, _____, C.F. _____ e P.I. _____, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ovvero Lo scrivente, residente in _____, _____, cod. fisc. _____, elett. dom. presso lo studio _____ in _____ [difeso e assistito per delega a margine/in calce al presente atto dall'avv. _____, con studio in _____, _____, presso il quale elegge domicilio ai fini del presente procedimento], numero di fax _____ e/o di posta elettronica ove dichiara di voler ricevere le comunicazioni di cancelleria,

premessa

- 1) Il ricorrente è proprietario dei seguenti beni mobili, come da elenco allegato (all. 1):
- 2) Il ricorrente aveva trasferito/dato in uso tali beni presso la sede della società in quanto _____
- 3) Il ricorrente è il proprietario esclusivo di tali beni come risulta dalla documentazione che si produce (all. 2).
- 4) Il ricorrente intende riacquisire il possesso dei beni mobili sopra elencati.
- 5) Il valore dei suddetti beni è pari a € _____, come da documentazione allegata (all. 2 ovvero all. 3 se vi è una perizia).
- 6) L'udienza di verifica dei crediti è fissata per il giorno e dunque il termine per la presentazione del presente ricorso ex art. 93, co. 1, L. fall., non è

ancora spirato.

* * *

Tutto ciò premesso, il ricorrente, formula

istanza

di rivendicazione e restituzione dei beni mobili sopra elencati ex art. 93 e 103 L. fall., e chiede che venga sospesa la vendita degli stessi ove già disposta.

In via subordinata

nel caso di mancata acquisizione dei suddetti beni e di parte di essi all'attivo fallimentare, formula

istanza

di ammissione al passivo del controvalore del/i bene/i non rinvenuti per l'importo risultante dalla documentazione allegata.

Limitatamente a tale ultima ipotesi dichiara la propria disponibilità (*ovvero segnala che è disponibile*) ad assumere l'incarico di membro del comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 40 legge fall.

Si producono i seguenti documenti o si riserva di produrre i seguenti documenti nel termine di cui all'art. 93, co. 7, L. fall.:

- 1) elenco dei beni
- 2) documenti attestanti la titolarità
- 3) perizi

(firma)

Il regime probatorio della domanda ex art. 103 L.F.

L'art. 103 L.F., recependo un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale dispone che *“ai procedimenti che hanno ad oggetto le domande di restituzione o separazione, si applica il regime probatorio previsto nell'art. 621 c.p.c.”*, il quale, com'è noto, stabilisce che: *“Il terzo opponente non può provare con testimoni il suo diritto sui beni mobili pignorati nella casa o nell'azienda del debitore, tranne che l'esistenza del diritto stesso sia resa verosimile della professione o del commercio esercitati dal terzo o dal debitore.”*

In altre parole, l'inventariazione del bene, da parte del curatore, nella abitazione o nell'azienda del fallito, fanno presumere, salvo prova contraria, che il bene sia di sua proprietà.

Per vincere tale presunzione ed ottenere la riconsegna del bene il terzo che agisce in rivendica deve dimostrare con atto scritto di data certa non solo la titolarità della proprietà del bene ma anche, entro gli stessi limiti, l'affidamento del suddetto bene al debitore. Nel qual caso può avvenire che la prova dell'affidamento risulti dal medesimo documento con il quale si è dimostrata la proprietà (ad esempio nel caso dell'atto di vendita con riserva della proprietà dal quale emerge anche il titolo in base al quale l'acquirente ha iniziato a detenere il bene), ma è evidente che il proprietario del bene, che lo abbia affidato al fallito in forza di un titolo autonomo, non può limitarsi a dimostrare l'acquisto della proprietà dal precedente venditore (ad esempio attraverso la produzione dell'atto di vendita).

Quando il terzo si limita a far valere il proprio diritto alla restituzione del bene, per l'accoglimento della domanda è invece sufficiente la dimostrazione per iscritto e con atto di data certa anteriore al fallimento, l'esistenza del

rapporto obbligatorio in base al quale il fallito è stato immesso nel possesso o nella detenzione del bene (così ad esempio nel caso di locazione o deposito sempre tenendo conto che il divieto di prova testimoniale non opera quando si tratta di diritti che appaiono verosimili in base alla professione o commercio del fallito o del ricorrente. Statuisce il S.C.:

“Il giudizio di rivendicazione (così come quello di restituzione e separazione) di beni del fallito instaurato a norma dell'art. 103 l. fall, soggiace - attuando la dichiarazione di fallimento un sostanziale pignoramento dei beni del fallito - alla disciplina delle opposizioni di terzo all'esecuzione (artt. 619 e 621 c.p.c), con conseguente inibizione della prova orale del diritto altrui su quei beni e conseguente obbligo, per il rivendicante, di fornire prova documentale del proprio assunto mercè la produzione di un atto recante data certa anteriore all'apertura del fallimento. A tale regime di limitazione probatoria si perviene - d'altronde - anche in ragione dell'analogo regime previsto in tema di ammissione al passivo dei crediti, atteso che tanto l'azione di rivendica, quanto quella diretta all'insinuazione al passivo del credito, producono la riduzione delle aspettative di soddisfacimento della massa concorsuale, nell'un caso diminuendo l'attivo, nell'altro allargando l'area del concorso, ponendosi, rispetto ad essa - e, quindi, nei confronti della curatela - come iniziative di terzi, al pari dell'iniziativa di chi pretendendo di avere diritti reali sui beni pignorati, tende a sottrarli all'espropriazione, ed atteso, ancora, che tanto l'accertamento dei diritti reali quanto la verifica dei crediti si svolgono parallelamente nel tempo e nel rito, in consonanza con la funzione essenziale del procedimento concorsuale di determinazione della massa attiva e di quella passiva, ai fini del riparto ai creditori ” (Cass. civ., 19 marzo 2003, n. 4043).

È ugualmente consolidata l'opinione del S.C. per la quale il terzo opponente

che coabiti col debitore o comunque divida con lui a parità di condizioni la detenzione dei beni nel luogo in cui il pignoramento è stato legittimamente eseguito, è onerato soltanto di provare l'acquisto della proprietà e non anche l'affidamento dei beni al debitore; ciò, in considerazione dell'uguale relazione materiale con la cosa che non consente di dare prevalenza di significato alla detenzione del debitore (Cass., 15 febbraio 1971, n. 377); ovvero per il fatto che la detenzione del debitore trova titolo sufficiente nel rapporto di convivenza (Cass., 18 maggio 1977, n. 2040); ovvero - ancora - perché il diritto del terzo convivente lo legittima a tenere cose di sua proprietà esclusiva nella casa del debitore (Cass., 3 luglio 1978, n. 2780).

Ordinariamente l'acquisto della proprietà dei beni che il terzo opponente deduce in giudizio è a titolo derivativo; ciò di per sé implicherebbe l'ulteriore prova del diritto di proprietà del dante causa fino a risalire ad una proprietà acquistata a titolo originario (la c.d. *probatio diabolica*); soccorre peraltro il noto disposto dell'art. 1153 c.c. sull'efficacia sanante dell'acquisto del possesso in buona fede (la quale è presunta, ex art. 1147 ult. comma c.c.), per cui l'acquisto a titolo derivativo è sufficiente, se risulti - o non sia contestato - che il terzo abbia avuto, al momento della produzione dell'effetto reale del negozio di trasferimento della proprietà, il possesso pieno della cosa. Nel caso in cui il terzo opponente deduca di aver comprato i beni dal debitore (o da un suo convivente) al contempo lasciandone al venditore la detenzione (*constitutum possessorium*), l'opposizione deve essere rigettata *per difetto di prova dell'acquisto della proprietà*, mancando sia la prova della proprietà del dante causa, sia quella del possesso (« corpore » oltre che « animo », poiché solo il possesso pieno è sanante ai sensi del citato art. 1153 c.c.).

È frequente il caso che nel verbale di pignoramento i beni siano descritti in modo diverso da come lo sono nelle scritture prodotte dal terzo, se si tratti degli stessi beni, o che, comunque, sull'identità fra beni costituenti oggetto del diritto come documentato dal terzo e beni pignorati sorga contestazione. In proposito la Corte di Cassazione, che aveva adottato una giurisprudenza favorevole all'ammissibilità - ai soli fini di accertare quell'identità - della prova testimoniale (Cass., 21 luglio 1966, n. 1981; Cass., 16 febbraio 1968, n. 3999; Cass., 1° luglio 1969, n. 2423) ha fatto poi marcia indietro (Cass., 6 aprile 1983, n. 2419) affermando che «*non è possibile superare con una prova testimoniale o presuntiva l'eventuale difformità descrittiva in quanto ciò significherebbe inidoneità della prova documentale ed assolvimento dell'onere probatorio a mezzo di testimoni o presunzioni*» (v. anche Cass., 29 agosto 1994, n. 7564).

L'ultima parte dell'articolo in esame consente al terzo opponente di provare il suo diritto con ogni mezzo, relativamente a beni pignorati «*nella casa o nell'azienda del debitore*», se l'esistenza del diritto stesso sia resa verosimile dalla professione o dal commercio esercitati dal terzo o dal debitore. Mutuo da Corsaro-Bozza le considerazioni ed esemplificazioni che seguono: «La norma è applicabile in situazioni varie, unificate dall'esistenza di un rapporto fra terzo e debitore (o persona con questo convivente o condetentore dei beni), collegata all'esercizio di un'attività professionale o commerciale, comunque avente contenuto e finalità diverse o ulteriori, e valenza autonoma, rispetto al mero affidamento dei beni al debitore (o convivente, ecc.), ma che implica quell'affidamento; ovvero da un rapporto che pur avendo come oggetto immediato tale affidamento, lo realizzi usualmente con molti soggetti, a titolo oneroso, costituendo l'oggetto di una diffusa attività commerciale. Un esempio della prima situazione,

anche se ormai desueta, è quello del debitore che abbia residenza e dimora abituale, come prestatore di lavoro domestico, nella casa del datore di lavoro; qui è la "professione", intesa in senso lato, del debitore, che rende verosimile il diritto del datore di lavoro domestico sui beni pignorati in quella che è pur sempre la "casa del debitore". Esempi della seconda situazione sono quelli del terzo che nell'oggetto della sua attività commerciale comprende la concessione del godimento di beni a titolo oneroso (leasing, noleggio di strumenti musicali, ecc.; qui la verosimiglianza del diritto è data dal commercio esercitato dal terzo), ovvero dell'affidamento di beni al debitore per l'esecuzione di lavorazioni o riparazioni (qui la verosimiglianza del diritto è data dalla "professione" o "commercio" del debitore).

Un caso frequentissimo nella pratica, e che a nostro avviso comporta l'applicazione dell'ultima parte dell'articolo in esame, è quello dell'opposizione proposta dal locatore di immobile arredato (camera o appartamento ammobiliati, salva attenzione alle simulazioni, specie nel caso della camera), relativamente ai mobili locati con l'immobile. Se anche tale locazione non rientri in una vera e propria attività commerciale (affittacamere o locazione di appartamenti in "residence"), il contratto di locazione di immobile arredato ha comunque larga diffusione nella vita sociale, ha oggetto e scopo che travalicano anche se implicano il mero affidamento di beni mobili. Non va dimenticato che la prima parte dell'articolo in esame è norma che fa eccezione a regole generali in ordine alla prova di diritti su beni mobili non iscritti in pubblici registri, ed è quindi di stretta interpretazione, pur nella finalità specifica che la ispira, mentre la norma contenuta nella seconda parte ripristina, l'applicazione di quelle regole generali.

Anche se di solito sia stipulata da chi esercita attività commerciale, la vendita con riserva della proprietà può essere opposta dal venditore ai creditori del compratore soltanto se risulta da atto scritto anteriore al pignoramento, per l'espressa norma contenuta nel comma 1 dell'art. 1524 c.c.; è tuttavia sufficiente che la vendita sia fatta a persona convivente col debitore (Cass. 15 giugno 1976, n. 2240; Cass., 13 giugno 1977, n. 2452). L'avvenuto pagamento del prezzo come fatto estintivo del diritto del venditore opponente, deve essere provato dal creditore opposto (Cass., 20 marzo 1980, n. 1857, confermativa di giurisprudenza costante anteriore); l'opponente, d'altra parte, non potrebbe certamente fornire la prova del fatto negativo. Né l'opposizione è infondata, e muta l'onere della prova, se al momento del pignoramento fosse scaduto il termine contrattualmente stabilito per il pagamento dell'ultima rata del prezzo; il venditore, se tuttavia il prezzo non sia stato pagato, deve soltanto affermare la circostanza, non è onerato di esibire cambiali insolute né di giustificare mancate iniziative contro il compratore a tutela del suo diritto; un comportamento inspiegabilmente inerte del venditore, magari protrattosi per lungo tempo, può forse costituire indizio di simulazione della vendita con riserva della proprietà, se eccepita dal creditore opposto; altrimenti è sempre questo onerato di provare che il prezzo era stato pagato. Se la stipulazione del patto di riserva della proprietà abbia data certa successiva alla consegna dei beni all'acquirente, e tale consegna non fosse dipesa da titolo non traslativo (che va dedotto e provato: locazione, comodato, deposito, ecc.), la riserva non è opponibile, perché successiva rispetto ad una situazione non qualificabile giuridicamente se non come esecuzione di una precedente vendita già produttiva dell'effetto traslativo della proprietà.

Per effetto della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 622, con la sentenza della Corte costituzionale n. 143 del 15 dicembre 1967, la moglie del debitore è onerata di provare il suo diritto reale sui beni pignorati contro il marito allo stesso modo di qualunque terzo, convivente o meno col debitore (v sub art, 621, par. 2).

Se prima del pignoramento i coniugi abbiano scelto il regime di comunione dei beni, il coniuge del debitore che con opposizione di terzo deduca la comproprietà dei beni pignorati è onerato di provare, con i limiti di cui alla prima parte dell'art, 621, che gli specifici beni pignorati sono compresi tra quelli che, a norma degli artt. 177 e 178 c.c., erano oggetto della comunione».

Il coniuge convivente non può fornire per testimoni la prova idonea a superare la presunzione di cui all'articolo in esame, nemmeno invocando la deroga al divieto prova testimoniale *ex art. 2724 c.c.* (impossibilità morale o materiale di procurare la prova scritta (Cass., 16 aprile 1984, n. 2459, in *Giur. It.*, 1985, I, 1, 971, nota Bifulco).

Né può a tal fine produrre un atto di donazione in suo favore con data antecedente al pignoramento, in quanto tale atto non fornisce la prova, né un principio di prova sul preesistente diritto di proprietà del donante. Tale ultimo diritto, peraltro può essere provato - escluso il ricorso alla prova testimoniale o per presunzioni - anche con le fatture relative all'acquisto dei beni da parte del donante, purché ai sensi degli art. 2702 e 2704 c.c., esse risultino sottoscritte dal venditore, accettato dall'acquirente ed abbiano data certa anteriore al pignoramento (Cass., 10 marzo 1990, n. 1975, in *NGCC* 1990, I, 591).

Il regime probatorio di cui all'art. 621 c.p.c. opera solo per la rivendica dei beni mobili e non anche dei beni immobili, per i quali, trattandosi di beni la

cui proprietà può essere trasferita per atto scritto *ad substantiam* ex art. 1350 c.c., la prova per testi è inammissibile e la prova può essere data solo con la produzione del documento, salvo che il rivendicante provi - ex artt. 2724, n. 3, 2725 c.c. - di avere perduto senza propria colpa il documento che gli forniva la prova, ovvero produca un documento costituente dichiarazione confessoria degli effetti dell'atto negoziale [C 7274/05], ovviamente trascritto in epoca precedente l'atto di pignoramento (art. 2914 c.c.).

L'istanza di sospensione della liquidazione

Il 3°co. dell'abrogato art.103 L.F. disponeva che *“Se le domande sono proposte tardivamente a norma dell'art. 101, il giudice delegato può sospendere la vendita delle cose rivendicate, chieste in restituzione o separate, con cauzione o senza.”*

Analoga disposizione non è contenuta nel novellato art. 103, ma il novellato art. 93 co. 8, prevede che *“con la domanda di restituzione o rivendicazione, il terzo può chiedere la sospensione della liquidazione dei beni oggetto della domanda.”*

Quindi, l'istanza di sospensione deve essere contenuta nella domanda di restituzione o rivendicazione o, comunque, deve essere presentata contemporaneamente a questa.

Se, invece, la domanda è presentata tardivamente, la richiesta di sospensione della liquidazione può essere presa in considerazione solo se il titolare di diritti su beni mobili o immobili, prova che il ritardo nella presentazione della domanda è dipeso da causa a lui non imputabile (art. 101, 3°co., ultima parte, L.F.).

CAPITOLO III

IL REGIME PROBATORIO NELLA VERIFICA DEI CREDITI

L'onere della prova, e della fondatezza del credito e delle prelazioni che lo assistono, grava sul creditore.

Domanda fondata su scrittura privata

Nei giudizi aventi per oggetto l'ammissione al passivo fallimentare di un credito fondato su scrittura privata, il curatore che contesta l'anteriorità al fallimento della data dell'atto, riveste la qualità di terzo, con la conseguenza che non è a lui opponibile la scrittura che non abbia data certa anteriore, a norma dell'art. 2704 c.c. (vedi Cass., Sez. un., 26 agosto 1990, n. 8879, in *Fallimento*, 1990, p. 1225; Cass., 3 marzo 1995, n. 2707, *ivi*, 1995, p. 1040; Cass., 5 marzo 1994, n. 2188, *ivi*, 1994, p. 717; Cass., 2 aprile 1996, n. 3050).

La certezza della data è fornita - a norma dell'art. 2704 c.c. - principalmente dalla registrazione ma anche da *«ogni altro fatto che stabilisca in modo ugualmente certo l'anteriorità della formazione del documento»*.

Va peraltro precisato che l'inopponibilità *ex art.* 2704 c.c. della scrittura privata non autenticata non riguarda il negozio, ma la data della scrittura, e ciò attiene non alla efficacia dell'atto, ma solo alla prova che del momento della sua stipulazione voglia darsi mediante la scrittura, e che, pertanto, la prova del negozio e della sua anteriorità rispetto al fallimento può essere, nel giudizio di opposizione, sempre fornita, astraendo dal documento

probatorio, con tutti gli altri mezzi consentiti, anche nei confronti dei terzi e, quindi del curatore, salve le normali limitazioni derivanti dalla natura e dall'oggetto del negozio stesso (cfr. artt. 2722 e ss. c.c.; art. 621 c.p.c. per la prova testimoniale). Se, pertanto, il curatore ritiene, in base alla documentazione o da informazioni assunte, che il rapporto sia veramente intercorso in data anteriore al fallimento e che il creditore ne possa provare l'anteriorità nel successivo giudizio di opposizione nei limiti detti, è superfluo eccepire la mancanza di certezza della data.

Secondo alcuni orientamenti espressi dalla giurisprudenza e dalla dottrina, la data certa potrebbe essere costituita:

- 1) dalla vidimazione dei libri sociali da parte di un notaio o del cancelliere. A tale riguardo, va sottolineato che, se l'annotazione viene effettuata dopo la vidimazione di apertura o di chiusura del libro sociale, è rispetto a quest'ultima che va fissata la certezza della data;
- 2) dalle risultanze del libro giornale di una banca, soggetto a vidimazione annuale ad opera di un pubblico ufficiale (Cass., 13 aprile 1977, n. 1380, in *Banca, borsa e tit. crea.*, 1978, II, p. 419, con nota di BOUCHÉ, *In materia di pegno irregolare*, pubblicata anche *ivi*, 1979, II, p. 38, con nota di AIROLDI, *Pegno dei libretti di deposito bancario al portatore*);
- 3) dalla vidimazione notarile del registro valori in garanzia di una banca, in cui sia annotata una determinata operazione di credito su pegno, sempre che fra il contenuto di questa ed il documento invocato come sostitutivo della prelazione sussista il necessario collegamento (Cass., 1° marzo 1973, n. 560, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1973, II, p. 18);

- 4) dalla vidimazione del libro pegni di una banca (Trib. Milano, 20 settembre 1971, in *Dir. fall.*, 1972,1, p. 337; *contra*: COLOMBO, *op. ult. cit.*, p. 214, nt. 39);
- 5) dal timbro postale apposto su un foglio formante corpo unico con quello che contiene la scrittura privata non autenticata. In proposito ha statuito il Supremo Collegio: «*Se la scrittura privata non autenticata formi un unico corpo con il foglio sul quale sia stato impresso il timbro postale per la spedizione di esso, la data risultante dal timbro medesimo deve ritenersi data certa della scrittura ai fini della computabilità di fronte ai terzi, perché la timbratura eseguita in un pubblico ufficio deve considerarsi equivalente ad una attestazione autenticata che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui essa è stata eseguita*» (così Cass., 19 giugno 1973, n. 1808);
- 6) dalla copia notarile, integrale o per estratto, di una scrittura privata non autenticata (Cass., 21 febbraio 1966, n. 540, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1966, II, p. 546);
- 7) dall'attestazione da parte dell'ufficiale giudiziario procedente a pignoramento di aver avuto cognizione personale di un documento (Cass., 18 luglio 1960, n. 1983, inedita, Iacuzzi c. Zumino) ovvero dall'esibizione della scrittura privata allo stesso ufficiale giudiziario (Cass., 22 luglio 1968, n. 2637, inedita, Galoppo c. Torella);
- 8) dall'esecuzione del contratto consacrato nella scrittura, in quanto tale esecuzione ne presuppone la conclusione (Trib. Roma, 11 luglio 1961, in *Rep. Foro il*, 1962, voce « Fallimento », 1015, n. 289).

Domanda fondata su titoli di credito

In questi casi bisogna distinguere se l'insinuazione è proposta sulla base del solo titolo di credito oppure se la domanda è fondata sul rapporto causale sottostante.

Nel primo caso, poiché il curatore si presenta come terzo estraneo alla circolazione del titolo, la cambiale ha il solo valore di una scrittura privata, per cui si pongono gli stessi problemi visti in precedenza circa la certezza della data.

Se il curatore non contesta l'antiorità della data, né in genere l'opponibilità alla massa del titolo, egli si pone nella posizione del fallito; ed, allora, essendo quella del creditore una azione cambiaria vera e propria, il curatore deve vedere se il fallito era obbligato in via diretta (accettante e i suoi avallanti nella tratta, emittente e i suoi avallanti, nella cambiale) o in via di regresso (traente, giranti e loro avallanti nella tratta e nella cambiale), perché diversi sono:

- a) *i termini di prescrizione*: tre anni dalla scadenza, nell'azione diretta; un anno, a decorrere dalla data del protesto, per l'azione di regresso del portatore; sei mesi, per l'azione del girante contro gli altri giranti o contro il traente, a decorrere dal giorno in cui il girante ha pagato la cambiale o dal giorno in cui l'azione di regresso è stata promossa contro di lui (art. 94 l. camb.);
- b) *i presupposti per l'azione*: il regresso non può essere esercitato, se il mancato pagamento o la mancata accettazione non risultano da regolare protesto; questo non è necessario nel caso di cui all'art. 50 l. camb.;
- c) *le eccezioni proponibili*: le eccezioni reali di cui agli artt. 64 e 65 l. camb. e 1993 c.c. sono opponibili a tutti i portatori, mentre le eccezioni

personali, come quelle derivanti dal rapporto fondamentale sono opponibili solo a quel portatore col quale è intercorso il rapporto dal quale derivano.

Il creditore che si insinua in forza del rapporto causale che ha dato causa all'emissione del titolo deve, in virtù dell'art. 66 1. camb. (e art. 53 1. assegno per il portatore di assegno) offrire «*al debitore la restituzione della cambiale e depositarla presso la cancelleria del giudice competente e deve aver adempiuto alle formalità necessarie per consentire al debitore stesso le azioni di regresso che possono competergli*».

L'offerta dei titoli non è necessaria in tutti i casi in cui si può escludere la possibilità dell'insinuazione da parte di altri creditori in via cambiaria, per esempio quando l'azione cambiaria è prescritta, quando la cambiale è nulla, quando sono state emesse tratte non accettate ecc., anche se autorizzate e non sia possibile rivalersi verso altri obbligati, per esempio fallimento dell'emittente.

È da ricordare che, per principio ormai consolidato, il rilascio di una cambiale produce, oppure non, la novazione del rapporto originario a seconda dell'intenzione delle parti, cioè se si sia voluto sostituire all'obbligazione preesistente un'obbligazione di carattere più rigoroso, oppure, come è normale presumere, si sia inteso soltanto aggiungere al rapporto originario una maggiore garanzia. E, quindi, il semplice rilascio da parte del debitore di una cambiale, ove non risulti che importi la novazione del preesistente debito, va considerato effettuato *pro solvendo* e non può neppure importare *datio in solutum* perché tale rilascio non equivale al pagamento effettivo, ma a semplice promessa di pagamento (Cass., 16 dicembre 1981, n. 6652).

Nel caso sia intervenuta novazione, l'accordo novativo, oltre ad attribuire un nuovo titolo causale al credito cambiario (ossia sostituire al precedente rapporto fondamentale il rapporto - consensuale e causale - derivante appunto dalla convenzione novativa) riduce le azioni esperibili a quella cambiaria; con la conseguenza che, mentre il credito conserva per il possessore con il quale è intercorso l'accordo novativo la sua natura causale in modo che il debitore può opporre sia le eccezioni fondate sull'accordo novativo sia quelle relative all'esistenza dell'obbligazione novata (art. 1234 ce), d'altra parte il credito può essere fatto valere solo nei termini e con le forme proprie dell'azione cambiaria.

Altri documenti probatori dei crediti

Il libretto di lavoro

Ha efficacia probatoria in ordine alla sussistenza del rapporto di lavoro, alla sua durata ed al suo contenuto, pur potendo essere contrastati dal lavoratore con altri mezzi di prova documentali, testimoniali o anche solo presuntivi (così Cass., 27 novembre 1996, n. 10529, in *Rep. Foro il*, 1996, *Lavoro (rapporto)*, n. 974).

I dati risultanti dal libretto di lavoro possono essere riscontrati dal curatore attraverso l'esame del libro matricola (che deve essere istituito e aggiornato dal datore di lavoro) - nel quale sono iscritti, nell'ordine cronologico della loro assunzione, tutti i dipendenti, con l'indicazione della qualifica, della data d'inizio e cessazione del rapporto - nonché di tutti i dati necessari per l'identificazione della situazione occupazionale di ciascun dipendente.

«L'estratto di saldaconto di cui all'art. 102 l. banc, costituisce prova insufficiente per l'ammissione al passivo fallimentare del credito della banca» (Cass., Sez. un., 18 luglio 1994, n. 6707, in Corriere giur., 1994, p. 1098, per la quale: "il valore probatorio dell'estratto dei saldaconti è limitato al procedimento monitorio ed esonera l'istituto di emissione nonché le banche di interesse nazionale e le casse di risparmio dalle formalità ordinariamente richieste per l'ottenimento dell'ingiunzione di pagamento in base a documenti provenienti dallo stesso imprenditore istante, mentre non si estende al susseguente procedimento di opposizione ed in genere agli ordinari giudizi a cognizione piena (ivi compreso quello introdotto da domanda di insinuazione al passivo fallimentare), nei quali il detto documento - diverso dall'estratto conto vero e proprio, la cui efficacia probatorio discende dalla specifica previsione dell'art. 1832 c.c. - può assumere rilievo solo come elemento indiziario, la cui portata è liberamente apprezzabile dal giudice, e solo nel contesto di altri elementi ugualmente significativi".

La decisione è pienamente condivisibile per il principio generale secondo cui un documento redatto unilateralmente da una delle parti è invocabile a suo danno non a suo favore, salvo i casi espressamente previsti dalla legge (ad esempio, l'art. 2710 c.c. attribuisce valore probatorio tra imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa alla contabilità regolarmente tenute).

Resta da stabilire se, per ottenere l'ammissione al passivo del fallimento, sia necessario produrre l'estratto conto integrale riferito a tutto il rapporto (Trib. Genova, 20 novembre 1996, in *Fallimento*, 1997, p. 733), all'ultimo biennio (Trib. Udine, 19 ottobre 1994, in *Fallimento*, 1995, p. 956) o se sia sufficiente produrre gli estratti conto parziali, contestati o non ancora

approvati, relativi all'ultima fase del rapporto, sul presupposto della tacita approvazione del contenuto degli estratti conto precedenti.

Quest'ultima opinione appare preferibile poiché l'approvazione dell'estratto conto, anche tacita, per mancata contestazione entro il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 119, n. 3, 1. banc. costituisce prova del credito - ferma restando l'impugnabilità *ex art. 1832 c.c.* - e solo per gli estratti conto non approvati vi è un onere della banca di depositarli per consentire alla curatela eventuali contestazioni.

Efficacia probatoria delle scritture contabili nel procedimento di verifica dei crediti

Dalla disciplina delle prove dettata dal codice civile si deduce il principio generale secondo il quale la dichiarazione resa o il documento redatto da uno dei contendenti è invocabile a suo danno, non a suo favore, salvo diversa previsione (di portata eccezionale che esclude l'estensione ai casi non espressamente previsti), sicché la contabilità di impresa, che non si sottrae a tale principio, è in grado di fornire solo elementi a svantaggio di chi la tiene, ai sensi dell'art. 2709 c.c., salvo che ricorra la specifica ipotesi di cui all'art. 2710, il quale prevede che i libri bollati e vidimati nelle forme di legge, quando sono regolarmente tenuti, possono fare prova tra imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa.

Secondo l'opinione prevalente, l'art. 2710 c.c. non trova applicazione nei confronti del curatore del fallimento, il quale agisce non in via di successione di un rapporto precedentemente facente capo al fallito, ma nella sua funzione di gestore del patrimonio del fallito, per cui egli non può, in tale sua veste, essere annoverato tra i soggetti considerati nella norma in

questione, operante soltanto tra imprenditori che assumano la qualità di controparti nei rapporti d'impresa (Cass. n. 352/99).

Pertanto, nella fase sommaria di verifica, le risultanze di tali libri offrono solo indizi sulla consistenza della pretesa e, quindi, un credito suffragato soltanto da tali elementi indiziari non può essere ammesso, a meno che il curatore, atteso il carattere ufficioso del procedimento, non integri la prova della domanda con le risultanze degli accertamenti ed indagini svolte sulla contabilità del fallito.

In senso contrario si pronuncia altra corrente di pensiero. In particolare, F. VASSALLO così si esprime.

«L'abituale tendenza giurisprudenziale a risolvere sbrigativamente ogni questione di opponibilità al fallimento dei rapporti intrattenuti dal fallito con i terzi alla stregua di una posizione di terzietà del curatore rispetto a tali rapporti, è frutto di una inesatta quanto semplicistica, ricostruzione del ruolo del curatore. Quest'ultimo a ben vedere non viene mai in considerazione né come terzo, né come parte, dei rapporti intercorsi fra il fallito e i terzi prima del fallimento. Egli è semplicemente un organo della procedura al quale non compete alcuna posizione di diritto sostanziale in nessun momento della procedura, bensì soltanto il munus di tutelare al meglio i creditori che concorrono nel fallimento dal momento in cui è intervenuta la loro ammissione al passivo con il decreto di cui all'art. 97; e prima di quel momento il curatore non ha altro ufficio che quello di provvedere, eventualmente anche attraverso l'esercizio di determinate azioni, alla conservazione del patrimonio da destinare all'esecuzione concorsuale.

Tutto questo non significa, peraltro, che il creditore, e più in generale i terzi che intendano far valere ragioni sul patrimonio assoggettato al

vincolo fallimentare, si vengano a trovare nella medesima posizione sostanziale e processuale nella quale si sarebbero trovati di fronte al debitore in bonis. A tutela dei creditori anteriori al fallimento sappiamo infatti poste le regole degli artt. 44 e 45 della legge, alla stregua delle quali chiunque avanzi pretese sul patrimonio del fallito deve farsi carico di provare l'antiorità del suo diritto rispetto alla sentenza dichiarativa di fallimento ed inoltre, quando la legge richieda specifiche formalità per rendere opponibile ai terzi determinati effetti, anche l'antiorità di tali formalità.

Ma tutto ciò concerne per l'appunto la prova della data del credito o delle condizioni formali della sua efficacia verso i terzi, non anche la prova del credito in sé stesso, la quale ben può essere fornita a mezzo delle scritture contabili dell'imprenditore creditore.

È stato rilevato invero dalla più attenta dottrina che la ratio dell'efficacia probatoria della scrittura a favore dell'imprenditore - ratio costituita dalla necessaria speculare corrispondenza fra le scritture di due imprenditori in rapporto fra loro, per cui è sempre possibile ed anzi dovuto il riscontro con le scritture dell'imprenditore fallito - impone di ritenere sufficiente che il rapporto (d'impresa) documentato nelle scritture si sia svolto fra due imprenditori e non necessario, per contro, che il giudizio nel quale s'invoca la prova abbia due imprenditori come parti contrapposte.

Dunque, bene il credito può essere provato attraverso le scritture contabili del creditore che ne richiede l'ammissione al passivo, con la precisazione che non si tratta peraltro di una prova legale, bensì indiziaria che il giudice delegato è tenuto a riscontrare, in primis con la contabilità del fallito ed in caso di mancanza o di divergenza di quest'ultima, con ogni altra risultanza pertinente».

Nello stesso solco si pone Cass., 10 gennaio 2003, n. 142, per la quale «L'art. 2710 codice civile - il quale dispone che i libri bollati e vidimati nelle forme di legge, quando sono regolarmente tenuti, possono fare prova tra imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa - trova applicazione anche nel caso in cui una delle parti sia stata dichiarata fallita, quando si tratta di provare un rapporto obbligatorio sorto in periodo antecedente alla dichiarazione di fallimento, riguardando la prova, anche in tal caso, di un rapporto sorto tra imprenditori e non tra il curatore e l'imprenditore in bonis».

Domanda fondata su atti giudiziari

La sentenza e i decreti ingiuntivi già passati in giudicato alla data del fallimento sono vincolanti per la curatela, la quale, se nulla più può dire in ordine alla fondatezza del credito, può, però, eccepire l'inopponibilità di tali atti alla massa dei creditori (esempio: per la revocabilità del negozio giuridico sul quale la sentenza si fonda). Se il creditore fonda la sua pretesa su un atto non ancora passato in giudicato alla data del fallimento, bisogna distinguere se si tratta di una sentenza o di un decreto ingiuntivo.

Se si tratta di sentenza, trova applicazione l'art. 96, terzo comma, n. 3 l. fall., e quindi il credito viene ammesso al passivo con riserva. In tal caso, se la sentenza passa in giudicato (perchè il curatore non ha proposto o proseguito il giudizio di impugnazione, ovvero perchè questo si è concluso con la definitiva soccombenza del fallimento), si applica l'art. 113-bis, per cui - su istanza del curatore o della parte interessata - il G.D. modifica lo stato passivo, disponendo che la domanda ammessa con riserva deve intendersi definitivamente accolta.

Nel caso il creditore abbia ottenuto una sentenza di condanna generica o limitata all'*an debeat*, egli - indipendentemente dal passaggio in giudicato dalla sentenza stessa - deve in ogni caso far valere il *quantum* in sede fallimentare. Nel caso contrario, in cui sia stata emessa una sentenza favorevole al debitore fallito, non passata in giudicato alla data del fallimento, il creditore soccombente che intenda ottenere un titolo da far valere contro il fallimento, deve insinuarsi al passivo, con conseguente improcedibilità del giudizio di appello da lui proposto o riassunto nei confronti del curatore, dopo l'interruzione determinata dal fallimento (Cass., 26 marzo 1983, n. 2100; Cass., 10 giugno 1981, n. 3753).

A sua volta l'ufficio fallimentare non è vincolato dalla sentenza favorevole non passata in giudicato e può, se lo ritiene fondato, anche ammettere il credito negato giudiziarmente.

Se il creditore fonda la sua domanda su decreto ingiuntivo non ancora passato in giudicato alla data del fallimento, ossia se il fallimento è intervenuto nei quaranta giorni dalla notifica (o quando è stata tempestivamente proposta l'opposizione), la curatela è libera, nella decisione sul credito, che sarà ammesso o escluso in base agli elementi probatori forniti, in quanto il decreto ingiuntivo è *tamquam non esset* (Cass. 9 maggio 1977, n. 1780; Cass. 28 dicembre 1972, n. 3669) e, comunque, l'eventuale ipoteca giudiziale iscritta in forza del decreto medesimo è inefficace. Tuttavia ove, ad avviso del curatore, il credito debba essere ammesso, si pone il problema delle spese sostenute per l'attivazione del procedimento monitorio. Tali spese normalmente rimangono travolte, per il fatto che il decreto ingiuntivo non è opponibile alla massa, ma, una più attenta valutazione induce a ritenere che - quanto meno a titolo di danno - il

creditore possa pretendere il riconoscimento delle spese sostenute in funzione dell'accertamento giudiziale della sua pretesa.

Ammissione al passivo del fallimento del debitore del credito di regresso del fideiussore

Com'è noto, il secondo comma dell'art. 61 l. fall, stabilisce che e fino a quando il creditore non sia stato integralmente soddisfatto, non è possibile il regresso fra i coobbligati falliti.

A contrario è da dire che, nel predetto caso, l'azione di regresso tra i coobbligati falliti è consentita solo se il creditore sia stato *integralmente* soddisfatto.

Il principio appare in sintonia con quello, contenuto nella legge comune, che condiziona l'esercizio dell'azione di regresso tra condebitori solidali all'avvenuto *integrale* pagamento del creditore (art. 1299 c.c.) e consente tale azione solo per la parte di ciascun coobbligato.

In sostanza, il condebitore fallito, che ha integralmente pagato il creditore, si surroga *ex art. 1203, n. 3, c.c.*, nella sua posizione e, quindi, può agire in ripetizione nei confronti degli altri condebitori falliti solo *pro quota*, cioè per la parte gravante di ciascuno di essi.

Va opportunamente rimarcato che la condizione, posta dal legislatore per l'esercizio del diritto di regresso nei confronti degli altri condebitori falliti, è *l'integrale soddisfacimento delle ragioni del creditore* e non già l'adempimento dell'intero obbligo gravante sul coobbligato o garante.

Ciò è stato esattamente sottolineato da Cass., 4 aprile 1962, n. 703 (in *Dir. fall*, 1962, II, p. 557) la quale ha affermato che, a norma degli artt. 61 e 62, primo e secondo comma, l. fall., mentre per i pagamenti effettuati prima

della dichiarazione di fallimento il coobbligato può esercitare il regresso verso l'altro coobbligato fallito sempre ed in ogni caso (mediante concorso nel fallimento per la somma pagata) prescindendosi dal risultato dei pagamenti medesimi sulla sorte del credito principale (riduzione ed estinzione), viceversa, per i pagamenti effettuati dopo la dichiarazione di fallimento, il regresso è condizionato al soddisfacimento per intero del creditore, nel senso che lo stesso, per effetto del pagamento del coobbligato, deve essere stato completamente soddisfatto, così da non poter più concorrere nel passivo per alcuna entità residua. Allorquando detta condizione non si verifichi, per qualsiasi causa, il regresso non è ammesso ed è del tutto indifferente che il coobbligato, col pagamento, abbia totalmente assolto la sua obbligazione (per esempio di fideiussione parziale) esigendosi, per il sistema della legge, l'adempimento per intero *ex parte creditoris* (e non *debitoris*). Tali principi si applicano sia in caso di fallimento di tutti i coobbligati, sia in caso di fallimento solo di alcuno fra di essi.

Così dimostrato che il diritto di regresso tra condebitori solidali, tutti dichiarati falliti, è possibile solo se il creditore è stato integralmente pagato, resta da accertare se lo stesso o un diverso principio debba valere per l'ipotesi in cui un condebitore non fallito, abbia fatto dei pagamenti parziali a favore del creditore, dopo la dichiarazione di fallimento dell'altro o degli altri coobbligati.

A nostro avviso il principio deve essere lo stesso, come è stato esattamente riconosciuto dal Supremo Collegio (vedi Cass. 4 aprile 1962, n. 703 *cit.*) secondo il quale «*che il pagamento durante il fallimento venga effettuato da un coobbligato fallito oppure da un coobbligato non fallito è indifferente, ai fini che si propongono la norma ed il sistema, in quanto il pagamento non*

può portare che alla non esperibilità dell'azione di regresso, sancita dal secondo comma».

«Ciò che solo ha rilevanza è che il pagamento sia avvenuto durante il corso del fallimento dell'altro coobbligato e non prima di esso, poiché la circostanza che il pagamento sia avvenuto in data posteriore al fallimento, trovando già stabilizzata l'insinuazione del creditore per l'intero credito originario, non può che escludere il concorso dell'azione di regresso in ogni caso e cioè tanto che il pagamento sia effettuato da un fallito, che da parte di un non fallito, sempre ad evitare la duplicazione dello stesso credito nel passivo del fallimento».

Il principio è stato ribadito da Cass., 10 gennaio 1966, n. 188 (in *Dir. Fall.*, 1966, II, p. 194) la quale ha negato che il condebitore non fallito abbia diritto di regresso per i pagamenti parziali effettuati dopo la dichiarazione di fallimento del coobbligato.

A questo punto sorge un ulteriore problema: il coobbligato non fallito (o il garante, ad esempio il fideiussore) che dopo la dichiarazione di fallimento dell'altro coobbligato (o del debitore principale) che non abbia eseguito alcun pagamento o ne abbia eseguito di parziali a favore del creditore, non potendo ancora esercitare il diritto di regresso nei confronti del fallito, mancando la condizione dell'integrale soddisfacimento del creditore, deve rimanere fuori della procedura in attesa del realizzarsi della predetta condizione (e, quindi, realizzata la stessa, far valere il suo diritto di regresso nei confronti del fallito a mezzo di insinuazione tardiva, con il pericolo, però, che, se il creditore viene integralmente soddisfatto solo in sede di riparto finale, egli non avrà più la possibilità e comunque l'utilità di partecipare al concorso), oppure può chiedere di attendere il realizzarsi della detta condizione stando *all'interno* della procedura e, per avere tale

collocazione, chiedere ed ottenere l'ammissione *con riserva* al passivo del fallimento del suo credito, condizionato, nella sua efficacia, all'integrale soddisfacimento delle ragioni del creditore?

Per la seconda alternativa si sono espresse la prevalente dottrina (PROVINCIALI, *op. cit.*, II, p. 940; SATTA, *op. cit.*, p. 146; PAIARDI, *op. cit.*, p. 343-348; VACCARELLA, *La solidarietà passiva nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1967, I, p. 60; FRAGALI, *La fideiussione*, p. 424) e la giurisprudenza del Supremo Collegio C. Cass., 10 luglio 1979, n. 3439, in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 469) per le quali *“il fideiussore che non ha pagato il creditore prima della dichiarazione di fallimento del debitore principale, per il combinato disposto degli artt. 61, secondo comma, e 55, terzo comma, l. fall., è considerato un creditore condizionale per quanto attiene all'eventuale esercizio delle azioni di regresso nei confronti del debitore fallito, onde va ammesso al concorso di creditori con riserva, la quale potrà ritenersi sciolta soltanto se e quando si sia verificato l'integrale soddisfacimento (ex parte creditoris e non debitoris) delle ragioni del creditore, nel corso della procedura fallimentare ».*

La tesi del Supremo Collegio è sorretta dalle seguenti argomentazioni:

1) Il concetto di credito condizionale, di cui al terzo comma dell'art. 55, l. fall., non è rigidamente ancorato alla comune accezione del «credito subordinato (nella sua *efficacia*) al verificarsi di un evento futuro ed incerto», la cui esistenza, allo stato, non sia discutibile, ma si estende sino a comprendere fattispecie (come quella del decreto tributario contestato innanzi alle commissioni, all'atto dell'apertura del fallimento), in cui il presupposto è il verificarsi di un evento futuro ed incerto, da cui dipende la *stessa esistenza del credito*. Ciò è confermato - secondo il Supremo Collegio - dallo stesso dato normativo posto che, in base all'art. 55, terzo

comma, 1. fall., sono compresi fra i crediti condizionali quelli che non possono farsi valere contro il fallito, se non previa escussione di un obbligato principale, dove il riferimento alla condizionalità ha un significato che chiaramente diverge da quello tecnico-giuridico che attiene alla condizione come elemento accidentale del negozio.

Nessun impedimento, dunque, sussisterebbe, secondo il Supremo Collegio, a comprendere il fideiussore che non abbia pagato il creditore prima della dichiarazione di fallimento del debitore garantito nell'ampia categoria dei creditori condizionali.

2) Ma, a parte ciò, il dato normativo che risolve il problema è dato, secondo il Supremo Collegio, dal combinato disposto dagli articoli 61, secondo comma e 55, terzo comma, 1. fall. Infatti il coobbligato che abbia pagato integralmente il creditore dopo il fallimento del condebitore, non può insinuarsi in via tardiva al passivo in quanto, ai sensi dell'art. 52, 1. fall., non possono partecipare al concorso mediante domanda di insinuazione tempestiva o tardiva i creditori divenuti tali dopo la dichiarazione di fallimento. E poiché per i crediti che, pur derivando da atti giuridici posti in essere dalla dichiarazione di fallimento, siano resi certi, liquidi ed esigibili, non v'è, nella legge fallimentare, altra possibilità che quella di essere ammessi con riserva, cioè di rientrare nella categoria dei crediti condizionali *ex art. 55, terzo comma, 1.fall.*, risulta, dal coordinamento di tale norma con l'art. 61, secondo comma, che la legge fallimentare considera direttamente i crediti, per ragioni di regresso spettante al fideiussore che ha integralmente soddisfatto il credito dopo la sentenza di fallimento, compresi nella categoria dei crediti condizionati *ex art. 55, terzo comma*, e quindi suscettibili di ammissione con riserva ancora prima che il fideiussore abbia pagato.

Secondo il Supremo Collegio *«l'ammissione con riserva del fideiussore, nell'ipotesi che si considera, realizza una sorta di prenotazione: allorché si verifica l'evento condizionante che si è individuato nell'integrale soddisfacimento del creditore garantito, producendosi lo scioglimento della riserva, il fideiussore si sostituisce all'originario creditore nel far valere le proprie ragioni di regresso in sede di ripartizione dell'attivo »*.

Di qui la conclusione che *«il fideiussore che non ha pagato il creditore prima della dichiarazione di fallimento del debitore principale, per il combinato disposto degli artt. 61, secondo comma, e 55, terzo comma, l. fall., è considerato creditore condizionale per quanto attiene all'eventuale esercizio delle azioni di regresso nei confronti del debitore fallito, onde va ammesso al concorso dei creditori con riserva, la quale potrà ritenersi sciolta soltanto se e quando si sia verificato l'integrale soddisfacimento ex parte creditoris (e non debitoris) delle ragioni del creditore nel corso della procedura fallimentare»*.

Per effetto della disposizione del terzo comma dell'art. 62, il creditore ha diritto di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato che ha pagato prima del fallimento e che, quindi, partecipa al concorso fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli.

Il creditore esercita tale suo diritto, in sede di riparto, senza necessità di una nuova insinuazione al passivo del suo debitore.

Concorso del coobbligato o del fideiussore con diritto di garanzia (pegno o ipoteca) nel fallimento del debitore

Il coobbligato o il fideiussore che ha un diritto di pegno o ipoteca sui beni del debitore assoggettato a fallimento, concorre, in questa procedura, per la somma per la quale ha pegno o ipoteca.

Il ricavato della vendita dei beni ipotecati o delle cose date in pegno, spetta al creditore in deduzione della somma dovuta.

Dal complesso delle predette disposizioni si ricava che il coobbligato concorre nel fallimento del debitore per la somma garantita, ma il ricavato della vendita dei beni gravati dalla garanzia reale, comunque ottenuto, spetta al creditore a tacitazione totale o parziale del suo credito, nei limiti della somma per la quale è dovuto il diritto di regresso (così, per il fallimento, SATTA).

Si è in presenza di una surroga del creditore nella posizione del coobbligato, che riguarda non solo l'eventuale credito di regresso, ma anche la prelazione da cui il creditore è assistito nei confronti degli altri creditori concorrenti (così acutamente FERRARA).

È dubbio se tutto ciò valga a costituire un privilegio a favore del creditore nei confronti degli altri eventuali creditori del coobbligato *in bonis* (per la tesi negativa AZZOLINA; per quella affermativa, VACCARELLA, in *Dir. fall.*, 1967, I, p. 65).

Secondo VACCARELLA, al fine di evitare la duplicazione del credito nella procedura concorsuale, i creditori, una volta in tal modo riscossa la somma, dovranno ridurre proporzionalmente la propria insinuazione.

La domanda di ammissione del *solvens* nel caso di surrogazione legale

Premessa

La surrogazione determina una modificazione soggettiva, nel lato attivo, del rapporto obbligatorio e realizza quindi un caso di successione nel credito.

L'opinione della S.C. è racchiusa in questa massima: *«La surrogazione nel credito prevista dall'art. 1201 non comporta l'estinzione del debito originario; ma la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, con la sostituzione di un terzo all'originario creditore e senza incidenza sull'aspetto oggettivo del rapporto, con la conseguenza che, nonostante il soddisfacimento del creditore mediante il pagamento ad opera del terzo, la struttura del rapporto obbligatorio rimane inalterata ed il debito mantiene le sue caratteristiche essenziali, talché non può trasformarsi in debito di valuta se originariamente era di valore. Pertanto, la surrogazione di un terzo al creditore di un debito di valore, non comportando liquidazione del danno, ma mera soddisfazione delle ragioni del creditore, non incide sulla posizione del soggetto passivo del rapporto obbligatorio, la quale rimane immutata, con la conseguente soggezione alla rivalutazione monetaria. (Nella specie, trattavasi di contratto di assicurazione di merci contro i rischi del trasporto)»* (Cass., 20 settembre 1984, n. 4808). La surrogazione può essere:

- 1) volontaria, potendosi realizzare;
 - a) per volontà del creditore;
 - b) per volontà del debitore;
- 2) legale.

La surrogazione per volontà del creditore è quella prevista e disciplinata dall'art. 1201 c.c.; essa richiede che la dichiarazione di surroga sia effettuata in modo espresso (e quindi non necessariamente in forma scritta) e sia contestuale al pagamento.

La surrogazione per volontà del debitore è invece disciplinata dall'art. 1202 c.c. e prevede che il debitore, che prenda a mutuo una somma di denaro o altro cosa fungibile, al fine di pagare il debito, possa surrogare il mutuante nei diritti dell'originario creditore, anche senza il consenso di questo. Condizioni di questo tipo di surrogazione sono:

- a) che il mutuo e la quietanza risultino da atto di data certa ex art. 2704 c.c.;
- b) che nel contratto di mutuo sia espressamente indicata la destinazione della somma mutuata;
- c) che, nella quietanza, venga menzionata la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento (il creditore non può rifiutare tale dichiarazione, se il debitore lo richiede).

La surrogazione legale

È prevista dall'art. 1203 c.c. ed ha luogo (di diritto, quindi senza la necessità di alcuna dichiarazione del creditore o del debitore ed anche contro la volontà del creditore), nei seguenti casi:

- 1) a vantaggio di chi, essendo creditore ancorché chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi o delle sue ipoteche;

2) a vantaggio dell'acquirente di un immobile che, fino alla concorrenza del prezzo di acquisto, paga uno o più creditori a favore dei quali l'immobile è ipotecato;

3) a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri I al pagamento del debito, aveva interesse a soddisfarlo;

4) a vantaggio dell'erede con beneficio d'inventario che paga, con denaro proprio i debiti ereditari;

5) negli altri casi stabiliti dalla legge.

Presupposti

La surrogazione legale ai sensi dell'art. 1203, n. 3, ha per presupposto che via sia stato un pagamento da parte di un terzo non obbligato che subentra al posto dell'originario debitore. L'avvenuto adempimento dell'obbligazione altrui costituisce, quindi, l'elemento concettualmente pregiudiziale del subingresso del terzo nella posizione del creditore soddisfatto (Cass., 18 marzo 1970, n. 731). L'obbligo giuridico di pagare il debito altrui, che costituisce presupposto della surrogazione legale prevista dall'art. 1203, n. 3, deve sussistere al momento in cui il *solvens* effettua il pagamento e perciò il diritto del medesimo di sostituirsi nelle ragioni del creditore, per ottenere dal debitore il rimborso della somma erogata, non viene meno se, dopo il pagamento, venga giudizialmente accertata l'inesistenza dell'obbligo suddetto (Cass., 24 giugno 1980, n. 3958, in Foro pad., 1980,1).

Effetti della surrogazione

Poiché la surrogazione realizza un caso di successione di un soggetto (surrogato) al creditore originario, al primo competono tutte le azioni spettanti al secondo nei confronti del debitore, con le limitazioni, le decadenze e le prescrizioni inerenti al diritto oggetto della surrogazione (Cass. 22 maggio 1969, n. 1769).

Quindi, i condebitori - nei cui confronti il debitore che ha pagato il debito comune fa valere il suo diritto di surroga nel pagamento - possono opporgli tutte le eccezioni opponibili al creditore in ordine all'esistenza ed all'entità del debito (Cass. 30 marzo 1981, n. 1818).

Eccezioni

Specularmente, il debitore, conservando la sua posizione originaria, può opporre al surrogato tutte le eccezioni, personali e reali, che avrebbe potuto opporre al creditore precedente e che siano ancora opponibili, avuto riguardo al tipo di contratto ed all'oggetto ed alle caratteristiche del rapporto. Queste eccezioni sono proponibili al surrogato da parte del curatore del debitore-fallito, che può altresì far valere l'eccezione d'inopponibilità ex art. 45 1. fall., se il pagamento non risulta da atto di data certa.

Casi di surrogazione

Esaminiamo, in particolare, la surrogazione ex art. 1203, n. 3, c.c., cioè quella che avviene di diritto «*a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse a soddisfarlo*».

La giurisprudenza ritiene che si ha surrogazione ex artt. 1203 ss.c.c.:

a) a favore del condebitore che ha adempiuto l'obbligazione solidale, essendo egli obbligato «*con altri o per altri*» - all'adempimento ed «*interessato a pagare il creditore*» per non essere esposto alle azioni giudiziali di questo;

b) a favore del fideiussore, obbligato con il debitore principale all'adempimento.

Nel caso di pagamento del debito da parte del fideiussore, si realizza un'ipotesi di surrogazione legale quale prevista dall'art. 1203, n. 3, ed il fideiussore che ha pagato viene ad assumere la stessa posizione in cui si trovava il creditore prima del pagamento, cosicché egli può agire contro il debitore negli stessi limiti in cui poteva agire il creditore, facendo valere i medesimi diritti che il creditore poteva esercitare e far valere; ciò importa che, se il credito da lui soddisfatto era garantito ipotecariamente, della medesima garanzia egli si può avvalere nei confronti del debitore (Cass., 27 dicembre 1963, n. 3221, in Giust. civ., 1964,1, p. 268; in Foro it., 1964, I, c. 515; in Banca, borsa, tit. cred., 1964, II, p. 496);

c) a favore del terzo che abbia pagato il creditore ipotecario.

Ad avviso di un'opinione minoritaria il *solvens*, essendo surrogato *ex lege* ai sensi dell'art. 1203 c.c., si surroga automaticamente anche nella prelazione ipotecaria, avendo l'annotazione del subingresso prevista dall'art. 2843 c.c.

natura dichiarativa (Trib. Perugia 13 marzo 1998 n. 216, in RGU 1998, p. 702).

È invece assolutamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità la contraria opinione che subordina il subingresso all'annotazione della surrogazione ai sensi dell'art. 2843, per la sua natura costitutiva, costituendo un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento; da ciò consegue che il trasferimento dell'ipoteca a favore del creditore che abbia soddisfatto il creditore ipotecario è inefficace nei confronti degli altri creditore concorrenti, ove non sia stata effettuata l'annotazione della surrogazione (Cass., 12 settembre 1997, n. 9023).

Ricordo infine che, secondo Cass. 11 novembre 1977, n. 4890:

«Il terzo datore di ipoteca e il terzo acquirente dell'immobile ipotecato non sono obbligati in solido col debitore principale e col suo fideiussore, giacché essi non sono soggetti passivi del rapporto obbligatorio, ma soltanto assoggettati, nel caso d'inadempimento del debitore e dei suoi garanti, all'azione esecutiva del creditore sull'immobile ipotecato. Pertanto, il terzo acquirente dell'immobile ipotecato ed il terzo datore di ipoteca, che abbiano pagato il debito, per la cui garanzia era stata costituita l'ipoteca, sono surrogati ex lege nei diritti del creditore verso il debitore ed i fideiussori di quest'ultimo a norma degli artt. 1203, n. 3, e 1204, poiché la precitata surrogazione legale va ammessa anche per coloro che sono tenuti al pagamento propter rem in virtù del vincolo che assoggetta un loro bene all'esecuzione forzata per un debito altrui, e che, essendo posti nell'alternativa di pagare tale debito o di subire l'espropriazione, hanno interesse a soddisfarlo. Correlativamente, quando il debito sia garantito da un fideiussore in via solidale, cioè senza la pattuizione della previa escussione del debitore, il terzo acquirente

dell'immobile ipotecato ed il terzo datore di ipoteca, che siano surrogati al creditore per l'effettuato pagamento del debito, possono a loro volta chiedere il pagamento per l'intero al debitore principale o al suo fideiussore e, nel caso di una pluralità di fideiussori solidali, a ciascuno di costoro sempre per l'intero».

Se il surrogato debba o non presentare domanda (tempestiva o tardiva) di verifica del suo credito già ammesso al passivo del fallimento.

Nel vigore della vecchia legge fallimentare, la consolidata giurisprudenza della S.C. (V. da ultimo Cass., 2 luglio 1998, n. 6469) riteneva necessaria la "riverifica" in quanto l'ammissione al passivo fallimentare, secondo forme e modi stabiliti dalla legge fallimentare (artt. 93 e seguenti), rappresentava il presupposto legittimante i creditori del fallito a partecipare alla ripartizione della massa attiva, ex art. 111, nn. 2) e 3), L.F. La S.C. spiegava che, a differenza di quanto accade per la procedura esecutiva ordinaria - nella quale l'esecuzione può avvenire soltanto in base ad un titolo relativo ad un diritto certo, liquido ed esigibile, ex art. 474 c.p.c. - nel fallimento ogni creditore è ammesso a partecipare al concorso sul patrimonio del fallito, anche se sprovvisto di un titolo come quello preteso nell'ambito della procedura ordinaria, vale a dire di un documento ritenuto dal legislatore idoneo ad offrire "una certa qual certezza" in ordine ai fatti costitutivi dei crediti da esso rappresentati (art. 52, 1° co. L.F.). Di qui la necessità di un previo accertamento, in quella sede, della fondatezza delle loro pretese, ed al perseguimento di tale obiettivo è finalizzata la procedura di verifica del passivo, che il curatore è tenuto ad attivare a norma dell'art. 92 L.F., e che, "salvo diverse disposizioni di legge", costituisce pertanto il passaggio

necessario per i creditori che intendano partecipare alla ripartizione dell'attivo (art. 52, 2° co., L.F.)

Secondo la S.C. la verifica, riguardando la persona del creditore, andava eseguita *«implicando indagini che esulano dai poteri cognitori propri della fase di ripartizione dell'attivo, diretta all'attuazione del concorso dei creditori sul patrimonio del fallito sulla base degli accertamenti compiuti nella fase di verifica del passivo»*.

Il giudice di legittimità escludeva la sussistenza d'interferenze tra gli accertamenti eseguiti in capo al nuovo titolare del credito e l'accertamento già effettuato in capo al precedente titolare; ciò, in quanto la nuova verifica (in caso di cessione del credito), è finalizzata all'accertamento della validità ed all'efficacia della menzionata cessione e quindi avente quale materia situazioni differenti da quelle oggetto di esame con la precedente pronuncia.

La Cassazione riteneva che le conclusioni, fossero estensibili ad ogni ipotesi di subingresso nella titolarità del credito concorsuale; quindi, l'applicazione dei principi formati dalla Suprema Corte riguardava per la fattispecie considerata, sia i casi di cessione del credito, sia i casi di surrogazione del terzo nei diritti del creditore, ossia la surrogazione prevista dalla legge in favore del soggetto che abbia effettuato il pagamento, ponendosi anche per quest'ultimo caso il mutamento nella titolarità del credito con conseguente preoccupazione per il debitore di verificare la sussistenza dei presupposti cui è ricollegato dalla legge il verificarsi della surrogazione, “al fine della esatta identificazione del soggetto legittimato a ricevere la prestazione e, quindi del puntuale adempimento della propria obbligazione”.

Una opinione minoritaria sosteneva, invece, che non fosse necessaria la "riverifica" in quanto ai sensi dell'art. 1261, 1° co., c.c. la cessione del credito

è opponibile al debitore dal momento della sua accettazione o della sua notifica a questi.

Quest'ultima opinione è stata accolta dal legislatore della riforma.

Il novellato art. 115, 2 co, L.F. stabilisce che *“Se prima della ripartizione i crediti ammessi sono stati ceduti, il curatore attribuisce le quote di riparto ai cessionari, qualora la cessione sia stata tempestivamente comunicata, unitamente alla documentazione che attesti, con atto recante le sottoscrizioni autenticate di cedente e cessionario, l'intervenuta cessione. In questo caso il curatore provvede alla rettifica formale dello stato passivo”*.

CAPITOLO IV

LA VERIFICA DEI CREDITI

Il progetto di stato passivo

Il curatore redige il progetto di stato passivo rassegnando per ciascuna domanda le sue motivate conclusioni in ordine all'ammissione o all'esclusione totale o parziale del credito o delle cause di prelazione indicati nella domanda stessa. Ed in funzione di tale conclusioni, egli può eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione (art. 95, 1° co. L.F.)

Proprio perché il curatore (e non più il G.D.) ha tale amplissimo potere di eccezione, l'opinione assolutamente prevalente - e preferibile - ritiene che il curatore, nel nuovo provvedimento di verifica, oltre ad assumere la veste di parte processuale, conserva ancora quella di "parte sostanziale" e, quindi, quella di "terzo" rispetto a negozi che costituiscono la "radice causale" del credito e della prelazione indicati nella domanda di ammissione (salvo il caso in cui egli sia subentrato nel rapporto ancora pendente). Il curatore deve verificare in via gradata se il credito insinuato deriva da:

1. un negozio posto in essere prima o dopo il fallimento e, nel primo caso, se sono state compiute le formalità previste dalla legge per la sua opponibilità alla massa dei creditori (art 45 L.F.); con la conseguenza che egli può eccepire: a) l'inopponibilità della scrittura privata se priva di data certa anteriore al fallimento; b) la preclusione per il creditore di avvalersi delle agevolazioni probatorie di cui agli artt. 2709 - 2710 c.c.; e) l'inefficacia probatoria delle fatture (se non supportate dal contratto che le

ha originate e dalle bolle di consegna), delle semplici ricevute bancarie, del saldoconto, della liquidazione del credito insinuato da parte degli Ordini Professionali etc, etc.

2. un negozio invalido;
3. un negozio inefficace ex art. 64 - 67 L.F.;
4. un negozio annullabile.

L'eccezione di inefficacia ex art. 45 L.F.

Premessa

Com'è noto l'art. 45 L.F. stabilisce che le formalità per rendere opponibili gli atti a terzi, se compiuti dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori per titolo o causa anteriore all'apertura della procedura. L'art. 45 ha per scopo quello di riconoscere al fallimento il trattamento che la legge riserva ai terzi estranei al rapporto, estendendo appunto a favore dei creditori concorrenti l'applicabilità delle norme di cui agli artt. 2913 e 2914 ss., c.c., relative alla inefficacia di alcuni atti in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione.

Le formalità di cui all'art. 45 L.F.

Per identificare le formalità necessarie per rendere opponibili ai terzi gli atti compiuti dall'imprenditore fallito, ci si deve riferire alla legge generale. Il concetto di «formalità» di cui all'art. 45 comprende:

- 1) le trascrizioni delle alienazioni immobiliari;
- 2) le iscrizioni delle ipoteche;

- 3) le notificazioni delle cessioni di credito;
- 4) in generale, tutte le trascrizioni, registrazioni ed iscrizioni previste dal codice civile e dalle leggi speciali.

La trascrizione degli atti negoziali: premessa

È un meccanismo di pubblicità che si riferisce a determinate vicende relative a diritti, per lo più reali, aventi ad oggetti beni immobili (artt. 2646-2682 c.c.) ovvero beni mobili iscritti in pubblici registri (artt. 2683-2696 c.c.).

La sua funzione si desume dall'art. 2644 c.c. e consiste nella risoluzione del conflitto tra più acquirenti per atto tra vivi dallo stesso dante causa, di diritti, relativi ai predetti beni, tra di loro in tutto od in parte incompatibili; la risoluzione del conflitto è operata in base a criteri che si riassumono nella preferenza di quello degli acquirenti che per primo ha effettuato la trascrizione del proprio titolo d'acquisto.

La trascrizione ha efficacia dichiarativa e si differenzia dalla *iscrizione* che, invece, ha efficacia costitutiva perché con essa nasce il diritto (ad es. il diritto di ipoteca).

La trascrizione non è un obbligo, ma solo un *onere* che le parti dovranno adempiere per poter opporre ai terzi il negozio da essi compiuto.

Essa non sana gli eventuali vizi dell'atto, risolve i conflitti tra più acquirenti dallo stesso autore, ma non anche quelli tra acquirenti a titolo derivativo ed acquirenti a titolo originario.

Il sistema della trascrizione si fonda sul principio cardine della *continuità* sancito, per i beni immobili dall'art. 2650 c.c. per il quale:

“Nei casi in cui, per le disposizioni precedenti, un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto, se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto.”

“Quando l'atto anteriore di acquisto è stato trascritto, le successive trascrizioni o iscrizioni producono effetto secondo il loro ordine rispettivo, salvo il disposto dell'art. 2644.”

“L'ipoteca legale a favore dell'alienante e quella a favore del dividente, iscritte contemporaneamente alla trascrizione del titolo di acquisto o della divisione, prevalgono sulle trascrizioni o iscrizioni eseguite anteriormente contro l'acquirente o il dividente tenuto a conguaglio.”

Il principio della continuità delle trascrizioni opera anche per gli atti di acquisto di beni mobili soggetti a registrazione; l'art. 2688 c.c. stabilisce infatti che:

“Nei casi in cui, per le disposizioni precedenti, un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni non producono effetto se non è stato trascritto l'atto anteriore d'acquisto.

Quando l'atto anteriore di acquisto è stato trascritto, le successive trascrizioni o iscrizioni producono il loro effetto secondo l'ordine rispettivo, salvo il disposto dell'art. 2644.”

Alienazioni immobiliari e fallimento

Alla luce dei principi surriportati, passiamo ad esaminare il rapporto tra le alienazioni immobiliari ed il successivo fallimento del venditore o del compratore. Sono inopponibili alla massa dei creditori concorsuali:

- 1) la vendita di immobili non trascritta prima della data della sentenza di fallimento, anche se seguita da un altro atto tempestivamente trascritto che lo abbia riconosciuto o confermato (Cass., 3 gennaio 1970, n. 3 e Cass 24 febbraio 1964, n. 406, *mDir.fall.*, 1964, II, 26);
- 2) il preliminare di vendita di immobili non trascritto (Trib. Roma, 19 marzo 1967, in *Dir.fall.* 1967, II, 677);
- 3) la domanda diretta a far dichiarare la nullità della donazione immobiliare (Cass. 28 gennaio 1966, n. 322, in *Dir. Fall.* 1966, II, 201).

E stato invece ritenuto opponibile alla massa di creditori concorsuali l'acquisto della proprietà trascritto prima della dichiarazione di fallimento (così Cass., 3 febbraio 1962, in *Dir, fall.*, 1962, II, 218).

Quid iuris nel caso in cui il preliminare di vendita o il contratto definitivo, stipulato prima della sentenza di fallimento del venditore o del promittente, non sia stato trascritto o sia trascritto dopo l'apertura di tale procedura?

Non v'è dubbio che, in questo caso, il curatore potrà agevolmente invocare l'inopponibilità del contratto ai sensi dell'art. 45 L.F, al fine di ottenere il rigetto dell'eventuale domanda giudiziale proposta dal compratore o dal promissario.

Il problema si complica quando alla data della sentenza di fallimento penda giudizio diretto ad ottenere una sentenza che *ex art.* 2932 c.c. tenga luogo del contratto non concluso e la relativa domanda giudiziale sia stata trascritta prima dell'apertura della procedura concorsuale.

In questo caso, la trascrizione della domanda *ex art.* 2932 c.c. esplica la funzione di *prenotare a* favore dell'attore gli effetti della futura sentenza di accoglimento della domanda, la cui trascrizione rende completo ed operante quel meccanismo pubblicitario composito, il cui momento iniziale, ma decisivo, consiste nella trascrizione della domanda giudiziale; se, dunque, la

trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.* è fatta per prenotare all'attore gli effetti della futura sentenza di accoglimento e, a tal fine, preservarlo dalle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda (art. 2352, n. 2, c.c.), ciò vuol dire che l'adempimento di questa ultima formalità è quanto occorre affinché il diritto reale che il primo acquista dal secondo, prevalga - una volta emessa e trascritta la sentenza costitutiva - sul contrario o incompatibile diritto venutosi a creare, nel frattempo, in capo al terzo, al quale pertanto quella sentenza, preceduta dalla pubblicità della domanda, sarà opponibile, ancorché trascritta dopo il titolo d'acquisto di costui. Orbene tale regola, lungi dall'essere derogata, è integrativa della disciplina dettata dall'art. 45 L.F., il quale parlando di "formalità necessaria per rendere opponibili gli atti ai terzi", non fa che enunciare un precetto in bianco o, se si vuole, un criterio generico, che però abbisogna, per la sua concreta applicazione, di essere puntualmente specificato a mezzo di quella norma che, secondo la fattispecie di cui di volta in volta si tratta, stabilisce quali siano per essa "le formalità necessarie".

Si è già visto che, in caso di sentenza resa contro il promittente venditore *ex artt. 2932 e 2652 n. 2 c.c.* e poi trascritta, la formalità necessaria per rendere opponibile ai terzi l'acquisto del promissario compratore, è che questi, anteriormente all'acquisto del terzo, abbia trascritto la domanda giudiziale e non anche la sentenza.

Quando poi il citato art. 45 soggiunge che le suddette formalità "se compiute dopo la data di dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori", dispone per ciò stesso che, se compiute prima, hanno effetto (così Cass., 3 gennaio 1975, n. 1, *in Dir, fall.*, 1915, II, 654).

Dal che, coordinando le due norme, derivano i seguenti corollari:

- 1) il promissario compratore che, prima della dichiarazione di fallimento del promittente venditore, abbia trascritto la domanda giudiziale *ex art.* 2932 c.c., può opporre al curatore la sentenza di accoglimento della detta domanda, passata in giudicato prima della apertura della procedura concorsuale, ancorché trascritta dopo;
- 2) la trascrizione della domanda giudiziale del promissario compratore ha effetto rispetto ai creditori del promittente venditore fallito, se eseguita anteriormente alla data della sentenza di fallimento;
- 3) l'effetto che è proprio di tale trascrizione consiste nel prenotare a favore dell'attore vittorioso e in confronto a qualsiasi terzo, l'efficacia costitutiva della futura sentenza di accoglimento;
- 4) l'opponibilità di tale domanda può essere neutralizzata dal curatore avvalendosi, in via di eccezione, della facoltà di sciogliersi dal contratto conferita dall'art. 72, comma 4, L.F, il quale trova applicazione non soltanto con riguardo alla vendita definitiva, ma anche con riguardo al preliminare di vendita non ancora eseguito dalla stipulazione del definitivo, ancorché il promissario abbia provveduto al pagamento del prezzo (così Cass., 13 maggio 1982, n. 3001, in Giust. Civ. 1989, 1, 2697).

Il tema trattato ci dà l'occasione per esaminare gli effetti della trascrizione, prima del fallimento, delle domande giudiziali.

La trascrizione delle domande giudiziali

Com'è noto, la trascrizione non sana gli eventuali vizi dell'atto che, quindi, la parte interessata può far valere in giudizio per ottenere l'annullamento, risoluzione o rescissione dell'atto stesso.

Ma cosa succede se, nel corso del giudizio, l'acquirente venda ad un terzo il bene acquistato ?

Il terzo subisce o non gli effetti della sentenza di annullamento, risoluzione o rescissione dell'atto impugnato ?

Il conflitto tra l'alienante ed il terzo (subacquirente) è regolato dagli artt. 2652 e 2653 c.c.

La nuova normativa sulla trascrizione del contratto preliminare

Fino alla promulgazione della Legge 28 febbraio 1997, n. 30 l'opinione prevalente riteneva che il contratto preliminare non potesse essere trascritto, perchè non comportava effetti traslativi.

La tutela del promissario acquirente si riduceva all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre *ex art. 2932 c.c.* ed alla trascrizione della domanda *ex art. 2652, n. 2.*

La trascrizione è oggi possibile ai sensi dell'art. 3, del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni nella Legge 28 febbraio 1997, n. 30, pubblicata nella *G. U.* n. 50 del 1° marzo 1997, che opera con la tecnica della novella. L'art. 3, del D.L. n. 669 del 1996 così dispone:

« 1. Dopo l'art. 2645 c.c., è aggiunto il seguente: "ART. 2645-bis. *(Trascrizione di contratti preliminari).* - *I contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai nn. 1, 2, 3 e 4, dell'art. 2643, anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costituire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autentica o accertata giudizialmente.*

2. La trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

3. Gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o, di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'art. 2652, comma 1, n. 2.

4. I contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione devono indicare, per essere trascritti, la superficie utile della porzione di edificio e la quota del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi.

5. Nel caso previsto nel comma 4 la trascrizione è eseguita con riferimento al bene immobiliare per la quota determinata secondo le modalità di cui al comma stesso. Non appena l'edificio viene ad esistenza gli effetti della trascrizione si producono rispetto alle porzioni materiali corrispondenti alle quote di proprietà predeterminate nonché alle relative parti comuni. L'eventuale differenza di superficie o di quota contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quelle indicate nel contratto preliminare non produce effetti.

6. *Ai fini delle disposizioni di cui al comma 5, si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura».*

I commi 1 e 2 chiariscono che devono essere trascritti non tutti i tipi di preliminare, ma solo quelli:

- 1) aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai nn.1, 2, 3 e 4, dell'art. 2643 (anche se sottoposti a condizione sospensiva o risolutiva o relativi ad edifici da costruire o in corso di costruzione);
- 2) che risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autentica o accertata giudizialmente.

Il legislatore ha quindi limitato la trascrizione ai soli preliminari di contratti traslativi, costitutivi o modificativi di diritti reali sui beni immobili, con ciò escludendo i preliminari di contratti ad effetti estintivi di diritti reali, di contratti costitutivi di diritti personali di godimento (come ad es. le locazioni ultranovennali, ed i conferimenti societari di godimento), i preliminari di divisione e quelli di transazione e quelli di contratti aventi ad oggetto beni mobili soggetti a registrazione, per i quali rimane possibile la trascrizione della domanda giudiziale ai sensi degli artt. 2690, n. I e 2652, n.2 c.c..

Sono sicuramente trascrivibili i *contratti preliminari bilaterali* e quelli *unilaterali* nei quali il soggetto obbligato a stipulare il definitivo è solamente il promittente alienante (così GABELLI, TONDO e LUMINOSO).

Non sembrano trascrivibili il *patto di opzione* e quello di *prelazione*, a causa tanto della diversità dal contratto preliminare quanto per il carattere tassativo delle previsioni normative in materia di trascrizione.

Poiché la Legge n. 30 del 1997 consente la trascrizione di contratti senza effetti traslativi diretti, sembra si debba ammettere la trascrizione dei *preliminari di vendita di cosa altrui*.

È sicuramente trascrivibile il preliminare avente effetti traslativi o costitutivi di diritti reali su edifici futuri.

Sono sicuramente trascrivibili il contratto preliminare per persona da nominare e la successiva dichiarazione di nomina ai sensi dell'art. 1403, comma 2, c.c..

Per la trascrizione del preliminare, la legge richiede che questo sia stato stipulato per atto pubblico o per scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

Se il preliminare è stato stipulato mediante scrittura privata semplice, l'interessato può procedere alla trascrizione della domanda giudiziale di verifica della detta scrittura e, successivamente, a domanda accolta, trascrivere il preliminare e la sentenza i cui effetti, a norma dell'art. 2652, n. 3, retroagiranno alla data di trascrizione della domanda giudiziale; in questo caso, il termine triennale di efficacia della trascrizione del preliminare decorre dalla trascrizione della domanda di verifica della scrittura privata e non dalla successiva trascrizione del preliminare e della sentenza.

Trascrizione del contratto definitivo e trascrizione del contratto preliminare: rapporto

Il comma 2, dell'art. 2645 *bis* stabilisce che:

«La trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, ovvero

della sentenza che accoglie la domanda ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare ».

Quindi, la trascrizione del preliminare *anticipa* (prenotandola) la trascrizione del contratto definitivo, riportando questa al momento della prima; si ha quindi, sostanzialmente, un'efficacia retroattiva della trascrizione (prenotata) del definitivo, assicurata dalla trascrizione (prenotante) dal preliminare (LUMINOSO).

Alla trascrizione del contratto preliminare può seguire:

1) la sentenza *ex art. 2932 c.c.* che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica del preliminare stesso;

2) un «*altro atto che costituisce comunque esecuzione*» del contratto preliminare traslativo, costitutivo o modificativo di diritti reali su beni immobili.

Il contratto definitivo o l'altro atto deve costituire *l'esecuzione* del preliminare o della sentenza *ex art. 2932 c.c.*; ciò significa che tra il contratto definitivo e quello preliminare vi deve essere *corrispondenza soggettiva* (nel senso che devono intercorrere tra gli stessi soggetti, salvo i casi del preliminare a favore di terzo e del preliminare per persona da nominare, sicuramente ammissibile) ed *oggettiva* (cioè deve riguardare lo stesso immobile e lo stesso effetto giuridico o tipo di diritto).

Il limite temporale dell'efficacia della trascrizione del contratto preliminare.

Il comma 3, dell'art. 2645-bis stabilisce che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare *cessano* (ipso iure) *e si considerano come mai prodotti, se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del definitivo ed, in ogni caso, entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, non venga eseguita la trascrizione del contratto definitivo (o di altro atto esecutivo del preliminare) ovvero la trascrizione della sentenza ex art. 2932 c.c. o almeno della domanda giudiziale ex art. 2652, comma I, n. 2, c.c.*

Il termine massimo di efficacia è dunque di tre anni; trattasi di termine posto a pena di decadenza e, come tale, non prorogabile per accordo tra le parti.

La trascrizione dei contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione.

Il comma 4, dell'art. 2645-bis c.c. dispone che:

«I contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione, devono indicare, per essere trascritti, la superficie utile della porzione di edificio e la quota del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi».

Ed il comma 5 aggiunge:

«Nel caso previsto nel comma 4, la trascrizione è eseguita con riferimento al bene immobile, per la quota determinata secondo le modalità di cui al comma stesso. Non appena l'edificio viene ad esistenza (ed, ai sensi del

comma 6, si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e sia stata completata la copertura), gli effetti della trascrizione si producono rispetto alle porzioni materiali corrispondenti alle quote di proprietà predeterminate nonché alle relative parti comuni. L'eventuale differenza di superficie o di quota contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quelle indicate nel contratto preliminare, non produce effetti ».

Va quindi osservato che la specificazione della superficie utile della porzione di edificio e (del)la quota del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi è posta dalla legge come condizione per la trascrizione del preliminare e non come condizione della sua validità.

La mancanza di tale specificazione impedirà perciò la trascrizione e legittimerà quindi il rifiuto del conservatore di eseguirla.

Alienazioni di beni mobili registrati (autovetture, navi, aeromobili ecc.)

L'art. 2914, n. 1, cui si riferisce l'art. 45 L.F., dichiara inefficaci, se non tempestivamente trascritte nel relativo Pubblico registro, anche le alienazioni di beni mobili registrati.

È quindi inopponibile alla massa dei creditori il contratto di compravendita di un'autovettura concluso con l'imprenditore *prima*, ma trascritta nel Pubblico Registro Automobilistico *dopo* la dichiarazione di fallimento (Cass., 11 ottobre 1961, n. 2086, in *Dir. fall*, 1961, li, 674 e Trib. Catania, 7 marzo 1974, in *Dir. fall* 1974,11,812).

Nel caso, invece, di alienazione di un autoveicolo non ancora iscritto al Pubblico Registro Automobilistico, si applica la disciplina concernente i

beni mobili ordinari e quindi non si configura l'ipotesi di inefficacia della vendita ex art. 45 L.F., per mancato perfezionamento della pubblicità ex art. 2683 c.c. (Cass., 5 agosto 1977, n. 3537, in *Dir. fall*, 1978, II, 44; Trib. Milano, 13 luglio 1992, in *Il fallimento*, 1992, 1187).

Qualora poi l'autoveicolo sia stato venduto in forza di un atto non trascritto, la domanda giudiziale diretta all'accertamento dell'avvenuto acquisto, trascritta prima del fallimento, è idonea a far retroagire gli effetti favorevoli dell'eventuale sentenza di accoglimento, e quindi comporta l'opponibilità al fallimento (Cass., 15 gennaio 1990, n. 101, in *//fallimento*, 1990, 588; Cass., 26 febbraio 1979, n. 1258, in *Dir. fall*, 1979,11, 160).

Va ricordato infine che si ritiene necessaria, ai fini dell'opponibilità al fallimento dell'aggiudicazione in sede di vendita, anche la trascrizione del sequestro operato ai sensi del R.D. 15 marzo 1927, n. 436, che istituisce il cosiddetto privilegio automobilistico (v. in questo senso: Cass. 17 luglio 1991, n. 7954, in *Il fallimento*, 1992, 30).

Ipoteca: opponibilità ex art. 45 L.F.

Com'è noto, l'art. 45 L.F. stabilisce che le formalità per rendere opponibili gli atti ai terzi sono inefficaci se compiute dopo la dichiarazione di fallimento.

A sua volta l'art. 2852 c.c. stabilisce che *«l'ipoteca prende grado dal momento della sua iscrizione, anche se iscritta per un credito condizionale... o per i crediti che possono eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente»*.

La prelazione ipotecaria sorge dunque, con l'iscrizione dell'ipoteca, e non già con la stipulazione del negozio costitutivo della stessa; ne consegue che

tale prelazione è opponibile ai terzi dal momento dell'iscrizione dell'ipoteca, anche se il credito (che l'ipoteca intende garantire) non è ancora sorto.

Va in proposito ricordato che *«dalla disposizione dell'art. 2852 che, ammettendo la costituzione di ipoteca anche per crediti soltanto eventuali, richiede tuttavia che si tratti di crediti che possono nascere in dipendenza di un rapporto già esistente, si può dedurre non solo l'esclusione della possibilità di un'ipoteca per crediti futuri determinati unicamente in relazione ai soggetti del rapporto, ma anche la necessità che del rapporto esistente, da cui può nascere il credito che legittima l'iscrizione, debbano essere indicati nel titolo gli estremi sufficienti ad individuarlo»* (Cass., 24 settembre 1975, n. 686). Va ora ricordato che l'ipoteca concessa prima ma iscritta dopo il fallimento del debitore, è improduttiva di effetti nei confronti della massa dei creditori concorrenti (arg. ex art. 2916 c.c.). Per il combinato disposto degli artt. 2809 e 2838, comma 1, c.c., l'ipoteca deve essere sempre iscritta per una somma determinata in denaro, anche se il credito da garantire non sia ancora liquido od esigibile.

Pegno: opponibilità ex art. 45 L.F.

Il pegno può avere per oggetto:

- 1) beni mobili (artt. 2786 ss., c.c.);
- 2) crediti (art. 2800 c.c.);
- 3) altri diritti (art. 2806 c.c.).

Esaminiamoli distintamente.

Pegno di beni mobili (art 2787 c.c.)

Ai nostri fini interessa principalmente la disposizione dell'art. 2787, comma 3, c.c. che così testualmente recita:

«Quando il credito garantito eccede la somma di lire 5.000, la prelazione non ha luogo se il pegno non risulta da scrittura con data certa, la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa».

Per una valida costituzione del pegno è dunque richiesto:

- A) *Un atto scritto ad substantiam ed a pena di nullità.*
- B) *Avente data certa.*

Come acutamente nota Cass., 25 novembre 1992, n. 12537 (in *Il fallimento*, 1993, 372) *"la forma scritta, la certezza di data della scrittura, il contenuto della stessa con la determinazione e l'esposizione dei criteri di determinabilità del credito e del bene oggetto della prelazione costituiscono requisiti richiesti ad substantiam perché venga a giuridica esistenza la prelazione pignorizia"*.

La mancanza quindi di uno di questi requisiti non determina l'inefficacia del pegno, ma preclude *ab inizio* che la prelazione costituisca qualifica del credito e vincolo del bene su cui la prelazione si voglia esercitare.

- C) *Contenente sufficiente indicazione del credito e della cosa.*

Insegna il Supremo Collegio che *«agli effetti dell'art. 2787, comma 3 c.c., perché il credito garantito possa dirsi sufficientemente indicato, non occorre che nella scrittura costitutiva di pegno sia specificato in tutti i suoi elementi soggettivi ed oggettivi, ma basta che contenga elementi tali da consentire l'individuazione del credito, anche con il sussidio di dati esteriori»* (Cass., 13 aprile 1977, n. 1380, in *Giust. civ.*, 1977,1, 1392; Cass., 12 luglio 1991, n. 7794, in *Il fallimento*, 1992, 27).

Vi è sufficiente individuazione del credito garantito da pegno, se questo è costituito a garanzia del saldo passivo, risultante da tutte le operazioni di credito, anche future, incluse in uno specifico rapporto di conto corrente in atto tra la banca ed il cliente (così ancora Cass., 13 aprile 1977, n. 1380, già cit).

Il precetto di legge è, inoltre, soddisfatto quando la scrittura contenga l'indicazione del credito o almeno del negozio dal quale può scaturire il credito garantito, sia esso futuro, condizionale, a termine o del tutto eventuale, e sempre che tale credito, anche se non ancora determinato, sia almeno determinabile (così Trib. Milano, 23 ottobre 1975, *m Banca, borsa e tit. cred.*, 1977, li, 359). L'indicazione della cosa data in pegno può anche risultare da scrittura separata ed annessa a quella contenente la convenzione, ma occorre ai fini del rispetto della prescrizione contenuta nell'art. 2787, comma 3, c.c., che i due documenti contengano elementi tali da consentirne il reciproco collegamento (App. Milano, 8 ottobre 1983, in *Il fallimento*, 1984,488).

Se il pegno è costituito per debiti futuri, Questi debbono derivare da un rapporto giuridico preesistente (Trib. Milano, 15 dicembre 1975, in *Dir. fall.*, 1976, II, 225; la sentenza è pubblicata anche in *Monti, trib.*, 1976, 46, con nota di CAPPELLETTI, *Requisiti del pegno su crediti futuri*).

La mancanza della scrittura avente i requisiti prescritti dal comma 3, dell'art. 2787 c.c., fa venir meno la prelazione per l'intero credito garantito dal pegno, e non soltanto per la parte eccedente il limite di lire 5.000.

D) *Le agevolazioni previste dal comma ultimo, dell'art. 2787 c.c.*

Il comma ultimo, dell'art. 2787 c.c. dispone che «*se il pegno risulta da polizza o da altra scrittura di enti che, debitamente autorizzati, compiono*

professionalmente operazioni di credito su pegno, la data della scrittura può essere accertata con ogni mezzo di prova».

La giurisprudenza del Supremo Collegio è ormai costante nel ritenere che tra gli enti tipicamente autorizzati a compiere professionalmente operazioni di credito su pegno debbano comprendersi non solo quelli previsti dall'art. 39, Legge n. 1979 del 1933 (e cioè i Monti di Pegno e gli altri enti abilitati all'esercizio del credito pignoratizio, secondo le modalità previste dal detto articolo), ma anche tutti gli Istituti di credito in genere, abilitati (ancorché in via non esclusiva) alle operazioni di credito su pegno in base alla generica autorizzazione all'esercizio del credito ed assoggettati anch'essi ad una rigorosa vigilanza, sia in ordine alla tenuta che riguardo alla formazione e registrazione delle scritture (così Cass. Sez. un., 15 aprile 1976, n. 1333, in *Dir. fall.*, 1976, II, 658 ed in *Foro ti.*, 1976,1, 1501, con nota di G. PEZZANO, *Amministrazione al passivo del correntista fallito, revocatola e azione restitutoria della curatela*; Cass., 1° marzo 1973, n. 560, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1974, II, 18; Cass., 20 settembre 1971, n. 2617, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1972, II, 354).

Tali enti possono dunque fornire, con ogni mezzo, la prova della data della scrittura costitutiva del pegno; ciò non toglie, però, che il pegno debba sempre risultare da una scrittura contenente sufficiente indicazione del credito e della cosa (così Cass. 1° marzo 1973, n. 560 già più volte cit.). La scrittura può essere costituita da un qualsiasi atto, purché sottoscritto da entrambe le parti (banca e debitore pignoratizio) ed in cui risulti sufficientemente indicato il credito e la cosa costituita in pegno.

L'art 45 L.F. e la data certa ex art. 2704 c. c.

Vi è contrasto in dottrina ed in giurisprudenza sul problema se la data certa di cui all'art. 2704 c.c. sia o non compresa tra le formalità richieste dall'art. 45 L.F., per l'opponibilità ai terzi degli atti compiuti dall'imprenditore.

Secondo l'opinione assolutamente prevalente in dottrina ed ormai costante nella giurisprudenza del Supremo Collegio, la data certa non rientra nella previsione dell'art. 45 L.F., in quanto questa norma fa riferimento al *contenuto* della scrittura e cioè *all'atto negozio giuridico compiuto* dall'imprenditore fallito, che essa è destinata a documentare, mentre l'art. 2704 c.c. disciplina soltanto l'accertamento dei confronti dei terzi della data della scrittura privata, prescindendo cioè dall'atto in essa contenuto.

Se ne deduce, come necessaria conseguenza, che, nella prima ipotesi l'inopponibilità colpisce l'atto e, quindi, sarebbe inutile una diversa prova (quand'anche fosse ammissibile) poiché non varrebbe a sanare l'inefficacia dell'atto nei confronti del fallimento; nella seconda ipotesi, invece, l'inopponibilità della scrittura è fine a sé stessa, lasciando salva ogni diversa prova del negozio che si intende far valere nei confronti del fallimento.

In tale seconda ipotesi, quindi, pur non essendo utilizzabile la scrittura priva di data certa, resta salva la possibilità di provare il negozio per testi o presunzioni, purché tale prova non risulti in contrasto con disposizioni che prescrivano la forma scritta (sia *ad substantiam* che *ad probationem*) o che comunque precludano una tale prova (art. 2721 ss. c.c.).

Nella giurisprudenza del Supremo Collegio si è quindi consolidato il principio secondo il quale: «*l'inopponibilità (art. 2704 c.c.) non riguarda il*

*negozio, ma la data della scrittura e cioè attiene non all'efficacia dell'atto ma solo alla prova che del momento della stipulazione voglia darsi mediante la scrittura e che, pertanto, la prova del negozio e della sua anteriorità rispetto al fallimento può essere sempre fornita, astraendo dal documento probatorio, con tutti gli altri mezzi consentiti, anche nei confronti di terzi - e quindi del curatore - salve le normali limitazioni derivanti dalla natura e dall'oggetto del negozio stesso» (così, per il fallimento, Cass., 4 febbraio 1981, n. 748, in *Glur. comrn.*, 1981, II, 572 ss.).*

La formalità per rendere opponibili ai terzi le scritture private relative a beni mobili.

Ai fini della certezza della data nei confronti dei terzi, il comma 1, dell'art. 2704 c.c., detta alcune regole valevoli per le scritture aventi natura negoziale, delle quali non sia autenticata la sottoscrizione. Regole invece superflue nel caso di scrittura autenticata nella firma, dato che tale formalità rende certa la data anche nei confronti dei terzi.

Afferma dunque l'art. 2704, comma 1° c.c., che riguardo ai terzi la scrittura privata ha data certa e computabile:

« ... dal giorno in cui... è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici, o, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento» (art. 2704, comma 1, c.c.).

Le suddette regole non si applicano invece alle scritture private che contengono dichiarazioni unilaterali non destinate a persona determinata, la data delle quali può essere accertata con qualsiasi mezzo di prova (art. 2704, comma 2, c.c.).

Il primo dunque dei fatti considerati dal comma 1 dell'articolo in questione, è la registrazione. È noto che i negozi redatti per iscritto, e taluni di essi anche se conclusi verbalmente, in quanto destinati a produrre effetti giuridici, sono sottoposti a *registrazione* in termine fisso ovvero in caso d'uso. Essi vanno cioè presentati e depositati presso l'ufficio del registro il quale ne cura l'annotazione in appositi registri pubblici.

La registrazione ha funzioni di diritto materiale e processuale e di diritto tributario ad un tempo.

La funzione di diritto materiale non è di pubblicità, ma appunto di prova, ossia di semplice accertamento - necessario per opponibilità ai terzi - dell'esistenza legale, ossia dell'oggettivamente certa esistenza del negozio e della data di esso (MESSINEO).

Quanto al fatto della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica del sottoscrittore, appare ovvio che lo scritto non possa farsi risalire a data posteriore al decesso del suo autore o che possa ritenersi formato in epoca in cui questi, non era in grado di sottoscrivere un documento.

L'ultima ipotesi prevista dall'art. 2704, comma 1, c.c., è quella della riproduzione in un atto pubblico del contenuto della scrittura privata: la data di questa diviene certa nei confronti dei terzi, dal momento in cui tale formalità è compiuta.

Va segnalato, a tale proposito, che, sempre ai fini della certezza della data del documento che ne sia privo, la S.C. ha escluso che la riproduzione degli elementi essenziali di una scrittura privata in una comparsa di risposta,

successivamente trascritta, equivalga alla trasposizione del contenuto della scrittura privata in un atto pubblico al fine di conseguire gli effetti previsti dall'art. 2704 c.c. (Cass., 15 febbraio 1979, n. 994, in *Mass. Giuris. civ.*, 1979).

Gli altri fatti rilevanti ai fini della certezza della data

L'elencazione dei fatti contenuta nell'art. 2704, comma 1 c.c., non è tassativa, bensì meramente esemplificativa. Sussiste pertanto la possibilità di considerare altri fatti che consentano di stabilire in modo egualmente certo, nei confronti dei terzi, il momento della formazione del documento.

Accanto dunque ad alcuni fatti tipici, la legge conferisce altrettanta efficacia ad altri fatti, purché siano di per sé idonei a conferire certezza in ordine alla data in cui il documento è stato formato. Spetterà all'interprete accertarne la rilevanza caso per caso, onde conferire ad essi una pari forza probante.

La certezza della data risultante dal timbro postale

Secondo un costante orientamento giurisprudenziale, la certezza della data di un documento può desumersi anche dal timbro postale apposto ad un foglio formante unico corpo con la scrittura non autenticata.

La data certa del patto di riservato dominio

L'argomento ha avuto un lungo travaglio ben riportato da Cass., 15 maggio 1978, n. 2357 che ha posto il seguente principio di diritto:

«Il patto di riservato dominio, che deve essere necessariamente coevo alla stipula della compravendita (posto che nella vendita con riserva di proprietà la volontà dei contraenti è unica ed inscindibile in ordine al rinvio dell'effetto traslativo della proprietà della cosa venduta al momento del completo versamento del prezzo), è opponibile ai creditori del compratore solo se è possibile provarlo documentalmente con atto reso pubblico anche in epoca successiva alla stipula, purché anteriormente al pignoramento (nell'ipotesi di esecuzione individuale) ovvero alla dichiarazione di fallimento (nell'ipotesi di esecuzione concorsuale cfr. art. 45 L.F.)».

Altre formalità ritenute idonee a conferire data certa all'atto o alla registrazione

Specie nel campo dei rapporti tra imprenditore e banca, si è stabilito che la data certa può essere costituita:

1) dalla vidimazione dei libri sociali da parte di un notaio o del cancelliere; a tale riguardo, va sottolineato che, se l'annotazione viene effettuata dopo la vidimazione d'apertura o di chiusura del libro sociale, è rispetto a quest'ultima che va fissata la certezza della data;

2) dalle risultanze del libro giornale di una banca, soggetto a vidimazione annuale ad opera di un pubblico ufficiale (Cass., 13 aprile 1977, n. 1380, in *Banca, borsa e Ut. crei*, 1978, li, 419);

3) dalla vidimazione notarile del registro valori in garanzia di una banca, in cui sia annotata una determinata operazione di credito su pegno, sempre che tra contenuto di questa ed il documento invocato come costitutivo della prelazione sussista il necessario collegamento (Cass., 1° marzo 1973, n. 560, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1973, 11, 18);

4) dalla vidimazione del libro pegni di una banca (Trib. Milano, 20 settembre 1971, in *Dir. Fal.* 1972,1, 337);

5) dalla copia notarile, integrale o per estratto, di una scrittura privata non autenticata (Cass., 21 febbraio 1966, n. 540, in *Banca, borsa e tit. crea*, 1966, E, 546);

6) dall'attestazione, da parte dell'ufficiale giudiziario procedente al pignoramento, di aver avuto cognizione personale di un determinato e specifico documento (così Cass., 18 luglio 1960, n. 1983) ovvero dall'esibizione della scrittura privata di cui si tratta allo stesso ufficiale giudiziario (così Cass., 22 luglio 1968, n. 2637);

7) dall'esecuzione del contratto consacrato nella scrittura, in quanto tale esecuzione ne presuppone la conclusione (Trib. Roma, 11 luglio 1961, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce « Fallimento », 1015, n. 289), sulla cui esattezza, però, si nutrono seri dubbi.

Pegno di crediti (art. 2800 c.c.)

L'art. 2800 c.c. dispone che «*nel pegno di crediti la prelazione non ha luogo se non quando risulta da atto scritto e la costituzione di esso è stata notificata al debitore del credito dato in pegno ovvero è stata da questo accettata con scrittura avente data certa*».

La Corte di Cassazione ha precisato, al riguardo, che «*il mero scambio dei consensi produce solo gli effetti prodromici disciplinati dagli art. 2801 e 2802 c.c., ma non dà luogo, di per sé solo, alla nascita del diritto reale di garanzia sul credito, poiché questo sorge solo con la notificazione del titolo costitutivo al terzo debitore, e cioè col completamento di una fattispecie a*

formazione successiva la quale assicura al creditore il diritto di prelazione sul credito».

Ne consegue, secondo il giudice di legittimità, che *«l'atto costitutivo del pegno di crediti, che sia stato stipulato anteriormente al provvedimento di ammissione all'amministrazione controllata, ma notificato al terzo debitore solo successivamente, non garantisce al creditore l'acquisto del diritto di prelazione nei confronti dei creditori concorrenti, precludendo l'esercizio di ogni diritto di garanzia a tutela del suo credito, atteso che, ai sensi degli artt. 167 e 168 1. fall., richiamati dal successivo art. 188, comma 2, l'imprenditore ammesso alla procedura di amministrazione controllata non solo non può, senza l'autorizzazione del giudice costituire pegni con efficacia rispetto ai creditori anteriori, ma neppure può consentire l'acquisto di diritti di prelazione a favore di un determinato creditore rispetto ai creditori concorrenti»* (Cass., 24 giugno 1995, n. 7158).

La cessione dei crediti

Com'è noto, l'art. 1260, comma 1, c.c. stabilisce che *«il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge».*

La cessione di credito è un contratto consensuale (che cioè si conclude per effetto del solo consenso dei contraenti), a causa variabile, nel senso che, al pari di tutti i negozi traslativi, può rientrare, di volta in volta, nell'uno o nell'altro tipo contrattuale (vendita, donazione, contratto solutorio, negozio di garanzia ecc.) a seconda del titolo o della causa che lo giustifica; la disciplina cui essa sarà soggetta è, caso per caso, quella propria del tipo di

contratto adottato, rispetto alla quale le norme speciali sulla cessione (art. 1260 ss. ex.) che ne regolano soprattutto gli effetti, sono meramente integrative (Cass., 20 novembre 1975, n. 3887).

La cessione di crediti, in quanto negozio a causa variabile, deve avere la forma richiesta dal negozio costituente la causa del trasferimento (Cass., 15 maggio 1974, n. 1396).

La cessione può avere ad oggetto: 1) crediti presenti; 2) crediti futuri, sempre che, al momento della conclusione del negozio, sussista il rapporto giuridico dal quale essi possano trarre origine, in modo da essere, sin da quel momento, determinati o determinabili (Cass., 2 agosto 1977, n. 34121).

Efficacia della cessione riguardo al debitore ceduto

Come è noto l'art. 1264 c.c. dispone:

« La cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata. Tuttavia, anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato, se il cessionario prova che il debitore medesimo era a conoscenza dell'avvenuta cessione ».

L'opinione prevalente - e preferibile - (v. Cass., 17 ottobre 1977, n. 4432; Cass., 2 giugno 1977, n. 2243; Cass., 20 aprile 1968, n. 1205) ritiene che la conoscenza o l'accettazione della cessione da parte del debitore ceduto non è condizione del trasferimento del credito dal cedente al cessionario (che, invece, avviene per effetto dello scambio di consenso tra questi), ma condizione perché il debitore ceduto possa validamente liberarsi della sua obbligazione nei confronti del cedente, pagando al cessionario.

«La notificazione al debitore ceduto (o la sua accettazione) è necessaria ai soli fini di escludere l'efficacia liberatoria del pagamento fatto al cedente anziché al cessionario» (Cass., 2 giugno 1977, n. 2243).

In altre parole: in mancanza di notificazione della cessione, il debitore ceduto, ignaro di questa, che paghi al cedente, anziché al cessionario (a lui ignoto), si libera validamente della sua obbligazione; non si libera, invece, se il cessionario è in grado di provare che egli era al corrente dell'avvenuta cessione. Da ciò consegue che, una volta intervenuta la notificazione, il debitore ceduto che voglia validamente liberarsi della sua obbligazione, deve necessariamente pagare al cessionario.

Quindi, se *dopo* la notificazione al debitore della cessione, interviene il fallimento del cedente ed il debitore paga a mani del curatore, il pagamento non ha efficacia liberatoria anche se autorizzato dal Giudice Delegato (Cass., 30 gennaio 1980, n. 708, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1981, II, pag. 14).

La notificazione della cessione al debitore ceduto

Può essere eseguita tanto dal cedente quanto dal cessionario. Per la sua efficacia è sufficiente che vengano comunicati gli elementi costitutivi ed identificativi della stessa (Cass., 14 maggio 1974, n. 1396 e 20 novembre 1976, n. 4372).

Ma ai fini di quanto disposto dall'art. 1264 c.c., la notificazione è solo quella da effettuarsi a mezzo d'ufficiale giudiziario o anche una qualunque comunicazione scritta ricevuta dal debitore ceduto?

L'opinione prevalente distingue tra *effetti nei confronti del debitore ceduto* ed *effetti nei confronti dei terzi acquirenti del credito ceduto* e ritiene che

nei confronti del primo è sufficiente una qualunque comunicazione idonea a rendere il debitore edotto dell'avvenuta cessione (Cass., 20 novembre 1976, n. 4372; Cass., 12 maggio 1990, n. 4077); nei confronti dei secondi, secondo mia opinione è necessaria invece la notificazione a mezzo d'ufficiale giudiziario (Cass., 4 febbraio 1969, n. 341 e 27 aprile 1961, n. 890; ed in dottrina BOZZA, in *II fallimento*, 1988, pag. 1052 e PANNUCCIO).

La Corte di Cassazione si è tuttavia espressa in senso contrario nella sentenza 12 maggio 1998, n. 4774 nella quale ha precisato che la opponibilità ai terzi della cessione del credito non presuppone che la relativa notifica al debitore ceduto venga necessariamente eseguita a mezzo ufficiale giudiziario, costituendo quest'ultima una semplice *species* (prevista esplicitamente dal codice di rito per i soli atti processuali) del più ampio *genus* costituito dalla notificazione intesa come attività diretta a produrre la conoscenza di un atto in capo al destinatario. Ne consegue che, tanto ai fini di cui all'art. 1264, quanto a quelli di cui ai successivi artt. 1265 e 2914, n. 2 c.c., la notificazione della cessione (così come il correlativo atto di accettazione), non identificandosi con quella effettuata ai sensi dell'ordinamento processuale, costituisce atto a forma libera, non soggetto a particolari discipline o formalità.

Accettazione da parte del debitore ceduto

Secondo un'opinione, trattasi non di dichiarazione di scienza, ma di atto negoziale e precisamente di riconoscimento di debito; in senso contrario, altra dottrina che parla di «presa d'atto», cioè d'ammissione del solo

ricevimento della comunicazione della cessione, senza volontà alcuna di riconoscere l'esistenza del debito (opinione, a mio avviso, preferibile). L'accettazione non richiede alcuna forma particolare, al di fuori delle procedure concorsuali.

Fallimento del cedente

In campo fallimentare, il principio per il quale la cessione di crediti, in quanto contratto consensuale ad effetti reali, comporta l'immediato trasferimento dei crediti dal patrimonio del cedente a quello del cessionario, va coordinato con l'altro, fissato dall'art. 45 L.F., per il quale le formalità di rendere opponibili gli atti a terzi debbono essere state effettuate prima della dichiarazione del fallimento, altrimenti sono inefficaci rispetto ai creditori concorsuali.

Per le cessioni di crediti, le formalità sono quelle stabilite dall'art. 2914, n. 2 c.c., per il quale *«non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione»* (e, nel caso di fallimento, in pregiudizio dei creditori concorsuali), *«le cessioni di crediti che siano state notificate al debitore ceduto o accettate dal medesimo, successivamente al pignoramento»* (e, nel caso di fallimento, alla sentenza dichiarativa dello stesso). Al contrario, sono opponibili alla massa dei creditori concorsuali, le cessioni di crediti notificate al debitore o da questo accettate con atto di data certa, *prima* della sentenza di fallimento.

Per l'opponibilità, ai creditori concorsuali, non basta che la cessione risulti da atto di data certa anteriore al fallimento, ma è necessaria la notificazione (intesa ormai pacificamente come comunicazione) della cessione stessa al

debitore ceduto o l'accettazione di questo con atto di data certa anteriore al fallimento.

In mancanza di tali formalità, il credito oggetto della cessione, nei confronti dei creditori concorsuali del cedente, si deve considerare ancora compreso nel patrimonio del fallito; quindi il debitore ceduto, per liberarsi della propria obbligazione, deve pagare al curatore, mentre al cessionario non resterà che insinuare il suo credito al passivo del fallimento del cedente.

Se, invece, la cessione è stata formalmente notificata al debitore ceduto - o è stata da questo accertata - con atto di data certa *ex art 2704 c.c.*, prima della dichiarazione di fallimento del cedente, la stessa è opponibile al curatore ed il debitore ceduto può liberarsi solo pagando al cessionario.

Questi può quindi riscuotere il credito direttamente dal debitore ceduto. Se costui paga, v'è estinzione del debito del cedente nei confronti del cessionario e del debitore ceduto nei confronti del cedente.

Quid iuris se il debitore ceduto non paga ?

Poiché nella *cessio pro solvendo* v'è liberazione del cedente subordinatamente alla condizione che il debitore ceduto esegua il pagamento, ne consegue che il cessionario oltre ad agire nei confronti del debito ceduto, ha diritto d'insinuarsi in via condizionale al passivo del fallimento del cedente, con l'ulteriore diritto ad ottenere l'accantonamento *ex art. 113 L.F.* nella ripartizione dell'attivo (Trib. Roma, 28 luglio 1966, in *Banca, borsa e Ut. cred.*, 1966, E, 645).

Il credito del cessionario è chirografario (Cass. 30 maggio 1960, n. 1398) e quindi rimane « cristallizzato », ossia non produce interessi nè può essere rivalutato fino alla chiusura del fallimento del cedente.

L'opponibilità della cessione del credito nei confronti di terzi nell'ambito del factoring

L'art. 5, della Legge n. 52 del 1991 stabilisce che, quando il cessionario abbia pagato, anche soltanto in parte, il corrispettivo della cessione e il pagamento abbia data certa, la cessione è opponibile: 1) agli altri aventi causa del cedente, il cui titolo di acquisto non sia stato reso efficace verso i terzi (con la notifica o l'accettazione di cui all'art. 1265 c.c.) prima della data di pagamento; 2) ai creditori del cedente che abbiano pignorato il credito dopo la data del pagamento; 3) al fallimento del cedente, se la sentenza dichiarativa di fallimento è posteriore alla data del pagamento (salvo che il curatore provi che il cessionario conosceva lo stato di insolvenza del cedente al momento del pagamento, sempre che questo sia avvenuto nel semestre anteriore al fallimento e prima della scadenza del debito ceduto. Ai commi 2 e 3, si precisa che il cessionario conserva la possibilità di rendere la cessione opponibile ai terzi come previsto dal codice civile, mentre è fatta salva l'efficacia liberatoria del pagamento del debitore ai terzi, sempre secondo le norme del codice civile. È stato dunque introdotto - come si diceva - un nuovo mezzo di opponibilità, mantenendo fermi e sempre validi, anche per la cessione dei crediti d'impresa, i mezzi previsti dagli artt. 1265 e 2914, n. 2, c.c.. La nuova normativa si «aggiunge» a quella previgente: si è, quindi - in relazione all'opponibilità - di fronte ad un regime del c.d. «doppio binario».

Fra i tre mezzi di opponibilità si pone un problema di gerarchia: se il credito viene ceduto a più soggetti e nessuno di essi paga il corrispettivo con atto di data certa, allora prevale la cessione notificata o accettata per prima; soltanto qualora manchino sia la notifica sia l'accettazione (ovvero nel caso in cui la notifica o l'accettazione siano successive al pagamento), allora prevale la

cessione il cui corrispettivo sia stato pagato (con data certa), anche se soltanto in parte; invece nel caso di notifica o accettazione o pagamento di una o alcune soltanto delle cessioni, prevarrà la cessione notificata, accettata o pagata per prima. Nell'ipotesi, poi, di più pagamenti, sembra che debba prevalere la cessione il cui pagamento, benché parziale, abbia data certa anteriore; nell'ipotesi, invece, di più pagamenti eseguiti nella stessa data, sembra debba prevalere il pagamento di importo maggiore (così ALESSI).

La legge richiede che il pagamento totale o parziale del corrispettivo abbia *data certa, rectius che risulti da un documento avente data certa ex art. 2704 c.c.* Quindi, per l'opponibilità dell'intera cessione, la legge ritiene sufficiente il pagamento (risultante da un documento avente data certa *ex art. 2704 c.c.*) *anche parziale* del corrispettivo, il pagamento può avvenire alla scadenza del debito o successivamente o anche in una data precedente.

CAPITOLO V
L'INEFFICACIA EX ART 2901 C.C. ED EX ART. 64 E 67 L.F.
DELLE GARANZIE REALI E PERSONALI

Premessa

Il secondo comma dell'art. 2901 c.c. stabilisce che "*Agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerati atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito*".

E le prestazioni di garanzia non contestuali al credito garantito, sono o non da considerarsi atti a titolo gratuito ?

L'art. 64 L.F., a sua volta, dispone che "*Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito*..."

L'art. 67 1° co. stabilisce che "*Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore:*

(omissis)

3) *i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituite nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti*;

4) *i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali e volontarie costituite entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti*."

Ed il 2° co. dell'art. 67 aggiunge:

"Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore...(gli atti) costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento".

Dal complesso di queste disposizioni si ricava che la sanzione dell'inefficacia è disposta dal legislatore con riferimento alle garanzie costituite:

per un debito proprio, preesistente, scaduto o non scaduto;

per un debito proprio o altrui, contestualmente creato,

Secondo l'opinione prevalente - e preferibile - (cfr. per tutte Cass. 5 dicembre 1992 n. 12498) *«la contestualità non va intesa in senso meramente cronologico o formale, ma in senso logico per cui essa deve essere riconosciuta esistente anche quando l'atto costitutivo dell'obbligazione e quello costitutivo della garanzia, sebbene distinti nel tempo, costituiscono i momenti di un rapporto unitario che abbia per contenuto una obbligazione originariamente concepita e voluta con il presidio di quella garanzia, in origine concordata e senza la quale il credito non sarebbe stato concesso ».*

Le garanzie non contestuali sono, invece, quelle costituite o prima o anche molto tempo dopo la nascita del debito altrui.

Il comma 2 dell'art. 2901 c.c., in tema di revocatoria ordinaria, stabilisce che *«le prestazioni di garanzia, anche per debito altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito»*; trattasi di presunzione legale assoluta, che non ammette prova contraria.

La presunzione riguarda la garanzia contestuale; ne consegue che essa non opera per la garanzia non contestuale.

Garanzia contestuale

Il primo problema che si pone all'interprete è quello di stabilire se, nel caso di successivo fallimento del garante, la natura gratuita od onerosa della garanzia deve essere accertata sulla base dell'art. 64 L.F., oppure sulla base dell'art. 2901, comma 2, c.c.

In altri termini, si tratta di verificare se la presunzione di onerosità prevista dall'art. 2901, comma 2, c.c. per le garanzie contestuali per debiti altrui, è applicabile, in via estensiva o analogica, anche all'azione revocatoria fallimentare.

Detta verifica si rende indispensabile perché, come noto, per testuale disposizione dell'art. 2901, comma 2, solo «*agli effetti della presente norma*» (*scilicet*, dell'azione revocatoria ordinaria) «*le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito*».

Secondo un'opinione minoritaria la presunzione di onerosità di cui all'art. 2901, comma 2, c.c., non si applica alla revocatoria fallimentare, in quanto questa ha presupposti e finalità talmente diversi dalla revocatoria ordinaria che non è possibile estendere alla prima, neppure in via analogica, i principi propri della seconda; di conseguenza, il problema della natura gratuita od onerosa delle garanzie contestuali prestate dal fallito per debiti altrui deve trovare la soluzione unicamente nell'ambito dell'art 64 L.F., (cfr. in giurisprudenza: Trib. Monza, 27 maggio 1993, 1994, 1131; Cass. 25 maggio 1998 n. 5264).

Diversa è invece l'opinione dottrinale e giurisprudenziale assolutamente maggioritaria, ad avviso della quale la presunzione assoluta di onerosità, fissata dall'art. 2901 secondo comma c.c. per le prestazioni di garanzia (anche per debiti altrui) contestuali al sorgere del credito, si estende alle ipotesi previste dagli artt 64 e 67 L.F., in quanto:

a) l'azione revocatoria ordinaria e quella fallimentare, pur avendo diversi *petitum* e *causa petendi*, hanno la stessa funzione consistente nella tutela del creditore contro gli atti fraudolenti del debitore; in proposito v'è riconoscimento testuale nell'art. 67, secondo comma, L.F., che equipara agli atti a titolo oneroso quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti contestualmente creati;

b) dal sistema delle norme contenute nell'art. 67 L.F., si desume che la garanzia prestata dal terzo contestualmente al credito garantito è onerosa. Infatti, tutto l'art. 67, secondo comma si riferisce sia alla garanzia prestata dal debitore che a quella prestata dal terzo; inoltre la norma equipara la garanzia contestuale agli atti a titolo, oneroso. (Cass. 07 giugno 1999 n. 5562).

Alla luce di questa corrente di pensiero si debbono considerare atti a titolo oneroso le garanzie anche per debiti altrui prestate contestualmente al sorgere del credito: in questa ipotesi appare evidente ed incontrovertibile «il nesso di corrispettività tra la prestazione della garanzia e la concessione del credito»: questo nesso è idoneo ad imprimere all'intera operazione il carattere dell'onerosità ai sensi e per gli effetti di quanto disposto tanto dall'art. 2901, comma 2, c.c. («*le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando siano contestuali al credito garantito*»), quanto dall'art. 67, comma 2, L.F. (che, equipara agli atti a titolo oneroso quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti contestualmente creati, posti in essere nel semestre anteriore alla dichiarazione di fallimento, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato di insolvenza del debitore): così Cass., 20 maggio 1985, n. 30851. La soluzione che, di volta in volta, viene data al problema in oggetto condiziona la risoluzione di un secondo problema, quello cioè di verificare se, per la qualificazione gratuita od onerosa della garanzia contestuale, si deve prendere in considerazione solo il rapporto tra il garante (fallito) ed il creditore garantito, oppure l'intero rapporto garante-creditore garantito-creditore principale. E' evidente, infatti, che chi accoglie, quanto al primo problema, la tesi minoritaria, non potrà poi che fare esclusivo riferimento, ai fini della qualificazione della natura gratuita od onerosa del negozio di garanzia, alla posizione del garante nei confronti del creditore garantito, e quindi alla situazione del patrimonio del primo; ciò nell'ottica dell'art. 64, il quale, come già abbiamo

visto, opera la qualificazione giuridica della gratuità dell'atto *ex parte debitoris* (cfr. Trib. Milano, 21 febbraio 1980).

Dovranno perciò ritenersi onerose tutte le garanzie prestate per debiti altrui, allorché il garante fallito prestandole, abbia ricevuto un vantaggio diretto (vale a dire un corrispettivo, da parte del debitore finanziato), oppure indiretto (e cioè consistente nell'interesse a veder incrementato il patrimonio del debitore finanziato, come si verifica, ad esempio, nel rapporto tra società controllante e società controllata), mentre, in tutti gli altri casi, si dovrà ritenere il negozio di garanzia a titolo gratuito. Chi, invece, accoglie la tesi maggioritaria - a mente della quale il secondo comma dell'art. 2901, c.c. trova applicazione anche in sede fallimentare - ci pare sia poi obbligato a qualificare come onerosa ogni garanzia per debiti altrui contestuale al sorgere del credito garantito.

Garanzia non contestuale

In questo caso è assolutamente fuori discussione che non può trovare applicazione la disposizione del secondo comma dell'art. 2901 c.c..

Si tratta allora di individuare i criteri in base ai quali una garanzia prestata successivamente al sorgere del credito garantito può essere qualificata come gratuita ed onerosa.

Secondo l'opinione prevalente (ed, a nostro avviso, preferibile) non esistono soluzioni prefabbricate, nel senso che la mancanza di contestualità tra il sorgere del credito garantito e la costituzione della garanzia non è, di per sé, sufficiente a far ritenere quest'ultimo un atto a titolo gratuito. Perciò, l'accertamento della gratuità od onerosità della garanzia dovrà effettuarsi in base ai normali criteri probatori. (v. Cass. 27 aprile 1964, n. 1009, cit. e Trib. Milano, 6 settembre 1979, cit.).

Secondo un'altra opinione, che argomenta invece *a contrario* dal secondo comma dell'art. 2901 c.c., la non contestualità equivale alla gratuità della garanzia (v. Cass., 21 giugno 1974, n. 1241, in Banca, borsa e Ut. cred., 1974, II, 180). Naturalmente anche in questa ipotesi l'onerosità o gratuità della garanzia va valutata, a nostro avviso, tenendo d'occhio la posizione del garante: quindi, sarà ritenuta onerosa qualsiasi garanzia che abbia comportato per il garante un vantaggio diretto od indiretto; sarà ritenuta gratuita ogni altra garanzia. Secondo MAFFEI ALBERTI, invece, si deve distinguere a seconda che la garanzia sia stata concessa per un debito scaduto, oppure per un debito non ancora scaduto. Nel primo caso, la garanzia non può essere mai gratuita, stante che il creditore, il quale era già in grado di pretendere l'immediato pagamento, si è accontentato di un *minus* e cioè della garanzia del futuro pagamento. Nel secondo caso, invece, la garanzia è gratuita tutte le volte che il debitore l'abbia concessa senza trarne alcun vantaggio, ma ad esclusivo profitto del creditore.

Revocabilità dell'ipoteca volontaria validamente iscritta prima della dichiarazione di fallimento

Il curatore, una volta accertato che l'ipoteca è stata validamente iscritta prima della dichiarazione di fallimento del debitore, deve altresì verificare se essa è o non revocabile ai sensi degli artt. 64 o 67 della legge fallimentare. A tal fine bisogna distinguere tra ipoteca costituita a garanzia di un debito proprio di esso fallito ed ipoteca costituita a garanzia di un debito altrui.

Ipoteca costituita dal fallito a garanzia di un debito proprio

Bisogna verificare se l'ipoteca è stata costituita a titolo gratuito od a titolo oneroso.

Criterio utile per questa verifica è dato dalla contestualità tra l'ipoteca e la nascita del credito garantito, intesa la contestualità come simultaneità logico-volitiva e non meramente cronologica tra ipoteca e credito garantito, anche se risultanti da atti separati.

E poiché l'art. 67, secondo comma, con una disposizione che ricalca sostanzialmente quella del secondo comma dell'art. 2901 c.c., equipara gli atti a titolo oneroso, a quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti creati contestualmente, ne consegue che le garanzie contestuali sono considerate sempre atti a titolo oneroso e, quindi, revocabili se ne ricorrono i presupposti di legge, ai sensi dell'art. 67 e mai ai sensi dell'art. 64 L.F.

Non è però legittimo ritenere, *a contrario*, che le garanzie non contestuali sono a titolo gratuito.

Bisogna invece distinguere a seconda che l'ipoteca sia costituita a garanzia di un debito scaduto o non scaduto alla data della sua iscrizione: nel primo caso, la garanzia non può ritenersi data a titolo gratuito in quanto il creditore, che è già in grado di pretendere l'immediato pagamento, si accontenta, di un *minus*, ossia della garanzia ipotecaria.

Questa può essere dunque revocata ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 4, L.F., se costituita nel semestre anteriore alla dichiarazione di fallimento, salvo che il creditore ipotecario dimostri che non conosceva lo stato di insolvenza del concedente poi fallito.

Se, invece, l'ipoteca è stata costituita (cioè iscritta) a garanzia di un debito proprio non ancora scaduto (sempre alla data della sua iscrizione), essa va

considerata «gratuita» se il debitore l'ha concessa senza trarne alcun vantaggio, ma ad esclusivo profitto del creditore; onerosa nel caso opposto.

Ipoteca costituita a garanzia di un debito altrui

La costituzione può essere avvenuta contestualmente o non contestualmente al sorgere del credito garantito.

Se la costituzione è avvenuta contestualmente, l'ipoteca si deve considerare concessa a titolo oneroso e quindi revocabile ai sensi dell'art. 67, secondo comma L.F., che ricalca sostanzialmente il precetto contenuto nell'art. 2901, secondo comma, c.c., per il quale *«le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito»*.

Se l'ipoteca è stata iscritta non contestualmente al sorgere del credito garantito, non si può ritenere che la stessa sia stata rilasciata a titolo gratuito, argomentando *a contrariis* dall'art. 2901, secondo comma, c.c.. Secondo l'opinione preferibile, la natura onerosa o gratuita del rapporto di garanzia va accertata con riferimento alla posizione del fallito, cui la normativa fallimentare si riferisce, sicché la prestazione di garanzia per debito altrui non contestuale al sorgere del credito garantito, deve considerarsi onerosa o gratuita a seconda che il fallito medesimo abbia ricevuto o meno un vantaggio patrimoniale, non essendo sufficiente a qualificare il rapporto un semplice interesse, sia pure di natura economica.

Simulata apertura di credito e contestuale concessione di garanzia ipotecaria

Si tratta di un'ipotesi assai frequente che merita perciò di essere menzionata. È prassi presso gli istituti di credito di creare una simulata apertura di credito a favore del cliente, con contestuale concessione di garanzia da parte di quest'ultimo, per nascondere una concessione di garanzia per debito in realtà preesistente o, addirittura, un atto solutorio. In buona sostanza, quando la banca apprende lo stato di dissesto del cliente suo debitore (di solito, per saldo passivo di conto corrente), anziché richiedere una garanzia per il debito, simula un'apertura di credito, con contestuale prestazione di garanzia, ed incamera poi la somma, che simula di aver anticipato, a soddisfazione del debito preesistente: trasferendo in tal modo l'operazione sotto il più lieve regime del secondo comma dell'art 67. Siffatte operazioni sono unanimemente state ritenute dalla giurisprudenza come revocabili ai sensi del primo comma dell'art. 67 (Cass. 17 ottobre 1973, n. 2622, in Dir. fall, 1974, II, p. 602).

Revocabilità del pegno

Relativamente al pegno costituito prima del fallimento (ma preceduto da amministrazione controllata o concordato preventivo), il curatore ed il Giudice Delegato devono verificare se sussistano i presupposti per la sua revoca e precisamente:

- a) ai sensi dell'art. 64 L.F., se è stato costituito « a titolo gratuito » nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento; secondo Cass. 20 maggio 1987, n. 4608 la garanzia reale (nella specie, pegno di libretto di risparmio

al portatore) che sia prestata dal terzo in un momento successivo al sorgere del debito garantito, ove non risulti correlata ad un corrispettivo economicamente apprezzabile proveniente dal debitore principale o dal creditore garantito, è qualificabile come atto a titolo gratuito, revocabile ex art. 64 1. fall., nel caso di fallimento del garante;

- b) ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 3, L.F., se è stato costituito nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento «*per debiti non scaduti*»;
- c) ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 4, L.F., se è stato costituito nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento «*per debiti scaduti*»;
- d) ai sensi dell'art. 67, secondo comma, L.F., se è stato costituito nel semestre anteriore alla dichiarazione di fallimento «*per debiti, anche di terzi, contestualmente creati*».

Ricordiamo, infine, che il S.C., modificando, con le sentenze 30 gennaio 1985, n. 579 e 16 ottobre 1987, n. 7649, il proprio orientamento, ha statuito che la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 67 L.F., non si applica a tutti gli istituti che esercitano il credito su pegno, ma soltanto a quelli che siano stati autorizzati specificamente a compiere quel tipo di operazione in base ad un'apposita normativa (Monti di credito su pegno) (nello stesso senso, Cass. 25 gennaio 1993, n. 851 e App. Milano, 22 marzo 1991, in Banca, borsa e tit. cred., 1992, II, p. 443).

Revocabilità della fideiussione

Il curatore deve accertare se sussistano o no i presupposti per la revoca della fideiussione: *ex art. 64 L.F.*, in quanto atto a titolo gratuito posto in essere nei due anni precedenti la dichiarazione di fallimento del fideiussore fallito; *ex art. 67, secondo comma, L.F.*, in quanto atto a titolo oneroso perché

contestuale al credito garantito, posto in essere nei sei mesi precedenti la dichiarazione di fallimento.

L'accertamento sub a)

Orbene, secondo un primo orientamento, per stabilire la natura gratuita od onerosa della garanzia fideiussoria, occorre fare riferimento unicamente al rapporto tra il fideiussore fallito e il creditore garantito, nel senso che la fideiussione deve ritenersi gratuita, se tale è il rapporto intercorrente tra il fideiussore e il creditore garantito; deve, invece, «ritenersi onerosa, se oneroso è il corrispondente rapporto. Secondo un altro orientamento, invece, l'accertamento della natura gratuita od onerosa della garanzia deve effettuarsi sulla base dell'esame globale dei rapporti intercorsi tra fideiussore, creditore e debitore principale (v. per tutte App. Milano, 16 giugno 1981, in Fallimento, 1981, p. 372; Trib. Milano, 6 settembre 1979, in Dir. fall, 1981, II, p. 419; Trib. Milano, 28 maggio 1984, in Fallimento, 1984, p. 1521; App. Milano, 4 ottobre 1983, ivi, 1984, p. 479). Si ritiene, infatti, che la fideiussione sia onerosa, se la stessa sia data in vista di un'attribuzione corrispettiva allo stesso fideiussore, o al debitore finanziato; sia, invece, gratuita, se manca del tutto la previsione di un corrispettivo (Trib. Milano, 29 novembre 1984, IVI, 1985, p. 220).

L'accertamento sub b)

Com'è noto, in proposito si sono formate due opinioni:

A) quella seconda la quale la presunzione *iuris et de iure* di onerosità (fissata dall'art. 2901 c.c.) per le garanzie concesse contestualmente al

sorgere del credito garantito è applicabile anche alla revocatoria fallimentare (così Cass. 20 maggio 1987, n. 2085, in Fallimento, 1985, p. 1147; Cass. 27 aprile 1964, n. 1009, in Dir. Fall, 1964, II, p. 368; Trib. Milano, 20 gennaio 1975, ivi, 1975, II, p. 611; App. Venezia, 1° marzo 1975, ivi, 1975, II, p. 759; Cass. 21 giugno 1974, n. 1871, in Banca, borsa, tit. cred., 1974, II, p. 180); mentre nel caso di garanzie concesse non contestualmente (e cioè successivamente al credito garantito), non v'è presunzione di gratuità e quindi l'accertamento della onerosità o gratuità della garanzia deve riguardare l'esistenza o meno di un corrispettivo per il garante o per il debitore (così le sentenze citate, ad eccezione di Cass. 21 giugno 1974, n. 1871, cit.).

B) quella secondo la quale *«la presunzione di onerosità posta dall'art. 2901 per la fideiussione contestuale al credito garantito non è operante ai fini della revocatoria fallimentare, rispetto alla quale il problema della gratuità o onerosità della fideiussione medesima, per debiti altrui, si deve risolvere in base alla natura giuridica dell'atto e alla sua concreta configurazione, al di fuori dell'art. 2901 c.c. e 67 L.F.»* (così Trib. Roma, 9 marzo 1973, in Banca, borsa, tit. cred., 1975, II, p. 474): quindi *«si deve ritenere data a titolo gratuito e, perciò, revocabile ex art. 64 L.F., la fideiussione prestata in favore di un terzo, se il debitore garantito o il garante non hanno ricevuto alcun corrispettivo»* (così Trib. Milano, 21 ottobre 1976, in Dir. fall, 1977, II, p. 340). Quale delle due opinioni si voglia accogliere, non vi è dubbio che, in entrambi i casi, il Giudice Delegato non ammetterà al passivo del fallimento il credito della banca, se riterrà sussistente, in concreto, il presupposto per la declaratoria giudiziale di inefficacia ex artt. 64 o 67 L.F..

Di qui l'ulteriore conseguenza che *«se il creditore si insinua al passivo del fallimento in base a decreto ingiuntivo non opposto (ottenuto in base a precedente fideiussione del fallito), tale giudicato non preclude al curatore la possibilità di opporre l'inefficacia ex artt. 67 o 64 L.F., del negozio giuridico (fideiussione) che ha dato origine a quel credito, al fine di ottenere l'esclusione del credito medesimo dallo stato passivo fallimentare»* (così Trib. Milano, 21 ottobre 1976, in Dir. fall, 1977, II, p. 340). Infatti *«l'opponibilità alla massa degli atti di cui agli artt. 64 o 67 L.F., (nella specie, fideiussione a titolo gratuito prestata dal fallito nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento) si traduce in una inefficacia degli atti stessi, che non incide sulla loro esistenza e validità. Pertanto, al fine dell'esclusione dal passivo fallimentare, non rileva che la sussistenza e l'ammontare del credito risultino definitivamente accertati da un giudicato formatosi fra le stesse parti in un altro giudizio»* (Cass. 9 marzo 1978, n. 1180, in Dir. fall, 1978, II, p. 407).

CAPITOLO VI
L'ECCEZIONE DI ANNULLABILITÀ DEL NEGOZIO
SUL QUALE SI FONDA IL CREDITO INSINUATO

Può essere proposta dal curatore tanto in sede di verifica dei crediti, quanto nel giudizio di opposizione, ex art. 98 co. 2 l.f., proposto avverso l'esclusione del credito dallo stato passivo.

Com'è noto, l'annullabilità costituisce una sanzione minore rispetto alla nullità ed è conseguente all'esistenza di un vizio nella fase genetica del contratto.

La nota differenziale più importante tra nullità ed annullabilità sta in ciò: mentre il contratto nullo non produce mai effetti, quello annullabile li produce in modo precario nel senso che gli effetti sono esposti al rischio di essere cancellati *ex tunc*, qualora sia proposta - ed accolta con sentenza costitutiva - l'azione di annullamento.

L'annullabilità è prevista e regolata:

- 1) in via generale dagli artt. 1425-1426 e 1441-1446 del codice civile;
- 2) in via specifica:
 - a) dagli artt. 1427-1440 c.c.;
 - b) dagli artt. 1394, 1395, 1471 n. 3 e 4, 1892, 1971, 1973, 1974, 1975, 2098, 2113, c.c.;
 - c) da altre norme.

Annullabilità del contratto se il consenso di uno dei contraenti è viziato da errore, violenza o dolo (artt. 1427-1440 c.c.)

L'errore

E causa di annullamento del contratto quando:

- a) è essenziale;
- b) è riconoscibile dall'altro contraente.

Essenzialità

L'art. 1429 stabilisce che l'errore è essenziale quando cade:

- 1) sulla natura o sull'oggetto del contratto;
- 2) sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero su una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso;
- 3) sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso;
- 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto.

L'errore riconoscibile

L'errore è causa di annullamento del contratto, se è essenziale *ex art. 1429 c.c.* e riconoscibile *ex art. 1431 c.c.*, cioè quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto o alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo (art. 1431 c.c.).

Quindi, *«se il mancato riconoscimento dell'errore è imputabile a negligenza o trascuratezza di controparte, il suo affidamento non è più considerato degno di tutela»* (E. Roppo).

L'annullamento del contratto per dolo

Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato (art. 1439, comma 1, c.c.): è il c.d. dolo determinante del consenso. Se invece questa avrebbe ugualmente contrattato, ma a condizioni diverse (c.d. *dolo incidente*) il contratto è valido, ma l'altro contraente deve risarcirle il danno subito (art. 1440 c.c.),

«Di regola, non è determinante del consenso e quindi non porta all'annullamento del contratto, quel dolo che si risolve nella generica esaltazione, al di là del vero e del verosimile della qualità di ciò che si offre o si promette (c. d. dolus bonus), proprio perché nessuna persona ragionevole mediamente esperta ed accorta, si indurrebbe a concludere il contratto solo per effetto di simili vanterie, così usuali nella prassi commerciale. Peraltro, l'efficacia ingannativa del dolo non va apprezzata in astratto, ma con riguardo alle circostanze concrete, e dunque alle particolari condizioni psicologiche, culturali e sociali della persona ingannata» (così E. Roppo).

Ma il raggio può provenire anche da un terzo: questo tipo di raggio, però, può determinare l'annullamento del contratto solo se noto (e non semplicemente riconoscibile) al contraente e se questo ne ha tratto vantaggio (art. 1439, comma 2, c.c.),

E il caso di chi *«per ottenere un mutuo si procura l'altrui compiacente lettera di referenze che attesta falsamente la sua solvibilità o di chi vende*

azioni di una società facendo riferimento, per giustificare il prezzo richiesto, al bilancio falso redatto dal compiacente amministratore della società e vende, poiché nel bilancio sono accertate le perdite sociali, azioni che non valgono nulla» (GALGANO).

La violenza (morale) come causa di annullamento del contratto

La violenza morale, anche se esercitata da un terzo, è causa di annullamento del contratto solo *“se è stata di tale natura da fare impressione sopra una persona sensata da farle temere di esporre sé o i suoi beni ad un male ingiusto e notevole. Si ha riguardo, in questa materia, all'età, al sesso ed alla condizione delle persone” (art. 1435 c.c.).*

Mutuiamo da E. Galgano la sintetica ma, come sempre, chiara trattazione di questa causa di annullamento del contratto:

«La violenza morale consiste nell'estorcere il consenso di un soggetto con la minaccia che, se il consenso non verrà prestato, verrà inferto un male alla sua persona o ai suoi beni oppure alla persona o ai beni dei suoi familiari. È diversa dalla violenza fisica: questa esclude del tutto la volontà del dichiarante (che, perciò, dichiara una volontà non sua) e comporta la nullità del contratto; la violenza morale è, invece, il mezzo con il quale si costringe una persona a dichiarare una propria volontà, ponendola di fronte all'alternativa se rifiutare il consenso e soggiacere (o rischiare di soggiacere) al male minacciato, oppure sottrarsi al male minacciato prestando il proprio consenso (è ciò che, nel linguaggio corrente, si definisce un "ricatto").

Il male minacciato può essere un male alla persona, come la minaccia della vita o dell'integrità fisica (se non firmerai il contratto sarai ucciso, sarai percosso), o come la minaccia di ledere altri diritti della persona: il diritto alla

reputazione (inscenerò una campagna di stampa contro di te), il diritto alla riservatezza (rivelerò i particolari della tua vita intima), il diritto alla libertà personale (se non firmi il contratto non ti lascio uscire di qua). Può, inoltre, essere un male che minaccia i beni (incendieremo la tua casa, uccideremo il tuo bestiame); e può riguardare la persona o i beni sia del contraente sia del coniuge o degli ascendenti (genitori, nonni) o dei discendenti (figli, nipoti). Se riguarda, invece, parenti in via collaterale (incendieremo la casa di tuo fratello) o affini (uccideremo tua suocera) o, ancora, persone non legate al contraente da rapporti di parentela o di affinità (il socio di affari, la concubina o il concubino, l'amico, il dipendente ecc.), l'annullamento del contratto è rimesso alla prudente valutazione del giudice, che terrà conto delle circostanze del caso concreto, come il rapporto affettivo esistente con il contraente (art. 1436).

Deve trattarsi di un male ingiusto (art. 1435). È tale il male contrario al diritto, come in tutti gli esempi prima formulati; ma un male minacciato può non essere contrario al diritto: il cliente che dice alla banca "se non mi concedete il nuovo mutuo che vi chiedo, trasferirò il mio conto presso un'altra banca", minaccia certo un male (è tale, per una banca, la perdita di un cliente), ma è la minaccia di un male lecito, di una contromisura che ognuno può adottare nell'esercizio della propria libertà contrattuale (sono libero di rivolgermi a qualsiasi banca) e che, nel corso delle trattative, può prefigurare all'altra parte (resto vostro cliente o mi rivolgo ad altra banca a seconda che mi concediate o no il nuovo prestito che vi chiedo).

Analoga ipotesi è quella della minaccia di far valere un diritto, questa è causa di annullamento del contratto solo se è diretta a realizzare vantaggi ingiusti (art. 1438). Il creditore, ad esempio, che dice al proprio debitore "se non mi darai in pegno un tuo bene agirò in giudizio nei tuoi confronti per realizzare

coattivamente il mio credito” ottiene, con questa minaccia, un contratto che è strumentale rispetto al suo diritto (il pegno gli consentirà di soddisfare il suo credito, se il debitore non adempirà spontaneamente), e non è, perciò, qualificabile come vantaggio ingiusto. Diverso è il caso del datore di lavoro che al dipendente, che ha brevettato una propria invenzione, dica "se non mi cedi il tuo brevetto, ti licenzio per riduzione del personale": qui non c'è alcun rapporto strumentale fra il minacciato licenziamento e la cessione del brevetto; e la minaccia di esercitare il diritto di licenziamento, anche se di questo esistono i presupposti di legge, tende a realizzare un vantaggio ingiusto.

Il male minacciato deve, inoltre, essere notevole (art. 1435): di gravità superiore, cioè, al danno che il contratto estorto con la minaccia provoca al contraente. Per esprimere questa valutazione si deve tener conto, ancora una volta, della impressionabilità dell'uomo medio: la minaccia deve essere di tale natura da far impressione su una persona sensata, avuto riguardo all'età, al sesso, e alla condizione della persona (art. 1435). Nessuna persona di media impressionabilità firma una vendita immobiliare sotto la minaccia "altrimenti ti do un pugno" (ed è, perciò, irrilevante la particolare pusillanimità di chi soggiace ad una simile minaccia). Ma, di fronte alla violenza, ed a protezione di chi ne sia vittima, la legge articola il concetto di un uomo medio in rapporto all'età (le persone anziane sono, di norma, più impressionabili), al sesso (sul presupposto che le donne si spaventino più facilmente), alle condizioni personali (chi è ammalato gravemente può temere per la vita anche di fronte alla minaccia di un pugno).

La violenza, come i raggiri nel dolo, può provenire da un terzo (art. 1434); ma qui, a differenza che per il dolo, non occorre che la violenza del terzo sia nota al contraente che (anche inconsapevolmente) ne ha tratto vantaggio

(come chi compera il podere di chi è stato costretto a vendere dalle minacce dei vicini, ispirate da inimicizia personale o da intolleranza ideologica, razziale, etnica e simili). Di fronte alla violenza si attenua la protezione dell'affidamento dell'altro contraente, che subirà l'annullamento del contratto anche se ignaro della violenza del terzo.

Non è causa di annullamento del contratto il semplice timore reverenziale (art. 1437): è il non osare di dire di no per la condizione di psicologica soggezione nella quale ci si può trovare rispetto ad una persona a causa della potenza o dell'influenza o dell'autorevolezza o della ricchezza di questa (è un ministro, ad esempio, o un alto funzionario oppure un magnate dell'industria), o per la particolare relazione che intercorre con essa (è il genitore o il datore di lavoro). L'uomo medio trova, in casi del genere, il coraggio di dire di no: chi, per eccessiva pusillanimità, non lo trova non è protetto dal diritto. Ma dal mero timore riverenziale, che è solo una interna condizione psicologica di una parte, va distinta l'ipotesi in cui il personaggio importante, pur senza pronunciare minacce, lascia intendere senza possibilità di dubbio che dalla accettazione della sua proposta dipende la carriera dell'altra parte (non avrà la promozione che gli spetta) o la conclusione dell'affare cui aspira (non otterrà il pubblico appalto al quale concorre)».

I vizi della volontà e gli stati soggettivi

Poiché la dichiarazione di volontà che perfeziona il negozio è quella del rappresentante, è riguardo a quest'ultimo che vanno valutati i vizi della volontà (Cass. Sez. II, 11 febbraio 1985, n. 1133). Ne consegue che il negozio è annullabile se la volontà del rappresentante è viziata da errore, violenza, dolo. Per gli elementi del negozio predeterminati dal

rappresentato rilevano invece i vizi del volere di quest'ultimo (art. 1391 c.c.).

Lo stesso principio trova applicazione in tema di stati soggettivi rilevanti: lo stato di buona o di mala fede, di scienza o di ignoranza di determinate circostanze va accertato con riferimento alla persona del rappresentante salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato (art. 1391 c.c.). È stato precisato che la malafede o lo stato di conoscenza del rappresentato non devono essere necessariamente presenti nel momento in cui è stato conferito il potere rappresentativo per poter essere eccepiti dalla controparte, ma possono verificarsi anche in un momento successivo, purché possa essere ancora possibile interrompere l'attività del rappresentante (Mirabelli).

Secondo la giurisprudenza, ai fini della rilevanza degli stati soggettivi nel caso di rappresentanza organica delle persone giuridiche si deve far riferimento alle sole persone fisiche che hanno compiuto l'atto (Cass. Sez. un. 28 aprile 1973, n. 1169).

L'annullabilità del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato

Come è noto, l'art. 1394 c.c. stabilisce che *“il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo”*. Ancora in materia di rappresentanza per l'art. 1395 c.c., *“è annullabile il contratto che il rappresentante conclude con sé stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del*

contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto di interessi". Peraltro *"l'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato"*.

Secondo l'opinione della S.C., v'è conflitto di interessi quando il rappresentante, anziché tendere alla tutela del rappresentato, persegue interessi propri, suoi personali o anche di terzi, inconciliabili con quelli del rappresentato, in modo che all'utilità conseguita dal rappresentante, *per sé medesimo o per il terzo* segua o possa seguire il danno per il rappresentato (Cass. 25 gennaio 1992, n. 813); in altre parole, si ha conflitto di interessi quando il rappresentante si trova in una posizione che non può salvaguardare senza sacrificare l'interesse del rappresentato (così Bianca, Galgano Pugliatti, Mosco).

Al contrario, non v'è conflitto di interessi quando il negozio posto in essere realizzi gli interessi tanto del rappresentante quanto del rappresentato, in via convergente o concorrente (Cass. 17 aprile 1996, n. 3630) od in attuazione della volontà del rappresentato (v. Trib. Milano, 28 aprile 1983, in *Le Soc.* 1984, p. 189 ed, in dottrina, Pugliatti).

Si discute se la situazione di conflitto, per essere rilevante ai fini dell'annullamento del negozio compiuto dal rappresentante, debba produrre un *effettivo pregiudizio patrimoniale* per il rappresentato, oppure sia sufficiente la prospettazione, *in via potenziale* di un danno (il c.d. pericolo di danno).

Questa seconda alternativa è assolutamente prevalente in dottrina (Messineo, Bianca, De Nova, Galgano, Gazzoni, Pugliatti) e nella giurisprudenza di legittimità (Cass. 7 aprile 1992, n. 4257; Cass. 27 gennaio 1979, n. 1614) e di merito (v. per tutti Trib. Milano, 28 aprile 1983, in *Le Soc.* 1994, p. 189).

Questa opinione si appalesa preferibile in quanto confortata dalla lettera della norma che fa diretto riferimento, come causa di annullamento del contratto, al solo conflitto di interessi (purché conosciuto e riconoscibile dal terzo contraente) e non anche al danno dallo stesso derivato; «*la normativa sul conflitto di interessi è insomma una normativa intesa ad evitare la conclusione di un contratto in una situazione di pericolo per il rappresentato*» (così Perego).

Quindi, al fine dell'annullamento, è sufficiente la prova dell'esistenza del conflitto di interessi in cui il rappresentante versava al momento della conclusione del contratto; non è invece richiesta l'ulteriore specifica prova dell'effettivo danno che il rappresentato abbia sofferto o di un personale vantaggio per il rappresentante (Cass. 7 aprile 1992, n. 4257, cit.) ed è quindi irrilevante il fatto che il contratto concluso in situazione di conflitto di interessi sia stato, in tutto od in parte, eseguito dall'altro contraente (Cass. 27 gennaio 1979, n. 614, cit.).

Ma, come dispone l'art. 1394 c.c., l'annullamento del contratto richiede altresì la prova (incombente sul rappresentato) che il conflitto di interessi in cui versava il rappresentante, era conosciuto o riconoscibile dal terzo contraente.

Nota esattamente D'Amico che «*il rapporto tra conoscenza e conoscibilità è di alternatività; nel caso in cui sia provata la conoscenza, non serve perciò opporre il difetto di conoscibilità in astratto. Ove sia invece provata quest'ultima, non può eccepirsi il difetto di conoscenza effettiva*».

La riconoscibilità del conflitto va valutata alla stregua dell'ordinaria diligenza, in rapporto alle circostanze del caso concreto (Cass. 15 febbraio 1972, n. 401).

Il contratto con sé stesso

L'art. 1395 c.c. stabilisce che:

«È annullabile il contratto che il rappresentante conclude con sé stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra persona, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto di interessi.

L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato».

L'articolo in esame disciplina il caso in cui il procuratore (rappresentante) si rende acquirente a titolo personale del bene che è incaricato di vendere quale rappresentante del proprietario; oppure acquista lo stesso bene in nome e per conto di un altro rappresentato.

Il contratto con se stesso costituisce una ipotesi di conflitto *in re ipsa*: per questo al rappresentato è attribuito il potere di chiedere l'annullamento del contratto, nel caso in cui il suo interesse ne riceva un pregiudizio, ad esempio in quanto, contraendo in proprio, il rappresentante abbia favorito se stesso o, in ipotesi di doppia rappresentanza, abbia favorito un terzo soggetto. La norma attribuisce la legittimazione all'impugnazione esclusivamente al rappresentato, poiché l'ipotesi in esame coinvolge esclusivamente due soggetti; rappresentante e rappresentato, non si pone, quindi, a differenza dell'ipotesi di contratto concluso con un terzo in conflitto d'interessi (art. 1394), un problema di conoscenza o riconoscibilità, poiché in questo caso il terzo coincide con il rappresentante.

Il contratto con se stesso non è comunque vietato dall'ordinamento, per cui l'art. 1395 pone alcuni correttivi tali da precludere la possibilità di impugnativa. Il rappresentante potrà infatti concludere un contratto con se

stesso nel caso in cui il rappresentato lo abbia espressamente autorizzato, poiché in tal caso si assiste ad una limitazione del potere del rappresentante e, come chiarito dalla Relazione al codice (n. 637), *«tutte le volte in cui il contratto è conforme al contenuto predeterminato dell'unico rappresentato, la volontà del rappresentante non entra in gioco e non può, quindi, configurarsi quell'anomala formazione della medesima che è alla base del conflitto e ne determina le conseguenze»*. L'autorizzazione costituisce espressione del principio per cui il rappresentato è in grado di tutelare i propri interessi e valutare se sussiste pericolo di pregiudizio, l'autorizzazione deve però essere specifica, ossia deve contenere tutti gli elementi negoziali sufficienti ad assicurare la tutela del rappresentato; in caso contrario (autorizzazione generica), si dovrà invece valutare se il rappresentante non potesse trarre dalla sua qualità alcun profitto a danno del rappresentato.

La norma sancisce inoltre che il contratto non può essere impugnato se il suo contenuto è determinato in modo tale da escludere la possibilità di conflitto di interessi; tale ipotesi non coincide con la precedente, in quanto il contratto stipulato a condizioni di mercato, oggettivamente non migliorabili, pur non avendo contenuto predeterminato, non è in conflitto di interessi; mentre potrebbe essere ugualmente caratterizzato da conflitto di interessi il contratto il cui contenuto sia determinato, come nel caso in cui il rappresentato abbia fissato un prezzo minimo di vendita, e il rappresentante non abbia cercato di vendere il bene ad un prezzo superiore.

L'ipotesi di contratto con se stesso può essere individuata anche nel caso particolare di amministratore unico di società, in quanto egli potrebbe anteporre il proprio interesse personale all'interesse della società da lui gestita. Possono riscontrarsi entrambi i casi di contratto con se stesso: si

tratterà, infatti, di autocontratto nel caso di autoassunzione, ossia nel caso in cui l'amministratore concluda in nome della società da lui amministrata un contratto di lavoro con sé medesimo quale dipendente della società; saremo invece in presenza di una ipotesi di doppia rappresentanza, nel caso in cui l'amministratore unico di due società concluda un contratto fra queste.

L'ipotesi del contratto con se stesso concluso da amministratore di società non beneficia di autonoma regolamentazione all'interno della nuova disciplina del conflitto di interessi e deve quindi continuarsi ad applicare la disciplina generale fissata dall'art. 1395. Una possibile spiegazione della scelta legislativa di non introdurre una apposita disciplina della materia è rappresentata dalla considerazione che la fattispecie è prettamente interna alla società: essa infatti, pur costituendo sicuramente un'ipotesi di conflitto di interessi, non coinvolge terzi meritevoli di tutela, ma solamente l'amministratore e la società.

Il conflitto di interessi dell'amministratore nella riforma della s.r.l.

L'art. 2475-ter, comma 1 c.c. (introdotto dal D.Lgs. n. 6 del 2003) stabilisce che: *«I contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, con la medesima possono essere annullati su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo».*

Il presupposto legale dell'annullamento dei contratti conclusi dall'amministratore, in rappresentanza della s.r.l. da lui gestita, è l'esistenza di un interesse:

- 1) dell'amministratore o di un terzo;
- 2) in conflitto con quello della società.

L'interesse dell'amministratore o di terzi

Presupposto per l'applicazione della disciplina del conflitto di interessi è rappresentato dalla presenza di un interesse dell'amministratore o di terzi. Infatti, in caso di condotta dell'amministratore che abbia determinato un danno alla società in assenza di un interesse nell'operazione, a tale soggetto non potrà applicarsi l'art. 2475-ter (conflitto di interessi) nè l'art. 2634, che sanziona il reato di infedeltà patrimoniale.

L'analisi della giurisprudenza in materia aiuta l'interprete ad individuare le fattispecie in cui è configurabile un interesse dell'amministratore nell'operazione.

Il caso più semplice in cui si evidenzia un interesse dell'amministratore si ha quando quest'ultimo è la controparte in un contratto o in un'operazione con la società amministrata, oppure quando la controparte è costituita da una sua impresa individuale. L'amministratore è titolare di un proprio interesse anche quando ricopre la carica di amministratore o di dirigente della società con cui ha luogo il contratto o l'operazione, oltre ovviamente all'ipotesi di amministratore che sia anche socio della società con cui conclude il contratto o l'operazione, a nulla rilevando se la partecipazione consenta o meno il controllo della società; queste ipotesi rilevano anche in caso di interposizione reale o fittizia di persona.

L'interesse in conflitto

Il conflitto di interessi va valutato facendo riferimento al concreto, ed in particolare al contenuto ed alle modalità dell'operazione. Non è sufficiente

una astratta e potenziale contrapposizione di interessi e non ci si deve limitare a verificare che l'amministratore tragga dalla realizzazione dell'operazione un beneficio: infatti, non può escludersi che l'interesse personale dell'amministratore possa coesistere con quello sociale, senza che la società subisca alcun pregiudizio dall'operazione, dalla quale potrebbe addirittura trarre beneficio. Dovrà invece verificarsi che, in caso di divergenza di interessi, l'amministratore abbia fatto prevalere il proprio interesse a danno della società.

I contratti conclusi in conflitto di interessi

Il comma 1 dell'art. 2475-ter riprende la disciplina del conflitto di interessi dall'art. 1394 relativo alla rappresentanza, ribadendo che *«i contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza generale della società in conflitto di interessi, per conto proprio o terzi, possono essere annullati su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o conoscibile dal terzo»*.

Il comma 1 dell'art. 2475-ter rende il conflitto di interessi rilevante non solo in fase deliberativa (impugnativa delle decisioni assunte dal Consiglio di Amministrazione, art. 2475-ter, comma 2) ma anche in fase esecutiva; infatti possono essere annullati i contratti già posti in essere dagli amministratori, purché il conflitto fosse conosciuto o conoscibile dal terzo. Siamo in presenza di un rimedio di tipo repressivo; non sono infatti immaginabili rimedi di carattere preventivo, poiché il contrasto di interessi diviene giuridicamente rilevante soltanto se l'amministratore in conflitto non si astiene dall'attività, relativamente alla quale egli, direttamente o per conto altrui, ha un interesse contrastante con quello della società. In caso

contrario, ossia nel caso in cui responsabilmente l'amministratore si astenga dal porre in essere l'operazione suddetta, il contrasto di interessi non evolverà in una situazione di danno per la società e rimarrà.

La richiesta di annullamento non può essere effettuata dai soci singolarmente ma solo dalla società, nel termine quinquennale di prescrizione previsto dall'art. 1442, che è da ritenere decorra dal giorno della conclusione del contratto; l'accoglimento dell'azione è subordinato alla prova del conflitto di interessi esistente fra il compimento dell'atto e la società e della sua conoscenza o conoscibilità da parte del terzo contraente. È infatti sufficiente la riconoscibilità del conflitto da parte di una persona di media diligenza, non è necessaria cioè né la conoscenza del conflitto da parte del terzo, né tanto meno il dolo.

Il comma 1 non si applica solamente ai contratti in senso stretto ma a tutti gli atti anche unilaterali come promesse unilaterali, garanzie e offerte. Esso non si applica invece ai casi di operazioni poste in essere dagli amministratori in attuazione di una decisione consiliare, in quanto in tali circostanze sarà necessario ricorrere al comma successivo ed impugnare la decisione consiliare, non il contratto attuativo della decisione stessa. Affinché la società possa però svincolarsi dalle obbligazioni sorte in seguito alla realizzazione dell'operazione, è necessario che, oltre all'impugnazione tempestiva della deliberazione, il terzo fosse a conoscenza del conflitto che inficiava la decisione.

Il contratto con se stesso nella s.r.l.

Pur non essendo richiamato si ritiene che continui ad essere applicabile all'amministratore di società a responsabilità limitata anche il principio in

base al quale è annullabile il contratto concluso dal rappresentante con se stesso, salvo preventiva autorizzazione del rappresentato (art. 1395). Il contratto con se stesso costituisce infatti una particolare ipotesi di contratto concluso in conflitto d'interessi, specificata ulteriormente dalla norma, che ne individua due distinte ipotesi. Siamo in presenza di contratto concluso con se stesso, sia in ipotesi di autocontratto, ossia contratto concluso dal rappresentante come controparte sostanziale della parte da lui rappresentata, sia in ipotesi di doppia rappresentanza, ossia nel caso in cui il rappresentante concluda il contratto in rappresentanza di entrambe le parti.

L'inefficacia del negozio concluso dal *falsus procurator*

Il *falsus procurator* è colui che ha agito come rappresentante di un soggetto, senza aver avuto da questo il potere di rappresentanza o eccedendo il potere ottenuto dal rappresentato.

Qual'è la sorte del contratto concluso dal *falsus procurator*.

Le opinioni sono diverse:

Secondo una corrente di pensiero minoritaria (che fa capo a Minervini) il contratto è annullabile.

Una più diffusa opinione opta per la nullità, in quanto nel contratto manca l'elemento essenziale della dichiarazione di volontà dell'interessato.

Ma si replica da altri Autori (Messineo, Natoli, Visentini, Gazzoni) che è la legge stessa che prevede la possibilità di scioglimento del contratto per accordo delle parti sino a quando non sia intervenuta la ratifica (art. 1399, comma 3, c.c.), così postulando una specie di « impegnatività » del contratto stesso che si pone in netto contrasto con la previsione di nullità.

Secondo questa opinione il contratto concluso dal *falsus procurator* è valido e perfetto, ma presenta un *vizio esterno* costituito dalla mancanza della legittimazione che ne determina l'inefficacia nei confronti dell'interessato.

Prevale in giurisprudenza l'opinione per la quale «*il contratto concluso dal falsus procurator non è nullo o inefficace, ma costituisce un negozio a formazione successiva, che si perfeziona con la ratifica del dominus* (Cass. 8 luglio 1983, n. 4601; Cass. 29 gennaio 1980, n. 688).

E Cass. 1 giugno 1988, n. 3714 precisa: «*Il negozio concluso dal falsus procurator costituisce una fattispecie soggettivamente complessa a formazione successiva, che si perfeziona con la ratifica del dominus e, come negozio in itinere o in stato di pendenza (però suscettibile di perfezionamento attraverso detta ratifica), non è nullo e neppure annullabile, bensì inefficace nei confronti del dominus, sino alla ratifica di questi*».

La regola dell'inefficacia trova deroga nelle disposizioni degli artt. 11 Legge Cambiaria (r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669) e 14 Legge Assegni (r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736) per i quali chi appone la firma, sulla cambiale o sull'assegno bancario, in qualità di rappresentante senza poteri di una persona (fisica o giuridica), è obbligato per la cambiale ovvero per l'assegno, «*come se avesse firmato in proprio*».

Consegue che lo pseudo rappresentato, non obbligato in via cambiaria, può opporre a qualsiasi portatore del titolo, il difetto di rappresentanza, così avvalendosi di una eccezione di carattere reale.

E' indifferente la buona o la mala fede del terzo portatore del titolo che agisce nei confronti del *falsus procurator* ai sensi dell'art. 11 L.C. o 14 L. Ass.

Secondo la consolidata giurisprudenza della S.C., il portatore del titolo, per poter agire ex artt. 11 L.C. o 14 L. Ass. nei confronti del *falsus procurator*, deve dimostrare che lo pseudo-rappresentato abbia disconosciuto, anche in via stragiudiziale, l'obbligazione cambiaria assunta in suo nome (Cass. 26 giugno 1968, n. 2150).

Lo pseudo rappresentato può però ratificare anche tacitamente l'obbligazione cambiaria assunta in suo nome dal *falsus procurator* (Cass., 4 maggio 1994, n. 4321).

È *falsus procurator* anche l'amministratore decaduto dalla carica o che ha agito prima dell'iscrizione della società nel registro delle imprese; gli atti compiuti da costui sono ratificati dalla società.

Legittimato a dolersi dell'operato del *falsus procurator* è solamente lo pseudo rappresentato e non la controparte che può chiedere al *falsus procurator* solo il risarcimento del danno sofferto per aver confidato senza colpa nella validità del contratto (Cass. 8 luglio 1993, n. 7501).

Il conflitto di interessi in materia di titoli di credito

Dottrina e giurisprudenza distinguono le due fattispecie previste dagli artt. 1394 e 1395 c.c. Quanto alla prima, considerano l'eccezione di annullamento dell'atto cambiario per conflitto di interessi, una eccezione *personale* (e non reale) e quindi opponibile soltanto all'immediato prenditore del titolo ed al terzo portatore che, nell'acquistare il titolo, abbia agito scientemente a danno del debitore (art. 1993, comma 2, e 21 L.C), Quanto alla fattispecie di cui all'art. 1395 c.c., si possono configurare in materia cambiaria, le seguenti ipotesi:

1) il rappresentante emette, in nome del rappresentato, una cambiale (o un assegno) a favore di sé stesso (o quale rappresentante di un altro soggetto);

2) il rappresentante gira il titolo a proprio favore (o quale rappresentante di un altro soggetto);

3) il rappresentante avalla una cambiale a favore di sé medesimo (a quale rappresentante di un altro soggetto);

4) il rappresentante accetta per intervento una dichiarazione cambiaria assunta in proprio (o quale rappresentante di un altro soggetto).

Si discute se l'eccezione di conflitto *ex art. 1395 c.c.*, sia proponibile solo nei confronti dell'immediato prenditore del titolo e del terzo che, nell'acquistare il titolo abbia agito intenzionalmente a danno del debitore (così Gualtieri, Tonni, Donisi, Trib. Milano, 16 maggio 1988, in *Giur. It.*, 1989, I, 2, pag. 154, che qualificano l'eccezione in esame come eccezione *personale*), ovvero sia proponibile *erga omnes* in quanto eccezione *reale*.

Questa seconda alternativa è fatta propria da dottrina (Giannattasio, Angeloni, Molle) e giurisprudenza (Cass. 23 gennaio 1958, n. 159; Cass. 29 maggio 1962, n. 1286; Cass. 21 gennaio 1986, n. 516, in *B.B.T.C.*, 1986, II, pag. 529; App. Lecce, 24 febbraio 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, pag. 118; App. Napoli, 14 febbraio 1973, in *B.B.T.C.*, 1973, II, pag. 129; Trib. Milano, 23 maggio 1985, in *B.B.T.C.*, 1986 II, pag. 529) prevalenti, per le quali la duplice sottoscrizione apposta dal rappresentante sul titolo di credito in nome e per conto altrui ed in proprio è sufficiente ad evidenziare la situazione di conflitto, consentendo al rappresentato di invocarne l'invalidità. Spetta al terzo possessore del titolo dimostrare, per difendersi, che ricorre, nel caso concreto, una delle condizioni cui l'art. 1395 c.c. subordina la validità del contratto con sé stesso.

Un'altra corrente di pensiero (che fa capo a Pavone La Rosa, Verrucoli e Mione) ritiene, invece, che l'eccezione di annullabilità *ex art.* 1395 c.c. sia *reale* nel caso di avallo o di accettazione per intervento del rappresentante in proprio favore e che, invece, abbia natura *personale* nel caso di emissione o girata del titolo che nulla dicono in ordine al tipo del rapporto traslativo posto in essere dalle parti.

CAPITOLO VII

LE ECCEZIONI SOSTANZIALI PROPONIBILI DAL CURATORE

Nel merito, il curatore ha il potere-dovere di eccepire la verifica di fatti impeditivi o estintivi dell'obbligazione fatta valere dal creditore e quindi eccepire:

- l'intervenuto adempimento (anche parziale);
- la cessione del credito;
- i vizi della cosa comprata;
- la prescrizione del diritto di credito;
- la decadenza (tutte quelle omissioni che per contratto o per legge comportano decadenza);
- la compensazione ai sensi dell'art. 1242 c.c.;
- l'annullamento del contratto per errore, violenza o dolo,;
- la simulazione del contratto;
- l'eccesso della penale (ad es: nei contratti d'appalto), con la conseguente
- richiesta di riduzione, ai sensi dell'art. 1384 c.c.;
- l'inefficacia del titolo sul quale si fonda il credito o la prelazione, anche se - si badi - è prescritta la relativa azione (es.: la c.d. revocabilità breve dell'atto);
- la risoluzione consensuale del contratto;
- l'inefficacia della clausola vessatoria non specificamente approvata per iscritto;
- la nullità del contratto;

- tutte le questioni che costituiscono il presupposto logico giuridico necessario della pronuncia sulla domanda (es: i presupposti di legge per riconoscere il privilegio di artigiano).
- il pagamento dell'obbligazione, laddove risulti chiaramente dagli atti (Cass. n° 1523/1979).

E' opportuno che il curatore predisponga, per ciascuna domanda, un fascicolo contenente copia dei documenti da lui utilizzati per opporsi o non opporsi all'ammissione del credito o della prelazione.

Ricordo, inoltre, che la contabilità del fallito, se regolarmente tenuta, non costituisce di per sé sola - ma può costituire - prova del credito insinuato, se ivi registrato e, quindi, elemento per non opporsi all'ammissione.

Ricordo, infine, che il novellato art. 96, 3° co. prevede l'ammissione con riserva:

- 1) per i crediti condizionali;
- 2) quando alla domanda non sono allegati documenti, sempre che l'omissione non sia imputabile al creditore;
- 3) quando il credito sia stato accertato da sentenza pronunciata prima del fallimento e non ancora passata in giudicato.

Il novellato art. 113 bis dispone che *"quando si verifica l'evento che ha determinato l'accoglimento della domanda con riserva, su istanza del curatore o della parte interessata, il Giudice Delegato modifica lo stato passivo, con decreto, disponendo che la domanda deve intendersi accolta definitivamente"*.

VERIFICA DOMANDE DI AMMISSIONE AL PASSIVO												
Dati desunti dalla domanda di ammissione al passivo										Provvedimento del Giudice delegato		
N° progressivo (data presentazione domanda)	CREDITORE	DATA DEPOSITO DOMANDA AMMISSIONE	IMPORTO CREDITO RICHIESTO	Causale (capitale, interessi, spese: inserire una causale in ogni riga)	Importo che il curatore ritiene possa essere ammesso in PREDEDUZIONE	Importo che il curatore ritiene possa essere ammesso in CHIROGRAFO	Importo che il curatore ritiene possa essere ammesso in PRIVILEGI O SUI BENI MOBILI	Norma che prevede il privilegio : ad es., art. 2751 bis n. 1 c.c.	Graduazione e crediti privilegiati: inserire la norma : 2777-2778; ed il numero del privilegio	Beni mobili gravati da privilegio speciale (inserire tipo di bene o fattura in cui risultano indicati i beni, se non sono numerosi)	Importo che il curatore ritiene possa essere ammesso in via IPOTECA RIA	Dati catastali degli immobili interessati dal privilegio immobiliare o dall'ipoteca
1												
2												
3												
4												
5												
6												
7												
					0,00		0,00				€ 0,00	

Eccezioni di prescrizione

Il Curatore deve preliminarmente accertare che il diritto che dà origine al credito insinuato non si sia prescritto; in caso di accertata verifica della prescrizione, il Curatore deve proporre la relativa eccezione, non

potendola rilevare d'ufficio il Giudice Delegato. La prescrizione può essere interrotta, ma la relativa prova grava sul creditore.

La prescrizione opera *ipso iure*, ma deve essere fatta valere dalla parte a favore della quale è maturata (art. 2938 c.c.).

La prescrizione può essere opposta dai creditori e da chiunque vi ha interesse, qualora la parte non la faccia valere. Può essere opposta anche se la parte vi ha rinunciato (art. 2939 c.c.).

L'art. 2937 dispone che «*Non può rinunciare alla prescrizione chi non può disporre validamente del diritto. Si può rinunciare alla prescrizione solo quando questa è compiuta. La rinuncia può risultare da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione*».

La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (art. 2935 c.c.). Deve trattarsi però di *possibilità legale* e non anche materiale di esercitare il diritto; ne consegue che non può attribuirsi rilievo giuridico ai semplici impedimenti o le semplici difficoltà di fatto a far valere l'eccezione di prescrizione.

Non osta al decorso della prescrizione l'ignoranza in cui versi il titolare del diritto o l'illiquidità del danno o la mancata identificazione dell'autore di questo.

In caso di debitori o creditori in solido, la sospensione della prescrizione nei riguardi di uno dei debitori o di uno dei crediti non ha effetto rispetto agli altri. Tuttavia, il debitore che sia stato costretto a pagare ha regresso contro i condebitori liberati in conseguenza della prescrizione.

Questa, se non eccepita, non può essere rilevata d'ufficio dal Giudice, ma può essere opposta dai creditori e da chiunque vi abbia interesse, qualora la parte non la faccia valere o vi abbia rinunciato.

Non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto.

La rinuncia alla prescrizione fatta da uno dei debitori in solido, non ha effetto riguardo agli altri; fatta in confronto di uno dei creditori in solido, giova agli altri. Il condebitore che ha rinunciato alla prescrizione non ha regresso verso gli altri debitori liberati in conseguenza della prescrizione medesima.

Vari tipi di prescrizione

La legge prevede vari tipi di prescrizione:

I) Le prescrizioni estintive, nel cui ambito si distinguono:

- 1) la prescrizione c.d. lunga (la prescrizione ventennale);
- 2) la prescrizione ordinaria decennale (art. 2946 c.c.);
- 3) la prescrizione quinquennale (art. 2948 c.c.);
- 4) la prescrizione annuale (artt. 2950, 2951, 2952 c.c.).

II) Le prescrizioni presuntive che possono essere:

- a) triennali (art. 2956 c.c.);
- b) annuali (art. 2955 c.c.);
- c) semestrali (art. 2954 c.c.).

La prescrizione ordinaria decennale

L'art. 2946 c.c. stabilisce che *“salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione, con il decorso di dieci anni”*.

Il termine decennale opera quindi *in via generale* per tutti i diritti per i quali la legge non prevede un termine diverso.

Quindi si prescrivono in dieci anni:

- a) i diritti di credito che derivano da *responsabilità contrattuale*;
- b) il diritto di ripetizione dell'indebitato di carattere oggettivo;
- c) l'azione diretta a far dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato dal rappresentante senza potere;
- d) i diritti che derivano dai patti parasociali (Cass. 23 aprile 1969, n. 1290);
- e) l'azione di simulazione relativa tendente a far valere un diritto derivante dal contratto dissimulato che presuppone quindi il riconoscimento e l'efficacia di quest'ultimo (Cass. 29 gennaio 1971, n. 220);
- f) il diritto al riconoscimento del danno spettante al lavoratore subordinato per avere il datore di lavoro omesso il versamento dei contributi previdenziali (Cass. 18 dicembre 1975, n° 4169).

Prescrizioni quinquennali

Si prescrivono *in cinque anni*:

- 1) l'azione di annullamento il cui termine di prescrizione è diverso a seconda che l'annullabilità dipenda da vizio del consenso o da incapacità legale; nel primo caso il termine prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata la violenza o è stato scoperto l'errore o il dolo; nel secondo caso dal giorno in cui è cessato lo stato di interdizione o d'inabilitazione o il minore ha raggiunto la maggiore età;
- 2) l'azione revocatoria ordinaria, il cui termine prescrizione decorre dalla data dell'atto;

- 3) le azioni sociali o meglio i diritti che derivano dai rapporti sociali (ad es. l'azione di responsabilità sociale e dei creditori sociali contro amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società): v. art. 2949 c.c.;
- 4) le annualità delle pensioni alimentari;
- 5) le pigioni delle case, i fitti dei beni rustici ed ogni altro corrispettivo di locazione;
- 6) gli interessi (legali e compensativi): v. art. 2948, n. 4 c.c.;
- 7) le indennità spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro (art. 2948, n. 5);
- 8) le obbligazioni periodiche, ossia tutto ciò che si deve pagare periodicamente ad anno o in termini più brevi (art. 2948, n. 4 c.c.);
- 9) il diritto al risarcimento del danno derivante *da fatto illecito* (artt. 2043 ss. c.c.), salvo che rientrino nelle ipotesi di cui al comma 2, art. 2947 (danni da circolazione dei veicoli) o del comma 3 (danni derivati da reato).

Il termine quinquennale di prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui si è verificato il fatto illecito (doloso o colposo produttivo del danno); cioè dal giorno in cui il danneggiato ha avuto reale e concreta conoscenza della produzione del danno o avrebbe potuto averla utilizzando l'ordinaria conoscenza.

Nell'ambito dei danni provocati da fatto illecito, il comma 2, art. 2947 c.c. assoggetta a prescrizione biennale il diritto al risarcimento del danno (biologico, morale, patrimoniale, esistenziale) conseguente alla (cioè avvenuto in occasione della) circolazione dei veicoli di ogni specie.

Il termine biennale di prescrizione di questo diritto inizia a decorrere dal giorno del sinistro (Cass. Sez. un. 30 ottobre 1992, n. 11847).

Il comma 3, art. 2947 stabilisce che *«In ogni caso, se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile»*.

Mentre secondo la prevalente dottrina è sufficiente che il fatto assuma la configurazione astratta del reato ricavabile dall'accertamento dell'evento, senza alcun accertamento sull'elemento psicologico (dolo o colpa), secondo altra opinione il giudice deve estendere la sua indagine anche a quest'ultimo elemento.

Se dunque il fatto è considerato dalla legge come reato e per questo è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile.

La seconda parte del comma 3, art. 2947 stabilisce:

«Tuttavia se il reato è estinto per causa diversa dalla prescrizione (e cioè per morte del reo, per amnistia e per remissione di querela) o è intervenuta sentenza irrevocabile nel giudizio penale, il diritto al risarcimento del danno si prescrive nei termini indicati nei primi due commi » e cioè:

a) nel caso di danno da fatto illecito (diverso da quello avvenuto nel corso della circolazione dei veicoli di ogni genere), in cinque anni dal giorno in cui il fatto illecito si è verificato;

b) nel caso di danno derivato dalla circolazione dei veicoli di ogni genere, in due anni dal fatto illecito produttivo del detto danno.

Se il reato è punibile a querela della persona offesa e la querela non è proposta, il fatto illecito non può essere considerato come reato e, quindi, il diritto al risarcimento del danno è soggetto ai termini di prescrizione dei commi 1 e 2 (e non già del comma 3) dell'art. 2947 c.c.

Nel caso di estinzione del reato per morte del reo la prescrizione del diritto al risarcimento del danno inizia a decorrere dalla data della morte (Cass., 3 maggio 1993, n. 5101).

Nel caso di reato estinto per amnistia, il termine di prescrizione inizia a decorrere dalla data del relativo provvedimento legislativo; se c'è stata costituzione di parte civile, poiché questa interrompe la prescrizione relativa al diritto al risarcimento del danno (art. 2943, comma 2 c.c.), ne consegue che il nuovo termine di prescrizione incomincerà a decorrere dalla sentenza che definisce il giudizio applicando l'amnistia (Cass., 23 novembre 1984, n. 6077).

Abbiamo visto che la seconda parte del terzo comma dell'art. 2947 c.c. stabilisce che « *se il reato è estinto per causa diversa dalla prescrizione o è intervenuta sentenza irrevocabile nel giudizio penale, il diritto al risarcimento del danno si prescrive nei termini indicati dai primi due commi, con decorrenza dalla data di estinzione del reato o dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile*».

Va opportunamente rilevato che rendono irrevocabile la sentenza penale (art. 648 c.p.p.):

- a) l'impugnazione non consentita, salvo che per la revisione, con esclusione quindi dell'appello e del ricorso per cassazione;
- b) il decorso dei termini dell'impugnazione ordinaria;
- c) la declaratoria di inammissibilità dell'appello, non seguita da ricorso per cassazione o con rigetto di questo, dichiarato inammissibile;
- d) la mancata presentazione in termini del ricorso per cassazione; la declaratoria di inammissibilità o comunque il rigetto di detto ricorso;
- e) la mancata o tardiva opposizione contro il decreto di condanna o la declaratoria di inammissibilità della stessa.

Prescrizioni annuali

Si prescrivono in *un anno*:

1) il diritto alla garanzia per vizi della cosa venduta

L'art. 1495 c.c. stabilisce che l'azione del compratore per far valere i vizi della cosa acquistata, si prescrive, in ogni caso, in un anno dalla consegna, anche per i vizi occulti.

Ma il compratore che sia convenuto per l'esecuzione del contratto può sempre far valere la garanzia, purché il vizio della cosa sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso dell'anno dalla consegna.

Il termine di prescrizione annuale opera anche nell'ipotesi in cui la cosa venduta non abbia le qualità promesse, ovvero quelle essenziali per l'uso cui è destinata, purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi.

I termini di prescrizione e di decadenza fissati dall'art. 1495 c.c. si applicano anche all'azione per la risoluzione della vendita su campione o su tipo di campione (art. 1522, ult. comma c.c.).

Nella vendita a catena con unica consegna della merce dal venditore all'ultimo acquirente, il termine di decadenza della denuncia decorre, per ogni intermediario rivenditore, dalla consegna della merce all'ultimo acquirente (Cass., 21 novembre 1979, n. 6063).

Si prescrive in un anno dalla consegna anche l'azione di garanzia nel contratto d'opera. L'art. 2226 c.c. stabilisce infatti che il committente deve, a pena di decadenza, denunciare al prestatore l'opera le difformità ed i vizi entro otto giorni dalla scoperta.

L'azione si prescrive *entro un anno dalla consegna*.

2) il diritto del mediatore alla provvigione (art. 2950 c.c.).

Il termine annuale di prescrizione inizia a decorrere dalla conclusione dell'affare per effetto dell'attività del mediatore.

3) i diritti derivanti dai contratti di spedizione e di trasporto. Il termine annuale di prescrizione decorre dall'arrivo a destinazione della persona o, in caso di sinistro, dal giorno di questo, ovvero dal giorno in cui è avvenuta o sarebbe dovuta avvenire la riconsegna della cosa al luogo di destinazione (art. 2951 c.c.).

Il termine annuale di prescrizione si applica anche ai diritti verso gli esercenti pubblici servizi di linea *ex art. 1679 c.c.*, per i danni arrecati alla persona del viaggiatore nel contratto di trasporto ferroviario (Cass. 6 agosto 1958, n. 2877) e per l'azione del trasportatore alla reintegra del corrispettivo (Cass. 28 ottobre 1992, n. 11703).

Nel caso di rapporto misto di trasporto terrestre e marittimo insieme, la prescrizione annuale interferisce con quella di sei mesi di cui all'art. 438 codice navigazione.

Il termine annuale in esame si applica anche alle obbligazioni relative alle operazioni al contratto di spedizione ed alle operazioni relative all'imbarco della merce ed alla rimessa della polizza di carico, ma se il trasporto ha inizio o termine fuori dell'Europa, la prescrizione si compie con il decorso di diciotto mesi *ex art. 2951, comma 2 c.c.* (Cass. 10 ottobre 1962, n.20).

Il termine in esame si applica anche alle operazioni doganali pattuite nel contratto di spedizione (Cass. 3 agosto 1973, n. 2255) ed alle azioni dell'amministrazione postale contro gli utenti dei servizi di trasporto e di distribuzione della corrispondenza e dei pacchi.

4) il diritto al pagamento delle rate di premio, nel contratto di assicurazione (art. 2952, comma 1 c.c.).

Allo stesso termine annuale di prescrizione sono assoggettati anche gli altri diritti derivanti dal contratto di assicurazione, mentre quelli derivanti dal contratto di riassicurazione si prescrivono in due anni dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda (art. 2952, comma 2 c.c.).

Le c.d. prescrizioni presuntive

La legge prevede delle prescrizioni brevi, denominate presuntive e caratterizzate dal fatto che, trascorso un dato periodo di tempo indicato variamente dagli artt. 2954-2956 c.c., il diritto si presume prescritto.

Si tratta di prescrizioni che non si distinguono dal comune fatto prescrittivo per differenza di natura, ma perché sgorgano da un diverso fondamento legale: esse si basano sulla considerazione che vi sono rapporti della vita quotidiana (per esempio tra cliente e commerciante), nei quali l'estinzione del debito avviene senza che il debitore abbia cura di richiedere e conservare una quietanza di pagamento, che gli garantisca la possibilità di provare, anche a distanza di tempo, di avere provveduto ad adempiere la sua obbligazione. E la legge, a sua tutela, trascorso un breve periodo di tempo, presume che il debito sia stato estinto.

Le prescrizioni presuntive non operano, come la prescrizione estintiva, sul piano del diritto sostanziale, ma, dato il diverso fondamento, sul piano processuale: con la conseguenza che l'eccezione di prescrizione può essere paralizzata dalla prova che, in realtà, l'estinzione del debito non è avvenuta. Peraltro, questa prova non può essere data con ogni mezzo, ma unicamente con l'ammissione (confessione spontanea o a seguito di deferimento *di*

interrogatorio formale) in giudizio di colui che ha opposto la prescrizione, o per via del giuramento decisorio deferitogli da colui al quale fu opposta. Il vantaggio che il debitore riceve opponendo la prescrizione presuntiva è dato dal fatto che egli è esonerato dall'onere di fornire in giudizio la prova dell'estinzione del debito.

La diversità di fondamento tra la prescrizione presuntiva e quella estintiva nonché della disciplina relativa, comporta che non è ammissibile eccepire l'una e l'altra nello stesso giudizio, perché la prima eccezione si basa sul presupposto che l'estinzione dell'obbligazione sia avvenuta mediante pagamento o altro mezzo estintivo, laddove la seconda presuppone che l'obbligazione si sia estinta per effetto del decorso del tempo nell'inerzia del creditore. Pertanto, eccepire la prescrizione estintiva significa ammettere di non avere adempiuta l'obbligazione e, poiché tale ammissione è chiaramente incompatibile con la presunzione di pagamento posta a fondamento della prescrizione presuntiva, la relativa eccezione non potrà essere accolta, per il divieto di cui all'art. 2959 c.c.

Abbiamo detto che le prescrizioni presuntive possono essere:

- a) triennali; b) annuali; c) semestrali.

Prescrizioni triennali

L'art. 2956 stabilisce che: «*Si prescrive in tre anni il diritto:*

1) dei prestatori di lavoro, per le retribuzioni corrisposte a periodi superiori al mese;

2) dei professionisti per il compenso dell'opera prestata e per il rimborso delle spese correlative;

3) dei notai, per gli atti del loro ministero;

4) *degli insegnanti, per le retribuzioni delle lezioni impartite a tempo più lungo di un mese».*

Va opportunamente rilevato che, ai sensi dell'art. 2955, n. 2 c.c., si prescrive in *un anno* il diritto dei prestatori di lavoro per le retribuzioni corrisposte a periodi *non superiori al mese* ed ai sensi dell'art. 2955, n. 1 si prescrive in *un anno* il diritto degli insegnanti per la retribuzione delle lezioni che impartiscono *a mesi o a giorni o ad ore*.

Prescrizioni di un anno

L'art. 2955 c.c.. stabilisce che «*Si prescrivono in un anno, il diritto:*

1) *degli insegnanti, per la retribuzione delle lezioni che impartiscono a mesi o a giorni o a ore;*

2) *dei prestatori di lavoro, per le retribuzioni corrisposte a periodi non superiori al mese;*

3) *di coloro che tengono convitto o casa di educazione e d'istruzione, per il prezzo della pensione e dell'istruzione;*

4) *degli ufficiali giudiziari, per il compenso degli atti compiuti nella loro qualità;*

5) *dei commercianti, per il prezzo delle merci vendute a chi non ne fa commercio;*

6) *dei farmacisti, per il prezzo dei medicinali ».*

Prescrizione di sei mesi (art. 2954 ex.)

Si prescrive in sei mesi:

1) il diritto degli albergatori e degli osti per l'alloggio ed il vitto che somministrano.

2) il diritto di tutti coloro che danno alloggio con o senza pensione.

Altre ipotesi di prescrizione previste dal codice civile

- *il diritto alla garanzia per vizi della cosa compravenduta* (di cui si è già detto). Si prescrive in un anno dalla consegna della cosa al compratore. Il vizio però dovrà essere denunciato al venditore, pena la decadenza, entro otto giorni dalla sua scoperta, salvo contraria pattuizione. Se la scoperta dei vizi o dei difetti di qualità della cosa avviene non contestualmente, ma in tempi successivi, il termine di otto giorni decorre dalla scoperta dell'ultimo vizio o dell'ultimo difetto;
- *il diritto alla garanzia di buon funzionamento* (sussiste solo se risulta da patto contrattuale). Il difetto di funzionamento deve essere denunciato al venditore entro trenta giorni dalla sua scoperta, pena la decadenza. Il diritto di garanzia si prescrive entro sei mesi dalla scoperta del difetto di funzionamento;
- *l'azione contro l'appaltatore per difformità e vizi dell'opera*. I vizi dell'opera debbono essere denunciati all'appaltatore, pena la decadenza, entro sessanta giorni dalla loro scoperta; l'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni dal giorno della consegna dell'opera al committente. Questi, convenuto in giudizio per il pagamento, può sempre far valere la garanzia, purché le difformità o i vizi siano stati denunciati entro i predetti sessanta giorni dalla scoperta ed entro due anni dalla consegna dell'opera;

- *l'azione contro l'appaltatore e i suoi aventi causa per garanzia, nel caso di rovina o difetti di cose immobili.* Si prescrive in un anno dalla denuncia che deve essere fatta entro dieci anni dalla consegna dell'opera;
- *l'azione del committente contro il prestatore d'opera per vizi o difformità.* Si prescrive in un anno dalla consegna dell'opera, purché i vizi e le difformità siano denunciati, pena la decadenza, entro otto giorni dalla scoperta;
- *l'azione revocatoria ordinaria.* Si prescrive, in cinque anni dalla data dell'atto;

Prescrizioni previste da leggi diverse dal codice civile

- Le seguenti altre ipotesi sono previste in leggi diverse dal codice civile;
- *l'azione di regresso del portatore dell'assegno contro i giranti, il traente e gli altri obbligati.* Si prescrive in sei mesi dal termine di presentazione;
- *l'azione di regresso fra i diversi obbligati al pagamento dell'assegno, gli uni contro gli altri.* Si prescrive in sei mesi dal giorno in cui l'obbligato ha pagato l'assegno bancario o da quello in cui l'azione di regresso è stata contro di lui promossa;
- *l'azione di arricchimento promossa dal portatore dell'assegno o dagli obbligati.* Si prescrive nel termine di un anno dal giorno della perdita dell'azione nascente dal titolo;
- *l'azione cambiaria contro l'accettante.* Si prescrive in tre anni dalla data di scadenza del titolo;

- *l'azione dei giranti la cambiale, gli uni contro gli altri, e quella contro il traente.* Si prescrive in sei mesi a decorrere dal giorno in cui il girante ha pagato la cambiale o da quello in cui l'azione di regresso è stata contro di lui promossa;
- *l'azione di arricchimento esperibile da parte del portatore della cambiale.* Si prescrive nel termine di un anno dal giorno della perdita dell'azione cambiaria;
- *il diritto dell'Erario alla riscossione dell'imposta definitivamente accertata.* Si prescrive in dieci anni.

Sospensione della prescrizione

La sospensione importa l'arresto temporaneo del decorso del periodo prescrittivo, giustificato dalla non imputabilità della inerzia del titolare del diritto (*contra non valentem agere non currit praescriptio*), con ripresa del decorso del termine nel momento in cui verrà a cessare la causa che ha determinato l'arresto.

L'art. 2941 c.c. dispone che «*La prescrizione rimane sospesa*

- 1) *tra i coniugi;*
- 2) *tra chi esercita la potestà di cui all'art. 316 o i poteri a essa inerenti e le persone che vi sono sottoposte;*
- 3) *tra il tutore e il minore o l'interdetto soggetti alla tutela, finché non sia stato reso e approvato il conto finale, salvo quanto è disposto dall'art. 387 per le azioni relative alla tutela;*
- 4) *tra il curatore e il minore emancipato o l'inabilitato;*
- 5) *tra l'erede e l'eredità accettata con beneficio d'inventario;*

6) *tra le persone i cui beni sono sottoposti per legge o per provvedimento del giudice all'amministrazione altrui e quelle da cui l'amministrazione è esercitata, finché non sia stato reso e approvato definitivamente il conto;*

7) *tra le persone giuridiche e i loro amministratori, finché sono in carica, per le azioni di responsabilità contro di essi;*

8) *tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto».*

E per disposizione dell'art. 2942 c.c. la prescrizione rimane sospesa:

1) *contro i minori non emancipati e gli interdetti per infermità di mente, per il tempo in cui non hanno rappresentante legale e per sei mesi successivi alla nomina del medesimo o alla cessazione dell'incapacità;*

2) *in tempo di guerra, contro i militari in servizio e gli appartenenti alle forze armate dello Stato e contro coloro che si trovano per ragioni di servizio al seguito delle forze stesse, per il tempo indicato dalle disposizioni delle leggi di guerra.*

L'interruzione della prescrizione

L'interruzione della prescrizione si ha a seguito di un atto di esercizio del diritto da parte del titolare, o del riconoscimento del diritto da parte del soggetto contro il quale può essere fatto valere, e ha l'effetto di annullare il tempo anteriormente decorso. Dopo l'interruzione può incominciare un nuovo periodo prescrittivo; ma questo non sarà la prosecuzione del periodo interrotto, al quale non si somma, in ciò sostanziandosi la differenza rispetto alla sospensione.

Gli atti aventi efficacia interruttiva, a norma dell'art. 2943 c.c., sono quelli che valgono a costituire in mora il debitore e possono essere di natura stragiudiziale (come la richiesta o l'intimazione scritta volta ad ottenere l'esecuzione della prestazione da parte del debitore) o di natura giudiziale (come la notificazione di un atto di citazione, con cui si inizia un giudizio di cognizione, conservativo o esecutivo). In caso di interruzione giudiziale, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio e, dopo il giudicato, inizierà un nuovo periodo prescrizionale decennale.

Se il processo si estingue, rimane fermo l'effetto interruttivo e il nuovo periodo di prescrizione comincia a decorrere dalla data della notifica dell'atto di citazione.

Nel caso di arbitrato la prescrizione non corre dal momento della notificazione dell'atto contenente la domanda di arbitrato sino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione.

Nel caso di più obbligati in solido, gli atti con i quali il creditore interrompe la prescrizione contro uno dei debitori in solido, oppure uno dei creditori in solido interrompe la prescrizione contro il comune debitore, hanno effetto riguardo agli altri debitori o agli altri creditori.

L'istanza proposta contro il debitore interrompe la prescrizione anche nei confronti del fideiussore.

Effetti della sentenza dichiarativa di fallimento

La dichiarazione di fallimento non interrompe il decorso del termine di prescrizione, né a favore del fallito, né del curatore, e neppure a favore dei terzi.

La sospensione della prescrizione può essere validamente ottenuta dal creditore con la presentazione della domanda di insinuazione di credito al passivo fallimentare ed il nuovo termine inizierà a decorrere dalla data di chiusura o di revoca del fallimento.

Non può ritenersi valido elemento interruttivo la semplice comunicazione o richiesta indirizzata al curatore. Questi non è un sostituto a titolo particolare del debitore fallito e, quindi la comunicazione (o la richiesta) non equivale alla costituzione in mora prevista dall'ultimo comma dell'art. 2943 c.c.

La decadenza

A differenza della prescrizione, il cui fondamento è l'inerzia del titolare che fa ritenere abbandonato il diritto, la decadenza postula la necessità obiettiva che l'esercizio del diritto sia compiuto entro un termine perentorio, senza avere riguardo alle circostanze soggettive che abbiano determinato l'inutile decorso del termine. Si pensi al termine per l'impugnazione di una sentenza, trascorso inutilmente il quale l'impugnazione è inammissibile.

La differenza di fondamento tra i due istituti ne comporta una diversa disciplina, nel senso che alla decadenza non si applicano le norme sulla sospensione e interruzione del decorso del termine.

La decadenza può essere stabilita dalla legge o convenzionalmente dalle parti. La decadenza legale costituisce una ipotesi eccezionale - come tale

non suscettibile di applicazione analogica - in quanto deroga al principio generale, secondo cui l'esercizio dei diritti soggettivi non è sottoposto a limiti ed il titolare può valersi di tale facoltà quando e come reputa opportuno. Se la decadenza è stabilita nell'interesse generale, cioè in relazione a *diritti indisponibili*, non può essere modificata o rinunciata dalle parti ed il giudice deve rilevarla d'ufficio. Se è stabilita a tutela di un interesse individuale (per esempio termine entro cui il compratore deve denunciare i vizi occulti della cosa acquistata), il relativo regime legale può essere modificato. Questo stesso principio vale anche per la decadenza convenzionale, la quale presuppone che si versi in materia di diritti disponibili, preoccupandosi solo la legge di sancire la *nullità* del patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendano eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto: ciò allo scopo di evitare la sopraffazione di una delle parti sull'altra, sia pure in materia di diritti disponibili, ponendo così un limite alla libertà contrattuale.

La decadenza è impedita solo dal compimento dell'atto previsto dalla legge o dal contratto. Tuttavia, se si tratta di un termine stabilito dal contratto o da una norma di legge relativa a diritti disponibili, la decadenza può essere anche impedita dal *riconoscimento del diritto* proveniente dalla persona contro la quale si deve far valere il diritto soggetto a decadenza (art. 2966 *c.c.*).

Per quanto attiene il fallimento, possono interessare i seguenti casi di decadenza, la cui diligente elencazione mutuo da Cuneo:

— *diritto del compratore alla garanzia della cosa acquistata*. Si ha decadenza dal diritto se il compratore, entro otto giorni dalla scoperta del vizio (salvo diverso termine stabilito dalle parti o dalla legge), non l'ha denunciato al venditore;

— *esercizio del riscatto nel caso di vendita con detta pattuizione.* Il venditore decade dal diritto se, entro il termine fissato, non comunica al compratore la dichiarazione di riscatto e non gli corrisponde le somme liquide dovute per il rimborso del prezzo, delle spese e di ogni altro pagamento legittimamente fatto per la vendita;

— *garanzia del buon funzionamento della cosa compravenduta, concessa dal venditore.* L'acquirente decade dal diritto se non denuncia al venditore il difetto di funzionamento entro trenta giorni dalla scoperta;

— *garanzia per difformità e vizi dell'opera in sede di appalto.* Il committente decade dal diritto se non denuncia le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta;

— *garanzia per rovina e difetti di cose immobili in sede di appalto.* Il committente od i suoi aventi causa decadono dal diritto se della rovina o dei difetti non viene fatta denuncia, entro un anno dalla scoperta;

— *responsabilità dei subappaltatori.* L'appaltatore decade dal diritto di agire in regresso nei confronti dei subappaltatori se non comunica loro, entro sessanta giorni dal ricevimento la denuncia di rovina o difetti di cose immobili, fattagli dal committente o dai suoi aventi causa;

— *responsabilità del vettore per perdita parziale od avaria delle cose trasportate non riconoscibili al momento della riconsegna.* Il diritto all'azione decade se il danno non viene denunciato appena conosciuto e comunque non oltre otto giorni dopo il ricevimento;

— *diritto dell'assicuratore ad impugnare il contratto per dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente che ha agito con dolo o colpa grave.* L'assicuratore decade dal diritto se entro tre mesi dal giorno in cui ha riconosciuto l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza non. dichiara al contraente di voler esercitare l'impugnazione;

— *diritto dell'assicuratore di recedere dal contratto per dichiarazioni inesatte o reticenti rese dal contraente senza che vi sia dolo o colpa grave.* L'assicuratore decade dal diritto se entro tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l'inesattezza delle dichiarazioni o la reticenza non dichiara al contraente di voler recedere dal contratto;

— *diritto dell'assicurato di recedere, dal contratto nei casi di diminuzione del rischio.* Il termine per recedere è di due mesi dal giorno in cui è stata fatta la comunicazione della diminuzione di rischio:

— *diritto dell'assicuratore di recedere dal contratto nei casi di aggravamento del rischio.* Il termine per recedere è di un mese dalla ricezione dell'avviso di aggravamento del rischio o da quando in altro modo ne è venuto a conoscenza;

— *mantenimento della garanzia e fideiussione dopo la scadenza dell'obbligazione principale.* Il termine entro il quale il creditore deve proporre le sue istanze contro il debitore, se vuole mantenere obbligato il fideiussore, è di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, ridotto a due mesi qualora esso fideiussore abbia espressamente limitata la sua fideiussione allo stesso termine di questa;

— *impugnazione di rinunzie e transazioni aventi per oggetto diritti del prestatore di lavoro, derivanti, da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti collettivi di lavoro.* Il diritto decade se non è esercitato entro sei mesi dalla cessazione del rapporto, dalla data della rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute successivamente;

— *diritto del creditore privilegiato, pignoratizio od ipotecario di opporsi al pagamento delle somme dovute dagli assicuratori per indennizzare la perdita o il deterioramento delle cose soggette a privilegio, pegno od ipoteca.* Il termine per proporre opposizione è di trenta giorni dalla

perdita o dal deterioramento, se si tratta di cose mobili; di trenta giorni dalla notificazione ai creditori iscritti del fatto che ha dato luogo alla perdita o al deterioramento, nel caso di beni immobili;

— *diritto del locatore di domandare il sequestro delle cose, oggetto del privilegio a garanzia del suo credito, asportate senza il suo consenso dall'immobile locato.* Il termine per chiedere il sequestro è di trenta giorni dall'asportazione, se si tratta di mobili che servono a fornire o a coltivare il fondo rustico e di quindici giorni se si tratta di mobili che servono a fornire la casa;

— *diritto alla rinnovazione ipotecaria.* Il termine è di venti anni, in quanto la rinnovazione deve essere fatta prima che scada l'effetto dell'ipoteca, la cui durata è infatti di venti anni dalla sua data d'iscrizione;

— *l'azione della Finanza per il conseguimento d'imposta relativa ad un atto presentato alla registrazione o per l'imposta dovuta per un fatto che il contribuente ha l'obbligo di denunciare.* Il termine di decadenza è di cinque anni e decorre dal giorno in cui avrebbe dovuto essere richiesta la registrazione, o presentata la denuncia ovvero si è verificato il fatto che legittima la registrazione d'ufficio;

— *l'azione della Finanza per il conseguimento d'imposte liquidate su un atto già sottoposto alla registrazione.* L'imposta deve essere richiesta, o meglio la liquidazione dell'imposta deve essere notificata al contribuente, a pena di decadenza, entro il termine di tre anni che decorrono;

- dalla richiesta di registrazione dell'atto, se si tratta d'imposta principale;
- dalla data in cui l'accertamento di maggior valore è divenuto definitivo o è stata presentata la denuncia di eventi successivi alla registrazione, se si tratta d'imposta complementare;

- dalla data di registrazione dell'atto ovvero dalla data di presentazione delle denunce successive, se si tratta d'imposta suppletiva;

— *l'azione del contribuente per il rimborso della maggior imposta pagata e delle soprattasse illegittimamente applicate.* Il termine di decadenza è di tre anni e decorre da quando il diritto può essere fatto valere, cioè dal pagamento ovvero, se il diritto al rimborso dipende dall'accertamento dell'effettiva entità dell'imponibile, dal giorno in cui rimane definitivamente stabilito che l'ammontare tassabile è inferiore a quello su cui è stata liquidata l'imposta.

Per il computo dei termini di decadenza valgono integralmente le norme dettate per quelli di prescrizione.

Effetti della sentenza dichiarativa di fallimento

Il fallimento, non esercita alcuna influenza sull'istituto della decadenza. Al fallito, quale beneficiario della decadenza di diritti dei terzi o titolare di diritti che possono decadere, si sostituisce il curatore con gli stessi diritti, doveri ed inderogabilità di termini.

Eccezione di intervenuto pagamento del credito insinuato

In sede di verifica, il curatore può opporre, in via di eccezione, l'intervenuto pagamento da parte del fallito del credito insinuato, deducendo e producendo il relativo atto di quietanza sottoscritto dal creditore.

Per intendere appieno l'efficacia produttiva di questo atto, sono opportune alcune premesse.

L'atto di quietanza

L'atto di quietanza è la dichiarazione scritta con la quale il creditore attesta di aver ricevuto per un certo titolo il pagamento di quanto in essa indicato (Cass. 21 maggio 1991, n. 5706).

Trattasi, dunque, di un atto unilaterale recettizio che *contiene* esclusivamente il riconoscimento di aver riscosso quanto è stato pagato dal debitore (Cass. 7 marzo 1991, n. 2410); in esso manca dunque un qualsiasi *animus confitendi* in ordine alla causa del pagamento (Cass. 15 novembre 1993, n. 11274) ed all'esistenza del credito (Cass. 15 novembre 1993, n. 11274; Cass. 21 giugno 1995, n. 7021).

Profili probatori della quietanza

Cass. Sez. un. 13 maggio 2002, n. 6877 ha statuito che *«la quietanza, a differenza degli altri atti unilaterali, ha valore di confessione stragiudiziale e fa piena prova contro colui che l'ha rilasciata del ricevimento di quanto in essa dichiarato»*.

La giurisprudenza di legittimità è costante nel considerare la quietanza come *«un atto unilaterale che comporta il riconoscimento del pagamento ed integra, quindi, tra le parti, quale confessione stragiudiziale proveniente dal creditore e rivolta al debitore, piena prova della specifica corresponsione di una determinata somma di denaro per un determinato titolo»*. (Cass. 7 ottobre 1994, n. 8229). Il documento di quietanza, prodotto dal debitore contro il proprio creditore, fa piena prova dei fatti cui si riferisce; tuttavia, la prova della quietanza è da considerarsi piena e completa solamente qualora *«indichi tanto l'obbligazione quanto il relativo*

fatto estintivo mentre, se l'obbligazione non è in essa precisata, il relativo accertamento è rimesso al giudice del merito». (Cass. 10 marzo 2000, n. 2813).

La giurisprudenza non si è dimostrata altrettanto uniforme in ordine alla questione dell'ammissibilità della prova per testimoni, diretta a contrastare il contenuto della dichiarazione di avvenuto pagamento,

Dirimendo il contrasto, Cass. Sez. Un., 13 maggio 2002, n. 6977 hanno statuito che *«poiché l'oggetto della prova è costituito non dal contratto (nella specie compravendita di un autobus), ma dall'accordo simulatorio, che è lo strumento attuativo della simulazione (nel caso concreto la quietanza), essendo concluso allo specifico fine di negare l'esistenza specifica del fatto apparente, nei cui confronti si configura come un patto (anteriore o contemporaneo) ad esso aggiunto e contrario, la sua dimostrazione può essere data dalle parti con la produzione in giudizio del documento che lo racchiude e non con deposizioni testimoniali, stante l'espresso divieto dell'art. 2722 del c.c.»* (nello stesso senso Cass. 28 luglio 1997, n. 7021 e Cass. 28 gennaio 2000, n. 988).

La quietanza a saldo, contenente la dichiarazione di ricevimento di una somma ad integrale soddisfacimento delle ragioni creditorie, ha valore confessorio unicamente con riferimento al ricevimento della prestazione e non assume il medesimo valore rispetto ad altre manifestazioni di volontà eventualmente in essa contenute. Essa non ha neppur valore di rinuncia rispetto ad altri eventuali crediti o all'eventuale differenza della prestazione, in quanto non può presumersi un tale significato in un atto che, tipicamente, non ha natura negoziale ma solamente dichiarativa.

Con specifico riferimento alla transazione, affinché possa dirsi validamente conclusa, è necessario che abbia ad oggetto una *res dubia* e che, al fine di

dirimere la controversia, i contraenti si facciano concessioni reciproche. L'assoggettamento della transazione alla prova per iscritto, a norma dell'art. 1967 c.c., comporta che devono risultare documentalmente tutti gli elementi del negozio, ivi compreso quello della reciprocità delle concessioni, e non consente che alcuno di tali elementi sia desunto per presunzione.

Secondo Cass. 23 maggio 2000, n. 6274: *«la quietanza rilasciata a un istituto assicuratore può assumere natura e consistenza di contratto transattivo, ove risulti la comune volontà delle parti di evitare ogni contesa mediante reciproche concessioni (indipendentemente dall'equivalenza fra il datum ed il retentum) in relazione ad un dissenso sia pure potenziale»*. (Cass. 6 ottobre 1999, n. 11117, G.I. 2000, 1152: *«non può essere attribuito il valore di un negozio transattivo alla scrittura privata attestante l'avvenuta consegna di una somma di denaro, qualora dal documento non risulti su quali contrapposte pretese e su quali diritti viene ad incidere l'effetto abdicativo del negozio, così da delineare l'ambito preclusivo di ulteriori pretese da parte del soggetto autore della quietanza»*).

Ai sensi dell'art. 45, comma 1, r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669 (legge cambiaria), il trattario che provveda al pagamento della cambiale, ha diritto alla restituzione del titolo ed all'annotazione del pagamento sul medesimo. Analogamente, l'art. 51 della stessa legge stabilisce il diritto dell'obbligato di regresso alla restituzione del titolo col protesto e il conto di ritorno quietanzato. Dal combinato disposto degli artt. 45 e 51 cit. con l'art. 1199 c.c., si desume che il dovere del portatore nasce a seguito della richiesta del debitore, sul quale incombe l'onere di sostenere le spese necessarie. L'obbligo del creditore cambiario di restituire il titolo quietanzato si determina, anche con riferimento all'obbligazione cartolare, solamente a

seguito della richiesta del trattario come si evince dall'espressa dizione dell'art. 1199 c.c. e dall'uso dell'espressione «può esigere », contenuta negli artt. 45 e 57, citati.

CAPITOLO VIII

ALTRE ECCEZIONI PROPONIBILI DAL CURATORE

1) Eccezioni proponibili dal curatore del debitore ceduto, nei confronti del factor-cessionario

Il curatore può eccepire al factor-cessionario:

1) l'incapacità del credito, stabilita con convenzione fra creditore-cedente e debitore, se il debitore ceduto provi che il *factor* ne era a conoscenza al tempo della cessione (art. 1260, comma 2 c.c.);

2) le eccezioni sull'invalidità o inesistenza del negozio da cui è derivato il credito ceduto;

3) l'eccezione della mancata prova da parte del *factor* dell'esistenza del credito oggetto della fornitura;

4) le eccezioni sulla legittimazione processuale e sulla novazione o compensazione avvenute prima della notifica della cessione;

5) l'eccezione di liberazione dal debito, per pagamento al creditore originario, in caso di mancata accettazione da parte del debitore ceduto o mancata notifica a costui dell'avvenuta cessione;

6) le stesse eccezioni che il debitore ceduto potrebbe opporre al cedente suo creditore;

7) l'eccezione dell'efficacia liberatoria *ex art. 1265, comma 2 c.c.*, del pagamento eseguito a terzi;

8) l'eccezione di intervenuta risoluzione, prima della notifica della cessione, del contratto stipulato con il creditore cedente;

9) tutte le eccezioni relative alla inesatta esecuzione del contratto da cui deriva il credito.

2) Eccezioni proponibili dal curatore dell'accollante fallito

Com'è noto l'accollo è previsto e disciplinato dall'art. 1273 c.c. e consiste nella convenzione tra il debitore ed un terzo con la quale questo (accollante) si assume il debito che un altro soggetto (debitore accollato) ha verso il creditore (accollatario); a questa convenzione il creditore è estraneo, ma alla stessa egli può aderire rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore (art. 1273, comma 1, c.c.).

Secondo l'opinione prevalente - e preferibile - l'accollo è un contratto bilaterale a favore di terzo (creditore) che si perfeziona nel momento di conclusione dell'accordo tra debitore e terzo accollante, diventando irrevocabile nel momento in cui vi aderisce il creditore, nei cui confronti l'accollante: 1) rimane obbligato nei limiti in cui ha assunto il debito; 2) può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta (art. 1273, ult. comma, c.c.).

Se il creditore non aderisce alla convenzione, non assume alcun diritto verso il terzo accollante; questo si obbliga soltanto verso il debitore, a tenerlo indenne dalla sua obbligazione:

È, questo, il c.d. *accollo interno o semplice*.

Se il creditore aderisce alla convenzione, può dichiarare espressamente di liberare il debitore originario (è, questo, il c.d. *accollo liberatorio*) o può dichiarare di non liberarlo, ovvero può omettere qualunque dichiarazione, nel qual caso il debitore ed il terzo accollante rimangono obbligati in solido.

Secondo la prevalente dottrina:

a) nell'accollo cumulativo esterno, il terzo accollante che paga non ha azione di regresso nei confronti del debitore accollato, dato che si è in presenza di un'obbligazione solidale ad interesse unisoggettivo, in quanto obbligato principale è l'accollante;

b) nell'accordo cumulativo interno, invece, il creditore può rivolgersi indifferentemente a chi vuole (così Bianca).

Rapporto di provvista e rapporto di valuta

L'accollo si basa su due rapporti: il rapporto di provvista e il rapporto di valuta.

Con la prima espressione (provvista) viene indicato il rapporto intercorrente fra accollante ed accollato che, come si è detto, può essere della più varia natura: mutuo, vendita, transazione, donazione, ecc.

Questo rapporto rappresenta, nello stesso tempo, anche la giustificazione dell'assunzione del debito altrui da parte dell'accollante.

Il rapporto di valuta è, invece, quello che lega il debitore originario (accollato) ed il creditore (accollatario). Da esso nasce l'interesse del primo alla stipulazione in favore del secondo.

Il regime delle eccezioni

È opportuno distinguere tre tipi di rapporti: il rapporto di valuta (tra vecchio debitore e creditore), il rapporto derivante dal contratto di accollo (assunzione del debito altrui) ed il rapporto di provvista (rapporto di varia natura intercorrente tra nuovo e vecchio debitore: donazione, mutuo, ecc.).

Quanto alle eccezioni relative al rapporto di valuta, la loro opponibilità non è espressamente prevista, ma si ricava per implicito dal comma 1, art. 1273, perché il nuovo debitore assume il debito del vecchio debitore così come esso è al momento dell'assunzione.

Quanto alle eccezioni relative al contratto di accollo - ossia al contratto con cui l'accollante si è assunto il debito dell'accollato - la loro opponibilità risulta espressamente dal comma 4 dell'art. 1273 c.c., secondo il quale, in ogni caso, l'accollante è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta.

Quanto, infine, al rapporto che giustifica l'accollo stesso, ossia il rapporto di provvista (tra nuovo e vecchio debitore), tra le varie opinioni sostenute in dottrina, è preferibile ritenere che le relative eccezioni sono opponibili solo quando nel contratto di accollo sia fatto espresso riferimento a tale rapporto di provvista e ciò sempre in base al comma 4 dell'art. 1273.

Ricordo infine che *«In tutti i casi in cui il creditore libera il debitore originario, si estinguono le garanzie annesse al credito, se colui che le ha prestate non consente espressamente a mantenerle»* (art. 1275 c.c.).

Poiché l'art. 1275 parla genericamente di «garanzie annesse al credito», appare preferibile l'opinione per la quale l'estinzione si riferisce alle garanzie convenzionali prestate tanto dal debitore quanto da terzi; non si estinguono invece le garanzie legali ed i privilegi generali o speciali (che garanzie non sono).

Si ritiene (Carresi) che l'atto con il quale il terzo acconsente al mantenimento delle garanzie sia assoggettabile a revocatoria, al pari dell'atto di concessione, con decorrenza di un autonomo termine di prescrizione dal compimento di tale atto.

Quando il creditore ha aderito all'accollo stipulato a suo favore e la liberazione del debitore originario era la condizione espressa dalla stipulazione, il creditore che ha liberato il debitore originario, non ha azione contro di lui se il terzo accollante diviene insolvente, salvo che ne abbia fatto espressa riserva (art. 1274 c.c.).

Se l'obbligazione assunta dal terzo accollante verso il creditore è dichiarata nulla o annullata o rescissa o risolta ed il creditore aveva liberato il debitore accollato, l'obbligazione rivive, ma il creditore non può valersi delle garanzie prestate da terzi (art. 1276 c.c.).

Se fallisce il terzo accollante, il curatore può opporre al creditore le eccezioni sopra indicate ed in più far valere: 1) l'inopponibilità *ex art.* 45 1. fall. del contratto d'accollo, se questo non risulta da atto di data certa *ex art.* 2704 c.c.; 2) l'inefficacia del detto contratto *ex artt.* 64 e 67 1. fall., se ricorrono i presupposti previsti da queste norme.

Eccezioni proponibili dal curatore dell'espromittente fallito, nei confronti del creditore

Com'è noto, l'espromissione è il negozio giuridico (secondo alcuni - Bianca Mirabelli - unilaterale; secondo altri - Mancini - bilaterale, cioè un contratto tra creditore e terzo), con il quale il terzo (espromittente) *spontaneamente* (cioè senza esservi obbligato) assume il debito di un altro soggetto nei confronti del creditore (espromissario).

«Per spontaneità» non deve intendersi che il terzo deve essere animato da spirito di liberalità, ma piuttosto che il motivo che spinge il terzo espromittente ad obbligarsi è indifferente per il creditore; ne consegue che se l'espromittente *non* manifesta al creditore il motivo per cui assume il

debito, si ha *espromissione*; se, invece, manifesta al creditore che interviene perché obbligato in base ad un contratto con il debitore, si ha *delegazione*.

Tipi di estromissione

Sono due:

A) quella *cumulativa* che si ha quando il terzo espromittente si obbliga in *solido* con il debitore espromesso; è, questa, l'ipotesi normale di espromissione, se le parti non stabiliscono, diversamente o se il creditore non dichiara espressamente di voler liberare il debitore;

B) quella *privativa o liberatoria* che si ha quando il creditore dichiara espressamente di liberare il debitore originario, accettando il terzo espromittente come unico obbligato; in questo caso, si estinguono le garanzie annesse al credito (art. 1275 c.c.).

Nell'espromissione cumulativa, all'originario debitore se ne aggiunge un altro, il terzo espromittente; ne consegue che non si ha successione nel - ma semplice modificazione soggettiva del -rapporto obbligatorio.

Nell'espromissione privativa, invece, si realizza il fenomeno successorio, perché all'originario debitore se ne sostituisce uno nuovo (il terzo espromittente).

Se l'espromissione è *liberatoria*, l'espromittente, una volta pagato il creditore, non potrà esercitare il regresso contro il debitore, anche se potrà esperire contro questo le altre azioni che gli spettano in dipendenza del rapporto che dovesse avere verso di lui; in mancanza di rapporto, se ricorrano le condizioni di legge, potrà esperire i rimedi dell'*actio negotiorum gestio* o dell'azione d'indebito arricchimento.

Il regresso dell'espromittente nei confronti del debitore non è invece pacificamente ammesso nell'espromissione cumulativa.

Alcuni lo ammettono facendo leva sul rapporto di solidarietà passiva tra espromittente e debitore nei confronti del creditore.

Altri Autori ritengono invece che il regresso non spetti in ogni caso, ma dipenda dal concreto rapporto intercorrente tra terzo espromittente e debitore.

Il regime delle eccezioni

Salvo diversa convenzione, il terzo espromittente (e, quindi, in caso di fallimento, il suo curatore) può opporre al creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporgli il debitore espromesso, tranne (art. 1272, comma 3):

- a) le eccezioni relative a rapporti personali con il debitore originario;
- b) le eccezioni derivanti da fatti successivi alla espromissione;
- c) le eccezioni di compensazione.

Eccezione proponibili al delegatario dal curatore del delegato fallito

Il regime delle eccezioni nel rapporto di delegazione è delineato all'art. 1271:

«Il delegato può opporre al delegatario le eccezioni relative ai suoi rapporti con questo.

Se le parti non hanno diversamente pattuito, il delegato non può opporre al delegatario, benché questi ne fosse stato a conoscenza, le eccezioni che

avrebbe potuto opporre al delegante, salvo che sia nullo il rapporto tra delegante e delegatario.

Il delegato non può neppure opporre le eccezioni relative al rapporto tra delegante e delegatario, se ad esso le parti non hanno fatto espresso riferimento».

Quindi:

1) il *delegato*, in quanto debitore, può opporre al *delegatario* le eccezioni relative ai suoi rapporti con esso, e ciò tanto nel caso di delegazione pura quanto nel caso di delegazione titolata. Sono quindi opponibili al delegatario:

- a) le eccezioni relative alla inesistenza o invalidità della delega;
- b) le eccezioni relative ad altri eventuali rapporti personali con il delegatario, come ad es. l'eccezione di compensazione;

2) se il delegato ha promesso al delegatario di pagare, in base al *rapporto di provvista*, quanto lui deve al delegante (*delegatio promittendi* titolata), egli può opporre al *delegatario* tutte le eccezioni; che avrebbe potuto opporre al delegante (art. 1271, comma 2 c.c.).

3) Nel caso di delegazione non titolata, ai sensi dell'art. 1271, comma 2 c.c., il delegato non può opporre al delegatario, benché questi ne fosse a conoscenza, le eccezioni che avrebbe potuto opporre al delegante, salvo che sia nullo il rapporto tra delegante e delegatario. In tale ultimo caso il delegato può opporre al delegatario tutte le eccezioni, non solo quelle di nullità. Se infatti il delegato paga al delegatario in base ad un rapporto di valuta nullo, ha interesse ad eccepire subito gli eventuali vizi che inficiano il rapporto di provvista. Ciò, in quanto il pagamento fatto dal delegato al delegatario vale come effettuato dal delegato al delegante, con riferimento

al rapporto di provvista, ed estingue tale obbligazione. La nullità del solo rapporto di valuta non abilita invece il delegato ad eccepirlo al delegatario. Il suo interesse sussiste solo nel caso di vizi che inficino il rapporto di provvista, perché in tal caso dovrà ripetere dal delegante quanto pagato al delegatario. Il pagamento effettuato dal delegato si considera, infatti, con riferimento al rapporto di valuta, come posto in essere dal delegante al delegatario; se il delegato ha promesso di pagare al *delegatario* quanto questo, in base al *rapporto di valuta*, deve avere dal delegante (*delegatio promittendi*), egli potrà opporre al *delegatario* tutte le eccezioni che il delegante avrebbe potuto opporre al delegatario (art. 1271, comma 3). Nella delegazione di pagamento pura, l'obbligazione del delegato verso il delegatario prescinde del tutto dal rapporto sottostante di provvista e di valuta e quindi dai relativi vizi, salvo che ricorra la nullità della doppia causa, nel qual caso viene meno la funzione stessa della delegazione (Cass. Civ. Sez. II, 14 giugno 1994, n. 5770).

Eccezione di disconoscimento della scrittura privata

Com'è noto, l'art. 214 c.p.c. stabilisce che: “Colui contro il quale è prodotta una scrittura privata, se intende disconoscerla, è tenuto a negare formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione.”

Questa disposizione, anche se dettata dal legislatore per il giudizio di cognizione, può con opportuni adattamenti operare anche nel procedimento di verifica dei crediti che ha natura giurisdizionale e nel quale il fallito ha diritto di intervenire ai sensi dell'art. 96, primo comma, L.F.

Comunque il curatore, in quanto “avente causa” del fallito, può limitarsi a dichiarare di non conoscere la scrittura o la sottoscrizione attribuita al fallito (art. 214, secondo comma, c.p.c.).

Se il fallito, nell’udienza di verificaione, non disconosce la scrittura privata prodotta dal creditore o il curatore dichiara di non conoscerla, la scrittura stessa si ha per riconosciuta.

In base alla dichiarazione di disconoscimento della scrittura privata emessa dal fallito o di non conoscenza emessa dal curatore, il Giudice Delegato deve interpellare la parte che ha prodotto il documento non è utilizzabile al fine di decidere sulla domanda di partecipazione al concorso.

Se la risposta è affermativa e gli elementi adottati dal fallito a prova della falsità non sono manifestamente infondati o inaffidabili, il Giudice potrà non accogliere la domanda di ammissione.

Nel successivo giudizio di impugnazione ex art. 98 L.F., il fallito avrà diritto ed interesse ad intervenire personalmente per proporre la querela di falso; in questo caso il giudice dell’impugnazione dovrà attivare il procedimento previsto dal codice di rito (artt. 221, 222, 223, 224, 225) per la proposizione e decisione di detta querela.

CAPITOLO IX

La compensazione nella verifica dei crediti

Premessa

Come è noto la compensazione prevista e disciplinata dagli artt. 1241 ss., c.c., determina l'estinzione dei contrapposti debiti, per le quantità corrispondenti, allorché due persone siano obbligate l'una verso l'altra.

L'effetto estintivo dei contrapposti debiti-crediti si verifica nel momento della loro contemporanea esistenza.

La legge prevede tre tipi di compensazione:

1) quella *legale*, che richiede:

a) *l'omogeneità* delle prestazioni: i due debiti debbono avere entrambi per oggetto una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere;

b) la *liquidità* di entrambi i crediti, cioè che gli stessi siano determinati nel loro ammontare ed incontrovertibili nel titolo;

c) *l'esigibilità* intesa come «azionabilità» dei crediti stessi (cioè come possibilità di farli valere giudizialmente in vista dell'eventuale esecuzione coattiva della prestazione) i quali, se a termine, debbono essere scaduti e, se sottoposti a condizione sospensiva, la stessa deve essersi già verificata.

Perché la compensazione legale operi è necessario che la parte interessata la eccepisca, non potendo il giudice rilevarla d'ufficio (art. 1241, c.c.).

Tuttavia i debiti si estinguono non dal giorno della sentenza del giudice e per effetto di questa, ma dal momento della loro coesistenza (*ex tunc*), automaticamente, per effetto della legge, ragion per cui questo tipo di compensazione si chiama «legale».

In questo tipo di compensazione la sentenza del giudice non è che un accertamento dell'avvenuta estinzione dei contrapposti debiti, quale effetto *ex tunc* della loro contemporanea esistenza;

2) quella *giudiziale*: qualora nel corso di un giudizio sia invocato un credito liquido ed esigibile e l'altra parte opponga in compensazione un controcredito omogeneo ed anch'esso esigibile, ma non ancora liquido, il giudice può dichiarare l'estinzione dei due debiti fino alla quantità corrispondente, a condizione che il credito opposto in compensazione sia di facile e pronta liquidazione (art. 1243, comma 2, c.c.);

3) quella *volontaria*, che si attua per volontà delle parti anche se non ricorrono le condizioni previste dall'art. 1243, c.c. (omogeneità, liquidità, esigibilità).

La compensazione può essere opposta nel corso, quanto al di fuori di un giudizio; in quest'ultimo caso il giudice può rilevare d'ufficio l'avvenuta proposizione dell'eccezione di compensazione, se il fatto risulta dagli atti del processo.

La dichiarazione stragiudiziale di volersi valere della compensazione è atto unilaterale recettizio, a contenuto patrimoniale.

Il secondo comma dell'art. 1242 c.c. stabilisce che «*la prescrizione non impedisce la compensazione, se non era compiuta quando si è verificata la coesistenza dei due debiti*»; la norma non si applica alla compensazione giudiziale perché, potendo questa aver luogo soltanto *ope legis*, l'effetto dell'estinzione dei due debiti dal giorno della loro coesistenza, non può mai verificarsi (Cass. n. 2009 del 1975).

A mente del secondo comma dell'art. 1242, la prescrizione successiva alla coesistenza dei due controcrediti non impedisce, quindi, la compensazione se a quel momento (della coesistenza) ne ricorrevano i presupposti, cioè il credito (poi prescritto) era omogeneo, liquido ed esigibile; in tal caso il titolare del credito prescritto perde il diritto di esigere la prestazione, ma non il potere di avvalersi del credito medesimo ai fini della compensazione legale.

Ma se la prescrizione matura prima della coesistenza dei debiti-crediti reciproci, la possibilità di compensazione è esclusa, appunto perché il credito prescritto è ormai inesigibile; l'esclusione opera anche per l'ipotesi in cui, al momento della coesistenza, il credito era illiquido o inesigibile e la prescrizione venga a maturare prima che esso diventi liquido ed esigibile.

Pluralità di crediti compensabili (art. 1249 c.c.)

Nel caso di pluralità di crediti reciproci, la compensazione opera in base al disposto dell'art. 1193 c.c. e quindi, innanzi tutto, sui crediti meno garantiti, poi su quelli più onerosi, poi su quelli più antichi ed, infine, se tali criteri non possono operare, incide proporzionalmente su vari crediti.

Compensazione opposta da terzi garantiti

L'art. 1247 c.c. dispone che *«il fideiussore può opporre in compensazione il debito che il creditore ha verso il debitore principale.*

Lo stesso diritto spetta al terzo che ha costituito una ipoteca o un pegno».

Il primo comma costituisce particolare espressione del principio sancito dall'art. 1945 c.c. che autorizza il fideiussore ad *«opporre contro il cre-*

ditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità». La *ratio* della norma sta nel fatto che l'obbligazione garantita è il presupposto di quella di garanzia, sicché il fideiussore viene a trovarsi rispetto al creditore, in una posizione identica a quella del debitore garantito e deve essere ammesso ad esperire tutte le azioni che spettano a quest'ultimo e che influenzano l'esistenza, validità, misura e modalità della sua obbligazione, oggetto della garanzia (così FRAGALI).

L'eccezione di compensazione opposta dal fideiussore giova solo a lui e non al debitore principale il quale, se convenuto in giudizio, è libero di sollevarla; il fideiussore, invece, ha l'onere di proporla giacché, in mancanza, assume a suo carico il rischio della solvibilità del debitore ai fini del regresso.

Inopponibilità della compensazione

Il primo comma dell'art. 1248 c.c. dispone: *«Il debitore, se ha accettato puramente e semplicemente la cessione che il creditore ha fatto delle sue ragioni ad un terzo, non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente».*

La *ratio* della disposizione sta nel fatto che la cessione comporta una sostituzione nella titolarità del credito, subentrando nel rapporto obbligatorio al creditore originario un nuovo creditore, sicché a quest'ultimo non è possibile opporre in compensazione un credito che il debitore ceduto vanta verso il primo creditore; con la cessione viene meno, cioè, il requisito della reciprocità dei crediti contrapposti, dato che il debitore ceduto è ormai obbligato verso un soggetto diverso da quello di cui è a sua volta creditore.

La disposizione è stata ritenuta applicabile esclusivamente alla compensazione legale, giacché solo in tal caso potrebbe ravvisarsi un potere di eccepire la compensazione non ancora esercitato dal debitore ceduto.

Il presupposto dell'inopponibilità è dato dalla circostanza che il debitore abbia accettato «puramente e semplicemente la cessione», sicché la compensazione può essere eccepita senza le limitazioni dell'art. 1248 quando il debitore si sia riservato tale diritto. In applicazione della norma, in giurisprudenza si è affermato che l'espressa riserva di compensazione, fatta dal debitore ceduto al cessionario, vale per la compensazione di ogni credito, indipendentemente dall'epoca di insorgenza dello stesso, cioè anche per controcrediti sorti posteriormente al perfezionamento dell'eventuale cessione (Cass. 16 gennaio 1979, n. 310, in Giur. it, 1988 G.I. 1, 540).

Il secondo comma dell'art. 1248 stabilisce che *«la cessione non accettata dal debitore, ma a questo notificata, impedisce la compensazione dei crediti sorti posteriormente alla notificazione»*, ma non anche di quelli sorti anteriormente.

Qualora il cedente si avvalga della compensazione prima dell'accettazione, della notificazione o della conoscenza dell'avvenuta cessione da parte del debitore, questo è liberato ed i reciproci crediti sono estinti (così SCHLESINGER e DI PRISCO).

In caso di cessione di crediti nascenti da un contratto di credito al consumo, il consumatore può sempre opporre al cessionario tutte le eccezioni che poteva far valere nei confronti del cedente, ivi compresa la compensazione, anche in deroga al disposto dell'art. 1248 c.c. (art. 125, terzo comma, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385: T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia).

La compensazione rispetto ai terzi garantiti

Dall'articolo 1250 si ricava un principio generale secondo cui la compensazione non pregiudica i diritti dei terzi di qualunque tipo; l'articolo, infatti, è dettato in relazione ai soli diritti di pegno ed usufrutto sui crediti, ma si ritiene applicabile a qualunque altro diritto (per esempio al pignoramento o al sequestro di un credito compensabile).

È controverso se la norma si riferisca esclusivamente ai diritti anteriori alla coesistenza dei debiti e dei crediti reciproci, oppure anche ai diritti che sono nati in un momento successivo.

Ai sensi dell'articolo 1251 chi ha pagato un debito mentre poteva invocare la compensazione non può più valersi, in pregiudizio dei terzi, dei privilegi e delle garanzie a favore del suo credito, salvo che abbia ignorato l'esistenza di questo per giusti motivi (GIACOBBE).

Per esempio: io ho un debito di 100 verso Tizio; Tizio ha un debito di 100 nei miei confronti garantito con fideiussione prestata da Caio; nel momento in cui Tizio mi chiede in giudizio il pagamento, io posso opporre la compensazione; se evito di sollevare l'eccezione di compensazione e pago ugualmente, quando in un secondo momento, andrò a chiedere a Tizio la somma che mi deve, non potrò più avvalermi della garanzia prestata da Caio.

La compensazione nelle obbligazioni solidali

L'art. 1302, primo comma, c.c. che opera in tema di solidarietà passiva stabilisce che *«ciascuno dei debitori in solido può opporre in compensazio-*

ne il credito di un condebitore, solo fino alla concorrenza della parte di quest'ultimo».

La legittimazione ad opporre la compensazione viene attribuita, cioè, anche al condebitore che non vanta alcun credito nei confronti del creditore; e la *ratio* della norma va individuata nella finalità di evitare un inutile giro di azioni, pervenendo direttamente a provocare l'estinzione del debito solidale per la parte corrispondente al credito opposto in compensazione.

Se non fosse legittimato ad opporre la compensazione, il condebitore richiesto dell'adempimento sarebbe costretto a pagare l'intero credito e dovrebbe poi agire in regresso anche nei confronti del condebitore-creditore, il quale a sua volta dovrebbe far valere il suo controcredito verso il creditore dell'obbligazione solidale. Invece, legittimando ogni condebitore ad eccepire la compensazione, si consegue il risultato di fare estinguere il debito solidale fino a concorrenza della quota interna del condebitore-creditore, mentre per il residuo il debito medesimo deve essere estinto per pagamento; e, nei rapporti interni, il titolare del credito opposto in compensazione non è più soggetto a regresso, mentre nei confronti degli altri coobbligati il regresso può essere esercitato per l'originaria quota interna (SCHLESINGER e RAGUSA-MAGGIORE) .

Il secondo comma dell'art. 1302 c.c., che opera in tema di solidarietà attiva, dispone che *«ad uno dei creditori in solido il debitore può opporre in compensazione ciò che gli è dovuto da un altro dei creditori, ma solo per la parte di questo».*

In sostanza, nell'ipotesi che il pagamento venga chiesto dal concreditore che non sia a sua volta debitore del debitore, quest'ultimo ha facoltà di eccepire la compensazione fino alla concorrenza della parte del creditore istante, il quale non avrà più regresso nei rapporti interni verso il concreditore che ha

ricevuto il pagamento; nell'ipotesi, invece, che l'adempimento sia richiesto dal concreditore che sia a sua volta debitore, l'intimato può eccepire la compensazione per l'intero credito e gli altri concreditori hanno diritto di regresso pro quota verso il richiedente (così RUBINO).

Inoperatività della compensazione

La compensazione non si verifica nei casi:

- a) di credito per la restituzione di cose di cui il proprietario sia stato ingiustamente spogliato;
- b) di credito per la restituzione di cose depositate o date in comodato;
- c) di credito dichiarato impignorabile;
- d) di rinuncia alla compensazione fatta preventivamente dal debitore;
- e) di divieto stabilito dalla legge (così l'art. 1246, c.c.).

La compensazione nel fallimento (art. 56 L.F.).

Tanto premesso, passo ad esaminare l'operatività della compensazione nel fallimento.

Dispone l'art. 56 L.F. che *«i creditori hanno diritto di compensare con i loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento.*

Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore».

Va, innanzi tutto, rilevato che, in deroga a quanto disposto dall'art. 1243 c.c., l'art. 56 non richiede per la sua operatività il requisito della «avvenuta

scadenza» dei contrapposti debiti prima della dichiarazione di fallimento, dato che espressamente ammette la compensazione tra debiti (scaduti) verso il fallito e crediti verso lo stesso, non scaduti, prima della sentenza di fallimento, la quale, comunque, per espresso disposto del secondo comma dell'art. 55 L.F., ne determina la scadenza ai fini del concorso.

Per opinione prevalente (condivisa anche dal S.C.: vedi Cass. 26 ottobre 1976, n. 3881, in Giur. comm. 1977, II, pag. 326 e 5 giugno 1976, n. 2037, in Dir. fall., 1976, II, pag. 698), la disciplina dettata dall'art. 56 deroga alla disciplina comune della compensazione legale dettata dall'art. 1243 c.c. soltanto laddove consente l'operatività della compensazione nel fallimento anche quando il credito verso il fallito non sia scaduto prima della sentenza di fallimento e ciò perché l'art. 56 va raccordato con l'art. 55, secondo comma (a mente del quale la dichiarazione di fallimento determina l'anticipata scadenza dei crediti pecuniari verso il debitore fallito).

Quindi, anche per la compensazione nel fallimento ai sensi dell'art. 56 L.F., i presupposti di operatività sono:

- a) la preesistenza alla dichiarazione di fallimento dei contrapposti crediti (del creditore concorsuale e del fallito): Cass. 20 marzo 1991, n. 3006; o meglio la preesistenza al fallimento dei «negozi giuridici» che hanno dato origine ai contrapposti crediti;
- b) l'omogeneità dei contrapposti crediti che devono avere entrambi per oggetto una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere;
- c) la certezza e la liquidità di entrambi i crediti i quali, dunque, debbono essere «incontroversi» nel «titolo» e determinati nel loro ammontare;
- d) l'esigibilità intesa come «azionabilità» (in via giudiziale) dei crediti stessi che, se a termine, debbono essere scaduti e, se sottoposti a condizione

sospensiva, questa deve essersi già verificata (Cass. 2 agosto 1994, n. 7181, in Il Fall., 1995, 280);

f) la reciprocità dei contrapposti crediti.

Esaminiamo questi presupposti, singolarmente.

a) Preesistenza al fallimento dei contrapposti crediti.

È pacifico che i negozi giuridici dai quali sono scaturiti i contrapposti crediti debbano essersi conclusi e debbano aver prodotto i loro effetti giuridici prima della dichiarazione di fallimento, anche se la dichiarazione per far valere la compensazione ex art. 56 L.F. può essere emessa dal creditore dopo l'apertura della procedura concorsuale.

In ciò concorda Cass. 20 marzo 1991, n. 3006 per la quale: *«Nella disciplina dell'art. 56 L.F., è incontroverso che il fatto costituente fonte delle situazioni giuridiche contrapposte, deve verificarsi prima della dichiarazione di fallimento; il riferimento espresso ai crediti verso il fallito nonché ai debiti verso lo stesso soggetto, come situazioni giuridiche oggetto del precetto normativo, rende evidente che esulano dalla previsione le situazioni soggettive che coinvolgano direttamente la massa fallimentare, con la conseguenza dell'inapplicabilità della estinzione compensativa qualora una delle due situazioni faccia capo direttamente alla massa fallimentare, mentre l'altra sia sorta direttamente nei confronti del fallito, in virtù dell' anteriorità del fatto genetico all'apertura della concorsualità sistematizzata. Esula dalla previsione normativa anche l'ipotesi in cui entrambe le situazioni contrapposte siano sorte dopo la dichiarazione di fallimento; si tratta, peraltro, di situazioni che per loro natura possono non seguire le regole*

dell'esecuzione concorsuale e nei cui confronti può applicarsi l'ordinaria disciplina del codice civile. È altresì pacifico che, per l'integrazione della fattispecie dell'art. 56 L.F., il momento sopra indicato debba verificarsi dopo la dichiarazione di fallimento».

b) Omogeneità dei contrapposti crediti

Ad avviso di PROVINCIALI ed AZZOLINA, la omogeneità dei contrapposti crediti non è, nel fallimento, un presupposto per l'operatività della compensazione, in quanto, per effetto dell'applicazione del principio di cui all'art. 59 L.F., tutti i crediti, a seguito dell'apertura del fallimento, diventano omogenei.

Nel solco di questa opinione si pone Cass. 16 agosto 1990, n. 8322 (in Il Fallimento, 1991, 345), la quale ha statuito che l'art. 56 L.F.:

«è applicabile anche nell'ipotesi in cui i crediti contrapposti non siano omogenei (come nel caso in cui il credito di chi non è fallito abbia ad oggetto una prestazione di cose e il credito del fallito abbia carattere pecuniario), poiché, con la liquidazione effettuata nel corso della procedura fallimentare con riferimento alla data di dichiarazione del fallimento, anche il credito di prestazione di cose diverse dal denaro diventa credito pecuniario ed è suscettibile di compensazione. Né a tale soluzione è di ostacolo il successivo art. 59, il quale, disponendo che i crediti originariamente non pecuniari concorrono nella ripartizione dell'attivo sulla base del loro valore alla data della dichiarazione di fallimento, si riferisce all'ipotesi normale in cui il creditore di prestazione non pecuniaria non sia, al tempo stesso, debitore del fallimento e non esclude, pertanto,

l'applicazione della norma generale dell'art. 56, quando il creditore sia anche debitore del fallimento».

c) La liquidità dei crediti contrapposti (art. 1243 c.c.)

Abbiamo già detto che il credito è liquido quando è incontestabilmente determinato nel suo ammontare; per l'operatività della compensazione tanto ordinaria che fallimentare è necessario che i contrapposti crediti siano «liquidi», ossia incontestabilmente determinati nel loro ammontare.

Quid iuris se il debitore contesta pretestuosamente il credito altrui?

Nota acutamente B. INZITARI che la contestazione infondata e pretestuosa non impedisce la compensazione, ma differisce nel tempo il momento in cui il giudice potrà dichiararla; ma, una volta verificata la pretestuosità della contestazione e la certezza del credito, il giudice dichiarerà la compensazione con efficacia *ab initio* come se fosse mancata ogni controversia sul punto, cioè con efficacia retroattiva dal momento in cui si è verificata la coesistenza dei contrapposti crediti.

Il secondo comma dell'art. 1243 c.c. dispone che *«se il debito opposto in compensazione non è liquido, ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente... »*.

È la c.d. compensazione giudiziale che opera non *ex tunc* (come quella legale), ma *ex nunc* cioè dal giorno in cui è dichiarata dal giudice.

La liquidazione è facile e pronta quando può essere effettuata senza difficoltà ed immediatamente, a mezzo ad es. di una semplice operazione matematica.

d) L'esigibilità dei contrapposti crediti

L'art. 1243, primo comma, c.c. pone come ulteriore condizione della compensazione legale, l'esigibilità (cioè l'avvenuta scadenza) dei contrapposti crediti.

L'art. 56, primo comma, dispone, invece, che i creditori hanno diritto di compensare con i loro debiti verso il fallito, i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento.

È quindi la stessa legge a non richiedere che il credito del creditore del fallito sia scaduto prima della dichiarazione di fallimento e ciò in quanto, per effetto del disposto dell'art. 55, secondo comma, L.F., tale credito si considera scaduto, agli effetti del concorso, alla data della dichiarazione di fallimento.

L'art. 56, primo comma, non richiede quindi l'esigibilità (cioè l'avvenuta scadenza) del credito del creditore *in bonis*, prima della sentenza di fallimento, ma nulla dispone per il contrapposto credito del fallito.

Si pone quindi il problema di stabilire se, ai fini della compensazione ex art. 56 L.F., anche il contrapposto credito del fallito possa non essere scaduto oppure, nulla disponendo la legge, questo credito debba essere già scaduto alla data della dichiarazione di fallimento.

La giurisprudenza della S.C. (Cass. 13 marzo 1982, n. 1634, Cass. 15 giugno 1988, n. 4079; Cass. 14 febbraio 1979, n. 975, in *Dir. fall.* 1979, II, 174; Cass. 14 aprile 1992, n. 4542, in *Il fall.* 1992, 993; Cass. 29 maggio 1992, n. 6512, in *Il fall.* 1993, 24), cui *adde* Trib. Milano, 3 febbraio 1994, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1995, II, 64) ritiene che, per l'operatività della compensazione ex art. 56 L.F., il credito del fallito debba essere già scaduto prima della dichiarazione di fallimento; se non è scaduto non può essere né

opposto (dal curatore) né utilizzato (dal creditore concorsuale) per la detta compensazione.

Ma la S.C. con la sentenza 20 marzo 1991, n. 3006, in Il fall. 1991, 1042, ha statuito che la compensazione fallimentare opera anche nell'ipotesi che il credito del fallito non sia ancora scaduto alla data del fallimento, diventando esigibile dopo (nello stesso senso, Cass. 6 settembre 1996, n. 8132 e Cass. 25 agosto 1997, n. 7961) e cioè dopo la dichiarazione di fallimento, in quanto la predetta dichiarazione giudiziale sarà l'effetto di una eccezione di compensazione opposta dal creditore-debitore *in bonis*, al curatore che pretende il pagamento di un credito vantato dal fallito.

Poiché l'eccezione di compensazione giudiziale implica un accertamento del credito del creditore *in bonis*, il predetto accertamento deve essere effettuato dal Giudice fallimentare, ai sensi dell'art. 52 L.F.; quindi il Giudice ordinario dovrà sospendere ex art. 295 c.p.c. il processo pendente avanti a lui ed attendere che il credito opposto in compensazione venga accertato dal Giudice Delegato.

Soltanto dopo la definitiva ammissione del credito vantato dal creditore *in bonis* verso il fallito, il Giudice ordinario potrà pronunciarsi sulla eccezione di compensazione.

La reciprocità dei contrapposti crediti

La reciprocità può consistere:

- 1) o in debiti-crediti originati da un'attività negoziale posta in essere dall'imprenditore prima del suo assoggettamento a fallimento;
- 2) o in debiti-crediti originati da un'attività negoziale posta in essere dal curatore durante il fallimento.

Nel primo caso, la reciprocità sussiste al momento dell'apertura del concorso e, quindi, il creditore può compensare il suo debito nei confronti del fallito con il suo credito nei confronti dello stesso.

Nel secondo caso, la reciprocità si realizza nel corso della stessa e quindi consente di compensare il debito verso la massa (scaturito da negozi conclusi con il curatore) con il credito verso la stessa (originato dall'attività negoziale posta in essere con il curatore medesimo).

Dal che consegue che non può operarsi la compensazione tra credito verso il fallito (come tale anteriore al fallimento e quindi concorsuale e soggetto alla falciatura fallimentare) ed un debito verso la massa (da assolversi per intero).

Va opportunamente evidenziato che i contrapposti crediti devono avere la loro «radice causale» in distinti negozi o rapporti giuridici ambedue anteriori o successivi al fallimento; non si ha invece compensazione in senso tecnico giuridico nel caso di reciproci crediti nell'ambito di un unico rapporto giuridico; in questo caso, si ha una mera sistemazione contabile di operazioni di dare-avere tra le parti (ad es. accrediti per versamenti ed addebiti per prelievi, nell'interno dell'unico rapporto di conto corrente tra banca e cliente (v. però per l'operatività, anche in questo caso, della compensazione: Cass. 27 giugno 1990, n. 6560, in *Il fall.* 1991, 42).

I giudizi promossi dal curatore nei quali il convenuto proponga domanda riconvenzionale.

Quale la sorte di tali giudizi?

Il problema in oggetto è stato ampiamente esaminato ed ha registrato la formazione di due contrapposte opinioni:

1) una prima opinione distingue tra eccezione e domanda riconvenzionale e sostiene che:

a) se il convenuto propone una eccezione riconvenzionale al dichiarato fine di paralizzare la domanda attrice, il giudice ordinario adito è competente a conoscere dell'intera causa, ivi compresa l'eccezione, senza che si renda necessaria la previa insinuazione del credito al passivo del fallimento: né la causa deve essere rimessa al tribunale fallimentare, a norma dell'art. 24 L.F., perché, mentre questa norma stabilisce una particolare competenza per le azioni che derivano dal fallimento e non anche per le semplici eccezioni, gli effetti che l'eccezione di compensazione può determinare sulla competenza vanno desunti dagli artt. 34 e 35 c.p.c, che contengono la specifica disciplina del caso, non derogata dalle norme sulla legge fallimentare (così Cass. 19 giugno 1972, n. 1913, in Dir. fall. 1972, II, p. 712; Cass. 5 febbraio 1975, n. 430, in Dir. fall. 1975, II, p. 430; Cass. 25 marzo 1976, n. 1075, in Dir. Fall. 1976, II, p. 318; Cass. 5 giugno 1978, n. 2808; Cass. 20 maggio 1986, n. 3337; Cass. 25 novembre 1988, n. 6930). In questo caso, la pronuncia del giudice è di constatazione dell'esistenza dei requisiti necessari per la compensazione, ed *in primis* del controcredito, cioè del credito verso il fallito da parte di chi chiede il riconoscimento della compensazione, da dichiarare come avvenuta *ex tunc* o tutt'al più alla data del fallimento, quando anche i crediti non liquidi scadono e diventano tali per effetto della disposizione dell'art. 55 L.F. Così intesa l'operatività della compensazione legale, nessun pregiudizio può ricevere la massa dei creditori dal fatto che l'eccezione venga esaminata nella sede ordinaria e non fallimentare, perché la privilegiata posizione terziaria che essa assume nella sede di verifica e il particolare tipo di contraddittorio che ivi si attua si estrinsecano nei confronti dei creditori che partecipano al concorso, nel mentre, per effetto della compensazione legale, si esclude

l'esistenza di un credito concorsuale in quanto estinto già prima della dichiarazione di fallimento, che segna il momento in cui le regole del concorso cominciano ad operare.

Dall'affermata possibilità, da parte del soggetto convenuto in giudizio dal curatore per il recupero di un credito del fallito, di opporre in compensazione il credito vantato verso il fallito stesso, anche se non previamente accertato in sede di verifica, è stato tratto il principio che la possibilità per il creditore di sollevare l'eccezione di compensazione è indipendente dalla posizione che il creditore del fallito ha nell'ambito del procedimento fallimentare; da cui l'ulteriore corollario che nel giudizio ordinario promosso dal curatore può essere opposto in compensazione anche il credito insinuato ed escluso dal passivo, dovendosi ritenere equiparabili, ai fini dell'esecuzione collettiva, la condizione del creditore che si è estraniato dal concorso e quella del creditore che ha chiesto, senza successo, di parteciparvi.

Anche in questo caso, processualmente, la compensazione si attua al di fuori della procedura fallimentare, in un giudizio promosso dal curatore non già nell'esercizio di un'azione di massa, ma nella posizione processuale che competeva al fallito, validamente esperito in sostituzione di costui. Se in tale giudizio si accerta che il credito e il debito del fallito non esistevano già prima del fallimento, non si rende ammissibile la compensazione nei confronti della massa, in precedenza negata in sede fallimentare, ma si afferma, in sostanza, che il credito del fallimento, utilizzato dal creditore del fallito per autosoddisfarsi, è ritualmente uscito dall'attivo fallimentare, prima della dichiarazione di fallimento, e di contro che il creditore *in bonis* non aveva alcun credito concorsuale da insinuare.

Per lo stesso motivo il creditore può eccepire la compensazione legale nel giudizio ordinario dopo essere stato ammesso al passivo per il suo credito, senza aver fatto menzione del suo debito nella domanda; situazione che viene ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza sulla considerazione che il comportamento del creditore (che non si è giovato della compensazione in sede fallimentare) non può essere inteso come una rinuncia tacita a farla valere successivamente.

Se il convenuto propone, invece, una domanda riconvenzionale tendente non solo a paralizzare la minore pretesa del curatore, ma anche ad ottenere una pronuncia accertativa di un credito per la differenza, la domanda va dichiarata improponibile dovendo essere proposta esclusivamente nelle forme previste dagli artt. 93 e 101 L.F.

2) Una seconda opinione ritiene, invece, che la proposizione della domanda riconvenzionale comporta che l'intera causa venga attratta nella competenza del tribunale fallimentare.

Secondo Cass. Sez. Un., 6 luglio 1979, n. 3878, *"qualora nel giudizio promosso o proseguito dal curatore per il recupero di un credito contrattuale del fallito, il convenuto, invocando contrapposte ragioni derivanti dal medesimo contratto, proponga domanda riconvenzionale tendente ad accertare un proprio credito nei confronti del fallimento, ai fini del concorso fallimentare, entrambe le pretese, inscindibilmente devolute alla cognizione di un unico giudice (art. 36 c.p.c), vanno trasferite su iniziativa spettante tanto all'una che all'altra parte, nella sede concorsuale del procedimento di accertamento e di verifica dello stato passivo, tenuto conto che solo in tale sede, secondo i principi fissati dall'art. 52 L.F.,*

è ammissibile la costituzione di un titolo creditorio nei confronti della massa”.

Una volta trasferite le due domande in sede di verifica dei crediti, sono possibili diverse alternative:

1. nel rapporto debito-credito si accerta un saldo positivo in favore del debitore-creditore, saldo che deve essere ammesso al passivo e che sarà pagato nei limiti della capienza in sede di riparto dell'attivo secondo le regole del concorso;
2. nel rapporto debito-credito si accerta un saldo attivo in favore della massa, con la conseguenza che la domanda di insinuazione - fondata sul credito da compensare - deve essere rigettata. Avverso il provvedimento di rigetto, il debitore-creditore potrà proporre opposizione allo stato passivo ex art. 98 L.F. ed il giudizio sarà trattato dal tribunale fallimentare. Nel caso in cui non venga proposta l'opposizione il curatore - se vorrà far valere il credito vantato dalla massa - dovrà riproporre il giudizio in sede ordinaria, per ottenere una pronuncia di accertamento di tale credito e di condanna al pagamento del relativo importo.

Infine, se il debitore-creditore non propone domanda di insinuazione al passivo entro il deposito dello stato passivo esecutivo, dovrebbe essere onere del curatore proporre ricorso ex art. 101 chiedendo al giudice delegato di esaminare le pretese contrapposte e nell'udienza di comparizione, chiedere di rigettare la domanda di insinuazione al passivo e di istruire il giudizio sul quale interverrà la decisione definitiva del tribunale fallimentare.

3) Una terza corrente di pensiero propone il sacrificio del *simultaneus processus* e la separazione delle domande (principale e riconvenzionale) da trattarsi ciascuna secondo il proprio rito; la sospensione ex art. 295 c.p.c. del

processo sul credito principale, in attesa della definizione di quello (speciale) sulla domanda riconvenzionale.

L'opinione è stata fatta propria da Cass. 10 gennaio 2003, n.148, per la quale il principio del *simultaneus processus* non può derogare né al rito speciale fallimentare (artt. 52 e 92 e segg. L.F.), né sottrarre la domanda principale al giudice ordinario che per essa sia naturalmente competente, prospettandosi invece l'esigenza di separazione dei giudizi ex art. 295 c.p.c. La causa radicata dal curatore rimane quindi incardinata presso e decisa dal giudice ordinario adito (e ciò per il fatto che il *simultaneus processus* non può derogare al rito speciale fallimentare, né può - al di fuori dell'ipotesi dell'art. 36 c.p.c. - sottrarre la domanda principale proposta dal curatore al giudice ordinario adito), mentre la domanda riconvenzionale proposta dal convenuto va esaminata e decisa dal giudice delegato in sede di verifica dei crediti.

Quest'ultima opinione ha avuto l'avallo delle Sezioni Unite (v. la sentenza n. 21499 e 21500 del 12 novembre 2004 per le quali la domanda riconvenzionale va riproposta nelle forme previste per il giudizio di verifica, mentre la domanda principale coltivata dalla curatela resta davanti al giudice innanzi al quale era stata proposta. Se dopo l'esaurimento della fase di verifica venga proposto giudizio di opposizione al passivo e la causa introdotta o proseguita dalla curatela penda innanzi allo stesso giudice, sarà possibile una riunione dei due giudizi ai sensi dell'art. 274 cod. proc. civ. sempre che si ritenga sussistente la connessione tra le due cause e che il giudice innanzi al quale pende il giudizio iniziato dalla curatela non sia investito della stessa per ragioni di competenza inderogabile, dovendo i due giudizi essere necessariamente riuniti innanzi al tribunale fallimentare, competente a conoscere del giudizio ex art 98 l.f.. In ogni caso, se la riunione non è possibile, ricorrendone tutti i presupposti di

legge, la causa promossa in sede ordinaria potrà essere sospesa ai sensi degli artt. 295 e ss. cod.proc.civ..

La compensazione nel fallimento tra crediti e debiti tributari.

L'argomento in esame si scinde in tre diversi quesiti: se sia possibile compensazione tra:

- a) crediti e debiti tributari sorti entrambi prima del fallimento;
- b) crediti e debiti tributari sorti entrambi nel corso del fallimento;
- c) crediti e debiti tributari sorti l'uno prima del fallimento e l'altro nel corso di questo.

Nessun dubbio sulla compensabilità tra crediti e debiti tributari certi, liquidi ed esigibili i cui presupposti si sono verificati prima del fallimento.

Alla luce di quanto dispone l'art. 56, 1. fall., l'Amministrazione Finanziaria ha diritto di compensare con i propri debiti verso il fallito i crediti ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento che essa vanta verso il fallito stesso e ciò in quanto i crediti non scaduti si considerano (per volontà del legislatore) scaduti alla data del fallimento (art. 55, 2° co. L.F.; art. 59 L.F.).

Dunque, *"È ammessa la compensazione fra il credito del debitore-creditore in bonis ed il credito del fallito divenuto liquido ed esigibile nel corso del fallimento"* (Trib. Milano, 11/10/1999, in Banca Borsa, 2001, II, 278, nota di PICARDI).

Ciò che si richiede, è che i requisiti sussistano al momento della pronuncia che dispone la compensazione.

Infatti, *"La compensazione nel fallimento è ammessa anche quando il controcredito del fallito divenga liquido od esigibile dopo il fallimento,*

purché il fatto genetico dell'obbligazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che è sufficiente che i requisiti di cui all'art. 1243 c.c. ricorrano da ambedue i lati e sussistano al momento della pronuncia". (Cass. civ. Sez. un. 16/11/ 1999, n. 775, in Foro II, 2000, I, 2892).

Secondo la S.C., unica condizione per l'operatività della compensazione è l'anteriorità rispetto alla data di fallimento del fatto genetico di entrambi i contrapposti crediti. Gli altri presupposti richiesti dalle norme civilistiche (liquidità ed esigibilità) sono sempre necessari, ma basta che sussistano al momento in cui la compensazione viene accertata e disposta (nel corso del fallimento).

Va però opportunamente rimarcato che, in materia tributaria, non sussistono i requisiti della liquidità e della esigibilità che consentono di addivenire alla compensazione legale, allorquando il credito tributario del contribuente risulti semplicemente dalla sua dichiarazione e, più in generale, in tutti i casi nei quali non si sia esaurito completamente l'*iter* procedurale previsto dalla normativa tributaria per l'esercizio del diritto al rimborso di imposte indebitamente pagate; *iter* che va dalla presentazione di un'apposita istanza di rimborso all'impugnazione dinanzi la competente Commissione Tributaria del rifiuto espresso o tacito dell'ufficio di addivenire al rimborso stesso. Né in tali casi si potrà ritenere che il giudice tributario sia legittimato ad operare la compensazione giudiziale prevista dal secondo comma dell'articolo 1243; spetta infatti al giudice tributario, nella rigorosa osservanza della tassativa procedura stabilita in proposito dal decreto legislativo n. 546 del 1992, la definizione del quantum e della spettanza dei crediti tributari, dovendo essere poi invece rimessa al giudice ordinario la definizione della questione se i crediti e debiti siano compensabili.

Per converso, si deve invece ritenere che i crediti di natura tributaria possano essere considerati liquidi ed esigibili quando: 1) l'esistenza di tali crediti sia stata accertata con sentenza passata in giudicato; 2) quando l'Amministrazione Finanziaria abbia formalmente riconosciuto il diritto del contribuente al rimborso dell'imposta indebitamente pagata ed il quantum delle somme dovute; in questa ipotesi la giurisprudenza ha addirittura ritenuto che non ricorrano i presupposti di applicabilità della riserva a favore della giurisdizione tributaria di cui all'articolo 2 del decreto legislativo n. 546 del 1992, con conseguente esperibilità, da parte contribuente, dell'ordinaria azione di indebito oggettivo ai sensi dell'articolo 2033 cod. civ. (Cass. Sez. Un. 14 maggio 2001 n. 207).

Secondo la Risoluzione n. 279/E del 12 agosto 2002 nell'ipotesi in cui "*Il credito vantato dalla procedura derivi, per effetto del trascinamento, dall'attività del fallito precedente all'apertura della procedura concorsuale*", l'Agenzia ammette la compensazione, "*in misura comunque non superiore alla quota del credito vantato dalla procedura che effettivamente tragga origine dall'esercizio dell'impresa commerciale ante dichiarazione di fallimento*".

I crediti fiscali, nascenti da presupposti d'imposta anteriori al fallimento, sono crediti concorsuali, Essi devono essere insinuati e accertati nel fallimento (e sottostare alla falcidia). Ma ciò non impedisce all'Amministrazione finanziaria di opporli in compensazione al curatore fallimentare, che pretende il pagamento di un credito d'imposta sorto prima del fallimento.

Può darsi, dunque, compensazione tra un debito del fallito (sorto prima del fallimento) con un credito d'imposta del fallito (sorto prima del fallimento).

Nessun dubbio sulla compensabilità tra crediti e debiti tributari (certi, liquidi ed esigibili) sorti entrambi nel corso del fallimento. In questo caso, se la

compensazione è opposta dall'Amministrazione Finanziaria, questa deve far riconoscere il proprio credito presentando domanda di insinuazione.

Esaminiamo ora il problema della compensabilità tra crediti d'imposta (del fallimento) maturati dopo la dichiarazione di fallimento (crediti della massa), con debiti tributari del fallito, sorti prima della dichiarazione di fallimento.

La posizione dell'Amministrazione finanziaria è nettamente negativa, per due ordini di ragioni, una civilistica, una fiscale.

Al riguardo, si richiama la Risoluzione n. 279/E del 12 agosto 2002 dell'Agenzia delle Entrate, concernente la compensabilità dei debiti tributari del fallito con il credito Iva sorto durante il fallimento.

L'Agenzia puntualizza, innanzitutto, che *"L'Amministrazione Finanziaria, in quanto creditrice nei confronti del soggetto fallito per r carichi pendenti antecedenti il fallimento, ha diritto (alla stregua degli altri creditori) ad insinuarsi al passivo, nella speranza di poter essere soddisfatta nel rispetto degli eventuali privilegi concessi alla categoria dei crediti tributari"*.

Il credito Iva della procedura è un credito della massa. Scrive l'Agenzia: *"Nell'ambito della procedura concorsuale il credito emergente dalla dichiarazione IVA finale, che il curatore presenterà una volta prodotta la dichiarazione di cessazione dell'attività ex articolo 35 del D.P.R. 633 del 1972, ossia una volta concluse le operazioni rilevanti ai fini IVA (ancorché continuino ad esistere eventuali rapporti debitori e creditori come precisato dalla circolare n. 19 del 1993, dalla risoluzione n. 181 del 12 luglio 1995 e, da ultimo, dalla circolare n. 26 del 22 marzo 2002), è un credito destinato alla massa fallimentare cui l'Amministrazione partecipa per la propria quota"*.

Da queste premesse l'Agenzia trae la seguente conclusione:

"Si ritiene, quindi, che non possa operare la compensazione fra il credito verso il fallito ed il debito verso la massa, poiché lo stesso art. 74-bis, commi 1 e 2, del D.P.R. n. 633/72 distingue nettamente fra le operazioni effettuate anteriormente alla dichiarazione di fallimento e quelle successive all'apertura della procedura; in tale situazione infatti le posizioni del rapporto debitorio e del rapporto creditorio sono relative a soggetti diversi (fallito - massa fallimentare) e a momenti diversi rispetto alla dichiarazione di fallimento (anteriore il credito, posteriore il debito) con conseguente illegittimità della eventuale compensazione".

In giurisprudenza, si segnalano due recenti pronunce della Corte di cassazione, una in tema di imposte sui redditi e una in tema di imposta sul valore aggiunto, entrambe conformi all'orientamento dell'Agenzia delle Entrate or ora prospettato.

Nella prima (Cass. sez. trib. 1° giugno 2003, n. 10349), la Corte esclude l'ammissibilità della compensazione - richiesta dal Ministro ricorrente - fra un credito vantato dall'Erario nei confronti della società (debito fiscale del fallito, maturato ante fallimento) e il credito d'imposta da ritenute subite sugli interessi attivi da deposito su conto corrente bancario, vantato dal fallimento. Nella sentenza si afferma che non può aversi compensazione tra rapporti di credito-debito intercorrenti tra soggetti diversi (artt. 1241 cod. civ. e 56 L.F.): il credito opposto in compensazione dell'Erario ha come soggetto passivo la società fallita una volta tornata *in bonis*, e si è formato prima dell'apertura del fallimento; mentre il credito fatto valere dal fallimento nei confronti dell'Erario è un credito della massa, perché è maturato per intero durante la procedura concorsuale.

Nell'altra sentenza, di poco successiva (Cass. sez. trib. 15 dicembre 2003, n. 19169), si parte dalla considerazione che la dichiarazione ex art. 14-bis,

D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 è equiparabile alla dichiarazione di cessazione dell'attività, (in senso conforme, Cass. Sez. trib. 22 marzo 2002, n. 4104), per farne discendere che *"La compensazione fra crediti Iva dell'imprenditore (risultanti dalla dichiarazione ex art. 74-bis, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633) e successivi debiti d'imposta del fallimento non può aver luogo, giacché la possibilità di tale compensazione è esclusa per (effetto dell'interruzione dell'attività dell'impresa a causa del fallimento e dell'affermata diversità dei soggetti contribuenti (imprenditore / curatela fallimentare)"*.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, si può concludere come segue:

- i crediti e debiti tributari maturati anteriormente al fallimento possono essere compensati, anche se il credito del fisco non è ancora esigibile, in quanto il terzo può opporre al curatore crediti non scaduti al momento della dichiarazione di fallimento (art. 56 L.F.);
- i debiti tributari sorti prima del fallimento non possono essere compensati con crediti d'imposta sorti dopo l'apertura della procedura, in quanto le posizioni del rapporto debitorio e del rapporto creditorio sono relative a soggetti diversi (fallito-massa fallimentare) e a momenti diversi rispetto alla dichiarazione di fallimento (anteriore il debito fiscale, posteriore il credito d'imposta), fatta eccezione per l'ipotesi in cui il credito vantato dalla procedura derivi (per trascinamento) dall'attività del fallito precedente all'apertura della procedura concorsuale.

Il divieto di compensazione stabilito dal secondo comma dell'art. 56 L.F.

In deroga alla regola fissata dal primo comma, il secondo comma dell'art. 56 L.F. stabilisce che « ... *per i crediti non scaduti, la compensazione non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore...* ».

Ratio e portata delle disposizioni sono illustrate da B. INZITARI con una non comune chiarezza: «La ratio di tale divieto di compensazione discende dal timore che i vantaggi di una soddisfazione separata ed autonoma del credito, attraverso il ricorso all'istituto della compensazione, possano indurre il creditore a crearne artificialmente i presupposti per operare una soddisfazione separata del proprio credito attraverso appunto, la estinzione del proprio corrispondente debito.

L'acquisto del credito nei confronti del fallito da parte di un soggetto a sua volta debitore del fallito, può, infatti, comportare effetti particolarmente favorevoli sia al creditore, che al debitore del fallito.

Il creditore piuttosto che attendere la liquidazione e la ripartizione dell'attivo, per ottenere una soddisfazione percentuale il più delle volte estremamente bassa rispetto all'ammontare del credito insinuato potrebbe cedere, per un corrispettivo superiore alla probabile somma che verrà a percepire dalle ripartizioni dell'attivo fallimentare, il proprio credito nei confronti del fallito ad un altro soggetto, debitore a sua volta del fallito, per una somma superiore al prezzo da questo pagato per l'acquisto del credito.

Ad esempio il creditore di 100 nei confronti del fallito, potrebbe cedere per un corrispettivo di 50 il proprio credito ad un altro soggetto debitore a sua volta di 100 nei confronti del fallito. Quest'ultimo, essendo divenuto, per effetto della ces-

sione, creditore nei confronti del fallimento per 100, potrà a sua volta compensare nei confronti del fallimento integralmente il proprio debito.

Nella sostanza all'originario debitore del fallito la liberazione dal debito sarà costata una somma comunque inferiore (50) all'ammontare del suo debito di 100, mentre l'originario creditore del fallito, dalla vendita del proprio credito, avrà tratto una somma comunque superiore a quella che avrebbe prevedibilmente potuto ottenere alla fine della certamente non breve procedura concorsuale (avrà ad esempio ottenuto, quale prezzo per la cessione, la somma di 50 mentre dal riparto finale avrebbe prevedibilmente ottenuto solo 5).

In conclusione il debitore del fallito, acquistando per 50 un credito che nominalmente "vale" 100, estingue il proprio debito di 100 e ottiene quindi un "risparmio" di 50 rispetto al debito originario, mentre il creditore di 100 ottiene rapidamente la somma di 50 e realizza quindi una maggiore utilità sia pari alla differenza tra il prevedibile dividendo che deriverà dal riparto e il prezzo ottenuto per la cessione del credito, sia alla "capitalizzazione" della somma immediatamente ottenuta rispetto al certamente non breve tempo di durata dell'intera procedura fallimentare.

Il risultato può rappresentare, di conseguenza, un rilevante vantaggio per i creditori e per i debitori del fallito e nello stesso tempo una gravissima perdita nei confronti del fallimento e della massa dei creditori: i debitori del fallimento non versano nulla nelle casse del fallimento e i creditori sfuggono attraverso la vendita dei propri crediti alla falce (ed alla lentezza) della ripartizione».

La lettera del secondo comma dell'art. 56 L.F. consente di rilevare che il divieto della compensazione fallimentare è espressamente previsto per l'acquisto di crediti non ancora scaduti, di pertinenza di terzi, effettuato, per

atto *inter vivos*, da parte del debitore del fallito, dopo la dichiarazione di fallimento di questo o nell'anno anteriore.

Quid iuris se lo stesso tipo di acquisto (per atto *inter vivos* e nell'anno anteriore o successivamente alla dichiarazione di fallimento del debitore) abbia avuto ad oggetto crediti già scaduti, di pertinenza di terzi?

Secondo una opinione, anche in questo caso deve operare la speciale compensazione prevista dall'art. 56 L.F. in quanto:

- 1) l'avere il legislatore specificamente limitato la non operatività della compensazione al solo caso di acquisto, dopo il fallimento di crediti non scaduti, porta a ritenere, *a contrariis*, che tale limite non operi per i crediti già scaduti;
- 2) dove non vale il secondo comma dell'art. 56 (come nel caso in esame che riguarda l'acquisto di crediti non scaduti), torna a valere il primo comma che consente a qualunque soggetto titolare (a titolo diretto o derivativo) di un credito scaduto, di opporlo in compensazione;
- 3) se il secondo comma dell'art. 56 è dettato proprio per introdurre un limite alla eccezione e non certo per ampliarla, ciò vuol dire che il primo comma dell'art. 56 contiene qualcosa di più rispetto al secondo comma e cioè la libera compensabilità dei crediti scaduti e non scaduti, nati prima del fallimento, anche se acquistati dopo.

Le suesposte argomentazioni richiedono un'approfondita puntualizzazione giuridica.

Come è noto, la compensazione fallimentare ha gli stessi requisiti di quella ordinaria (e cioè l'omogeneità, la liquidità e la reciprocità), ma differisce da questa per l'esigibilità, in quanto consente la compensazione anche tra crediti scaduti del fallito e crediti non ancora scaduti verso il fallito.

Altra condizione di operatività è la preesistenza al fallimento di entrambi i contrapposti crediti, originati da negozi posti in essere prima dell'inizio della procedura.

Tutto ciò è espresso dal primo comma dell'art. 56, il quale consente di compensare i crediti scaduti del fallito, con i crediti scaduti e non scaduti verso lo stesso, prima della dichiarazione di fallimento.

La disposizione contenuta nel secondo comma del citato articolo impedisce, invece, la compensazione tra i crediti scaduti del fallito e quelli «non ancora scaduti» verso lo stesso, se acquistati, per atto tra vivi, dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore.

L'esame complessivo delle disposizioni contenute nell'art. 56 L.F. ci consente di ritenere:

- 1) che è possibile la compensazione tra crediti scaduti del fallito e crediti scaduti e non, verso di questo, se acquistati dal creditore, a titolo originario, prima della dichiarazione di fallimento del suo debitore;
- 2) che, invece, la compensazione non è ammessa se il creditore ha acquistato, a titolo derivativo e per atto tra vivi, un credito non ancora scaduto verso il suo debitore, dopo la dichiarazione di fallimento di questo o nell'anno anteriore.

Ciò stabilito, va verificato se il divieto di compensazione operi o non anche per i crediti scaduti, acquistati a titolo derivativo e per atto tra vivi, nell'anno anteriore o dopo la dichiarazione di fallimento del debitore.

La lettera della norma lo esclude e l'esclusione sembra essere confermata dal rilievo che se il legislatore avesse voluto estendere il divieto di compensazione anche ai debiti scaduti, acquistati per atto tra vivi a titolo

derivativo, avrebbe certamente eliminato il riferimento ai «crediti non scaduti».

Ma a tali dati ermeneutici sembra possibile opporre altri di più pregnante portata.

Il presupposto della compensazione ordinaria e di quella fallimentare è sempre la reciprocità diretta, cioè l'esistenza di contrapposti crediti originati da rapporti intercorsi direttamente tra il (poi) fallito ed il suo creditore-debitore, prima della dichiarazione di fallimento del primo, anche se il credito di questo deve essere necessariamente scaduto e quello del suo creditore può anche non esserlo; la mancanza di esigibilità, invece, non è di ostacolo alla operatività della compensazione, se è vero che, per disposizione dell'art. 55, secondo comma, L.F., tutti i crediti pecuniari, si considerano scaduti, agli effetti del concorso, il giorno della dichiarazione di fallimento.

Il secondo comma dell'art. 56 prende invece in considerazione l'ipotesi della reciprocità derivata, cioè di quella determinata dall'acquisto per atto tra vivi, da parte di un soggetto diverso dall'originario creditore, di un credito verso il fallito nell'anno anteriore o dopo la dichiarazione di fallimento di questo; in siffatta fattispecie, il legislatore attribuisce solo a chi abbia acquistato oltre l'anno dal fallimento, a titolo derivativo e per atto tra vivi, un credito scaduto e non nei confronti del fallito, il diritto di opporlo in compensazione con il controcredito scaduto del fallito medesimo; ma non ha voluto invece accordare lo stesso diritto anche al terzo che, non essendo creditore originario del fallito, sia divenuto tale per aver acquistato, a titolo derivativo e per atto tra vivi, un credito non scaduto nei confronti dello stesso, nell'anno precedente o dopo la dichiarazione di fallimento.

La *ratio* di questa scelta del legislatore (consacrata nella disposizione del secondo comma dell'art. 56) consiste nella volontà di evitare che, con lo strumento dell'acquisto di crediti altrui già scaduti preordinato a porre le condizioni per far operare la compensazione, il debitore del fallito finisca per sottrarsi al pagamento in tutto od in parte del suo debito verso la massa dei creditori concorsuali.

Se questa è dunque la *ratio* della disposizione del secondo comma dell'art. 56 L.F., il divieto di compensazione, specificamente previsto per gli acquisti di crediti non scaduti verso il fallito, deve estendersi anche a quelli riguardanti crediti già scaduti.

Ad avviso di Trib. Torino, 11 aprile 1997, in Il fall. 1998, pag. 78 e segg. «*il termine "acquisto" non va riferito alla sola ipotesi della cessione del credito, ma ad ogni altro caso in cui, per atto tra vivi, si sia avuto il trasferimento della titolarità dell'obbligazione, compreso il caso del regresso post-fallimentare a seguito del pagamento da parte del fideiussore o del terzo non obbligato*».

Secondo Cass. 2 agosto 1994, n. 7181, in Il fall. 1995, pag. 281, il debitore non può opporre in compensazione il credito che egli vanta quale fideiussore del fallito, surrogandosi al creditore originario attraverso un pagamento successivo alla dichiarazione di fallimento. Ciò perché il fideiussore, pur acquistando *ex tunc* il credito verso il fallito, acquista una compensabilità che prima del fallimento, non esisteva, perché debito e credito verso il fallito facevano capo a soggetti diversi.

CAPITOLO X

LE SPESE

1) Spese del ricorso per la dichiarazione di fallimento

Secondo Cass. 24 maggio 2004 n. 6787, godono del privilegio ex artt. 2755 e 2770 c.c. Secondo Tribunale di Genova 2 marzo 1994 in *Il Fall.* 1994, n. 883 e Tribunale di Milano 5 dicembre 2002 n. 4857 in causa Marino contro Fallimento OR.VIM, vanno invece ammesse al chirografo;

2) Spese per la domanda di ammissione

Vanno ammesse al chirografo solo le spese vive; le altre spese (per diritti ed onorario) vanno escluse.

3) Spese per l'accertamento giudiziale dei crediti

E' pacifico in dottrina e in giurisprudenza che le spese per l'accertamento giudiziale di un credito sia privilegiato che chirografario, vanno ammesse al passivo del fallimento, in via chirografaria. Nessun privilegio compete quindi per tali spese nè alla parte vittoriosa nè al difensore distrattario (v. da ultimo Cass. 29 marzo 1977, n. 1211; Tribunale Parma, 20 gennaio 1977, in *Dir. fall.*, 1977, II, p. 360).

Non godono di alcun privilegio e, se documentate, verranno ammesse in chirografo:

— le spese del giudizio di cognizione per l'accertamento del credito, nel caso che la sentenza sia stata emessa prima della dichiarazione di fallimento. Se la sentenza è successiva, le relative spese del giudizio vanno escluse giacché cardine del procedimento concorsuale è l'esigenza che il credito ammesso al concorso sussista, e che sia determinato nel suo

ammontare, al momento in cui il concorso si apre (Cass., 7 febbraio 1961, n. 249);

— le spese del giudizio monitorio (decreto ingiuntivo), comprese quelle di registrazione. Se il decreto non è ancora divenuto esecutivo alla data di dichiarazione di fallimento, il credito per le spese è inopponibile alla massa, v. Tribunale Milano, 10 febbraio 1983 (è possibile, tuttavia - come innanzi evidenziato - mettere in discussione questo orientamento, dovendo le dette spese rientrare nell'orbita del danno provocato dall'inadempimento del debitore poi fallito). Nessun dubbio, invece, per l'inopponibilità delle spese legali sostenute dal creditore per la richiesta, l'emissione, la registrazione e la notificazione del decreto ingiuntivo intervenute dopo la dichiarazione di fallimento;

— le spese di precetto;

— le spese di protesto;

Sono invece assistite dal privilegio ex art. 2755 c.c. (su beni mobili) ed ex art. 2770 c.c. (su beni immobili)

— le spese per il primo pignoramento positivo e dei successivi atti tendenti alla liquidazione giudiziale dei beni del debitore del fallito, in quanto idonei ad avvantaggiare la massa dei creditori;

— le spese incontrate nei giudizi di opposizione all'esecuzione aventi ad oggetto la proprietà e la pignorabilità dei beni, e consimili. Il privilegio può essere riconosciuto solo se i beni pignorati sono stati rinvenuti dal Curatore e inventariati;

— eguale privilegio assiste le spese incontrate per il sequestro conservativo utile alla massa e per il susseguente giudizio di merito, per le azioni surrogatorie e revocatorie ecc.;

— seguono la sorte del credito principale le spese per il pignoramento risultato negativo, quelle sostenute dai creditori che hanno effettuato un pignoramento sullo stesso bene successivo al primo, o effettuato intervento nel giudizio esecutivo e quelle dei giudizi di opposizione aventi ad oggetto la contestazione della pretesa o del grado di privilegio del singolo creditore. Queste, quindi, vanno collocate in privilegio soltanto se il credito principale è privilegiato e prendono lo stesso grado;

— le spese per la costituzione di ipoteca, quelle dell'iscrizione e rinnovazione vanno collocate nello stesso grado del credito garantito, sempre che l'ipoteca si sia consolidata. In caso contrario vanno riconosciute (*contra*: Tribunale Roma, 27 novembre 1981), perché comunque rappresentano una spesa in tutela del credito, ma in chirografo.

Spese di giustizia

L'art. 2755 c.c. stabilisce che «*i crediti per spese di giustizia fatte per atti conservativi o per l'espropriazione di beni mobili nell'interesse comune dei creditori, hanno privilegio sui beni stessi*».

Perché tuttavia il privilegio possa farsi valere è necessario che ricorrano tre presupposti:

- a) che le spese siano fatte per atti conservativi o di esecuzione sui mobili;
- b) che esse apportino in concreto un vantaggio anche agli altri creditori;
- c) che le spese siano state sopportate dal titolare di un diritto di credito o da altri, nell'interesse comune dei creditori.

Nel concetto di spese si devono comprendere non soltanto gli effettivi esborsi di danaro, ma qualunque prestazione d'opera o somministrazione di cose, valutabile in danaro, che sia concorsa direttamente al compimento

degli atti conservativi o di esecuzione. Non rientrano nel concetto di spese le somme anticipate da un terzo al creditore, perché possa procedere all'esecuzione. Nota infatti PRATIS che, in questo caso, causa immediata di tali anticipazioni è il mutuo mentre l'erogazione delle somme mutate per gli atti esecutivi o conservativi è soltanto lo scopo mediato che il mutuatario si propone.

Di conseguenza, il credito del mutuante non è assistito dal privilegio in esame, a meno che non sia stata convenuta la surrogazione nei diritti del creditore. Si è esattamente rilevato che le spese giudiziali per atti conservativi (art. 2755) sono quelle fatte prima ed al di fuori del procedimento esecutivo e come tali si distinguono dalle spese relative al procedimento esecutivo medesimo che, invece, vanno soddisfatte in prededuzione. Per spese di espropriazione si devono intendere quelle sostenute per l'esecuzione del pignoramento. Si discute se in tali spese si debbano comprendere anche quelle per il precetto.

L'opinione negativa fa leva sull'art. 491 c.p.c. il quale tassativamente dispone che l'espropriazione ha inizio con il pignoramento; la dottrina più autorevole ed assolutamente prevalente è invece per la soluzione affermativa, dato che all'espropriazione non si può dar corso se essa non sia preceduta dal precetto. Non godono del privilegio in esame gli atti conservativi o di espropriazione eseguiti da un creditore su un bene che è già stato sottoposto a pignoramento da parte di altro creditore, e ciò perché non può dirsi che tali spese siano state sostenute nell'interesse comune. In questo caso le spese del secondo creditore sfuggono al privilegio in esame per ricadere invece sotto la disciplina dell'art. 2749 c.c. come spese di intervento. È da escludere inoltre che godano del privilegio in esame le spese sostenute per un pignoramento che abbia perduto efficacia per essere

trascorsi dal suo compimento novanta giorni senza che sia stata chiesta l'assegnazione o la vendita (art. 497 c.p.c.). Tra gli atti conservativi va compreso innanzitutto il sequestro conservativo per il quale sono da ammettersi al rimborso non solo le spese inerenti all'autorizzazione dell'esecuzione, ivi compreso il compenso eventualmente liquidato al custode, ma altresì quelle del successivo giudizio di merito. Sono da escludere dalle spese di giustizia quelle sostenute per il sequestro giudiziario poichè esso, riflettendo la proprietà ed il possesso del bene controverso, non ha alcun riferimento con l'espropriazione dei beni del debitore (ANDRIOLI e RUISI). La dottrina prevalente e la giurisprudenza ritengono che l'azione revocatoria ordinaria non rientri tra gli atti conservativi compiuti nell'interesse comune dei creditori e che pertanto le relative spese non sono assistite dal privilegio di cui all'art. 2755 c.c., in quanto la dichiarazione di inefficacia dell'atto giova soltanto al creditore che ha promosso l'azione. Schematizzando, il privilegio va riconosciuto al credito:

- 1) per le spese di espropriazione che vanno dal pignoramento in poi;
- 2) per spese erogate dall'aggiudicatario per la cancellazione delle ipoteche iscritte sull'immobile sottoposto ad espropriazione forzata, ordinata dal Giudice dell'esecuzione;
- 3) per le spese sostenute dell'acquirente (diverso dall'aggiudicatario di cui sopra) di un immobile per la liberazione dell'immobile stesso dalle ipoteche;
- 4) per le spese sostenute dal commissionario che, su incarico del Giudice dell'esecuzione, abbia eseguito la vendita dei beni pignorati anteriormente alla dichiarazione di fallimento, sempre che il ricavato sia

stato acquisito all'attivo fallimentare. Questa soluzione non è concordemente accettata;

5) per le spese per l'autorizzazione ed esecuzione del sequestro conservativo.

Non va riconosciuto il privilegio al credito:

- 1) per le spese del pignoramento risultato negativo o che abbia perduto efficacia o sia stato effettuato su beni già precedentemente pignorati, in quanto nessuna utilità deriva alla massa dagli atti espropriativi compiuti; queste spese vanno collocate in chirografo;
- 2) per le spese del pignoramento successivo al primo, per lo stesso motivo di cui sopra; queste spese vanno collocate nella stessa posizione riconosciuta al credito cui ineriscono, a norma dell'art. 2749 c.c., ove il pignoramento successivo lo si consideri come una forma di intervento nell'esecuzione, ovvero in chirografo, ove non si accolga quest'ultima tesi;
- 3) per le spese di precetto;
- 4) per le spese di accertamento giudiziale - sia in via ordinaria che monitoria - del credito e per la formazione del titolo esecutivo;
- 5) per le spese del giudizio di merito, conseguente al sequestro conservativo;
- 6) per le spese del sequestro conservativo di un bene già indisponibile, quelle del sequestro non trascritto, ecc;
- 7) per le spese del sequestro giudiziario e quelle del custode sicuramente in quanto rivolte ad evitare il pericolo di deterioramenti.

Spese di conservazione e miglioramento (art. 2756 c.c.).

Dispone l'art 2756 c.c. che *“i crediti per le prestazioni e le spese relative alla conservazione od al miglioramento dei beni mobili hanno privilegio sui beni stessi, purché questi si trovino ancora presso chi ha fatto la prestazione o le spese”*.

Il privilegio in esame trova la sua giustificazione nell'esigenza di una maggiore tutela del creditore nella realizzazione di un credito per spese da lui sostenute e di cui il debitore si è particolarmente avvantaggiato. Per spese di conservazione si debbono intendere quelle che il creditore ha erogato per impedire o limitare il deperimento della cosa od il suo deterioramento (ad esempio le somme pagate per la riparazione di una macchina avariata, ecc.). Le spese in esame si distinguono dalle spese per atti conservativi che vengono considerate come spese di giustizia.

Queste ultime, infatti, intendono mantenere il bene nella sfera patrimoniale del debitore, mentre le spese di conservazione e miglioramento di cui all'art. 2756 c.c. si riferiscono non solo a quanto attuato per evitare la perdita ed il danneggiamento del bene, ma anche a tutte le spese sostenute, nell'ambito delle riparazioni straordinarie, per aumentare il valore della cosa. È assistito dal privilegio in esame il credito del custode o del sequestratario giudiziale per le spese di conservazione della cosa e, in particolare, nel caso di autoveicolo assoggettato a pignoramento o a sequestro per le spese di revisione del motore, sostituzione di pezzi, riparazioni dell'autoveicolo medesimo (così Pret. Milano, 19 ottobre 1957, in *Diritto Automobilistico*, 1958, p. 117). Il privilegio in esame non spetta invece al depositario o al sequestratario convenzionale, ai quali compete il privilegio previsto dal terzo comma dell'art. 2761 c.c. Altrettanto privilegiato ai sensi dell'art. 2756

c.c. è il credito dell'artigiano o dell'impresario che, in esecuzione di un contratto d'opera o di un contratto di appalto, abbia riparato o migliorato la cosa per conto del committente. Oggetto del privilegio in esame possono essere soltanto i beni mobili. Il nostro codice non prevede invece alcun privilegio per i crediti relativi alle spese di conservazione e di miglioramento per i beni immobili. Condizione per l'esercizio del privilegio in esame è che i mobili che ne formano oggetto si trovino ancora presso il creditore; se essi invece non fossero più nel suo possesso il privilegio sarebbe perduto. Per la perdita del privilegio è necessario uno spossessamento definitivo; se la perdita del possesso è invece precaria, il privilegio permane. Il privilegio non risorge quando i mobili ritornano in possesso del creditore per un titolo diverso da quello dell'originario affidamento. Il creditore assistito dal privilegio in esame ha facoltà di ritenere la cosa fino a quando non sia stato soddisfatto il suo credito in tutta la sua estensione. Il mancato esercizio del diritto di ritenzione comporta la perdita del diritto di prelazione. È opportuno infine ricordare che l'art 53 l. fall., disponendo che i crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio a norma degli artt. 2756 e 2761 c.c. possono essere realizzati durante il fallimento, dopo che siano stati ammessi al passivo con prelazione, conserva al creditore la facoltà di vendere la cosa gravata, indipendentemente dalla procedura fallimentare. Per essere autorizzato alla vendita, il creditore deve fare istanza al Giudice Delegato il quale, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, stabilisce con decreto il tempo della vendita, disponendo se questa debba essere fatta ad offerte private o all'incanto e determinando le modalità relative. Il Giudice Delegato, infine, sentito il comitato dei creditori, può anche autorizzare il curatore a riprendere le cose sottoposte a pegno o privilegio, pagando il creditore o

autorizzando il curatore medesimo ad eseguire la vendita nei modi stabiliti dal comma precedente.

Spese del giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento

In proposito sono state elaborate tre opinioni:

a) la prima, sostenuta da autorevole dottrina (PROVINCIALI) sostiene che le spese in questione non possono in alcun modo gravare sulla massa in quanto spese erogate non nell'interesse degli altri creditori, ma nell'interesse esclusivo del creditore istante, per evitare la sua eventuale condanna al risarcimento dei danni verso il fallito (nello stesso senso, G. ALESSI, *op. cit.*, p. 106 ss.);

b) la seconda sostiene che le spese in questione debbono godere del privilegio di cui all'art. 2755 c.c. (DEL VECCHIO e Cass., 23 ottobre 1959, n. 3040, in *Dir. fall.*, 1959, II, p. 829);

c) la terza opinione sostiene la prededucibilità di tali spese in base alle seguenti considerazioni:

1) essendo il creditore istante litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, la sua partecipazione al giudizio integra e coadiuva l'attività difensiva del curatore;

2) il creditore istante agisce oltre che nell'interesse proprio anche nell'interesse dell'intero ceto creditorio; quindi le spese sostenute dal creditore istante, nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, si debbono considerare come spese necessarie per l'amministrazione della procedura. Questa opinione sostenuta in dottrina da BIANCHI-D'ESPINOSA e da BOZZA-SCHIAVON ha avuto il conforto della

giurisprudenza del Supremo Collegio (v. Cass. 23 febbraio 1966, n. 567, in *Dir. fall.* 1966, II, p. 346; Cass. 13 settembre 1969, n. 2502, in *Dir. fall.* 1968, II, p. 665; Cass. 22 dicembre 1972, n. 3659, in *Dir. fall.* 1973, II, p. 289).

.....
Fin qui revisionato

CAP. XI
GLI INTERESSI SUI CREDITI PECUNIARI:
TIPI E MISURE

Gli interessi sui crediti pecuniari

Sono disciplinati dall'art. 1282 c.c. a mente del quale:

“I crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente.

Salvo patto contrario, i crediti per fitti o pigioni non producono interessi se non dalla costituzione in mora.

Se il credito ha per oggetto rimborso di spese fatte per cose da restituire, non decorrono interessi per il periodo di tempo in cui chi ha fatto le spese abbia goduto della cosa senza corrispettivo e senza essere tenuto a rendere il conto del godimento”.

L'obbligazione degli interessi è *accessoria*, *autonoma*, *fungibile*, *proporzionale*, *omogenea* rispetto alla prestazione principale e *periodica*.

E' *accessoria* in quanto non può esistere senza l'obbligazione principale di pagare il capitale (quindi se il titolo che è fonte dell'obbligazione di pagare il capitale è nullo o annullato o viene rescisso, la stessa sorte toccherà agli interessi), ma allo stesso tempo è *autonoma* in quanto non segue sempre e comunque le vicende dell'obbligazione principale (ad esempio, in tema di prescrizione, l'obbligo di restituzione del capitale si prescrive in tempi diversi da quelli di restituzione degli interessi; se il creditore rimette il debito del capitale al debitore, non si estingue anche l'obbligazione degli interessi, ecc....). E' *periodica* in quanto l'obbligazione di pagare gli

interessi sorge (si dice “matura”) con il decorso del tempo e a scadenze periodiche.

E’ *proporzionale* alla somma dovuta a titolo di obbligazione principale: sono vietati, infatti, gli interessi usurari.

I vari tipi di interessi

Gli interessi possono essere:

- 1) legali;
- 2) convenzionali;
- 3) moratori;
- 4) corrispettivi;
- 5) compensativi.

Gli interessi legali

L’art. 1282 c.c. stabilisce che ogni credito di somme liquide esigibili produce interessi di pieno diritto salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente.

Il tasso degli interessi legali è attualmente del 2,5% annuo. Allo stesso tasso si computano gli interessi convenzionali, se le parti non ne hanno determinato la misura.

Gli interessi convenzionali

Sono quelli pattuiti per iscritto dalle parti ad un tasso superiore al 5% annuo; se manca la forma scritta, essi sono dovuti nella misura legale.

Il pagamento di interessi in misura superiore al tasso legale, ma non usurari, non convenuti per atto scritto, costituisce adempimento di obbligazione naturale e di essi non si può pretendere la restituzione esercitando l'azione di ripetizione d'indebito.

Gli interessi moratori

Sono quelli dovuti in caso di mora (cioè di ritardo qualificato) del debitore nell'adempimento dell'obbligazione. Si tratta di una forma di risarcimento del danno subito dal creditore per non aver goduto della somma che gli spettava.

Si hanno due tipi di mora:

A) quella *ex re* che ricorre quando:

- 1) l'inadempimento deriva da fatto illecito;
- 2) è scaduto il termine (se l'obbligazione è *portable*);
- 3) il debitore ha dichiarato per iscritto di non voler adempiere;
- 4) in caso di obbligazioni negative (art. 1222) appena si verifica l'inadempimento.

B) quella *ex persona* che richiede un'intimazione o richiesta scritta inequivoca, anche se non formale, che produce i suoi effetti dalla data in cui giunge a conoscenza del debitore.

Per costituire in mora il debitore, il creditore deve essere titolare di un credito *liquido* (*in illiquidis non fit mora*) ed *esigibile*.

La mora determina i seguenti effetti:

- 1) il debitore deve risarcire il danno al creditore (art. 1223 c.c.);
- 2) è interrotta la prescrizione nei confronti del debitore (art. 2942 c.c.); la norma riguarda solo i casi di mora *ex persona*;

- 3) il debitore non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione (art. 1221 c.c.);
- 4) nelle obbligazioni pecuniarie sono dovuti gli interessi del giorno della mora, anche se il creditore non ha subito alcun danno (art. 1224 c.c.); se gli interessi erano dovuti già prima della mora, in misura maggiore di quella legale, questi sono dovuti nella stessa misura.

Quali effetti produce il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, non seguito (nella mora *ex persona*) dall'atto di costituzione in mora?

Secondo l'opinione prevalente siffatto ritardo va considerato tollerabile secondo il comune modo di sentire; v'è quindi inadempimento che non crea ancora responsabilità per il debitore; dopo la costituzione in mora, manifestando il creditore la volontà di non tollerare l'ulteriore ritardo, questo crea la responsabilità del debitore.

Se il debitore è in ritardo nel fornire la prestazione dovuta e l'inadempimento è definitivo, è dubbio se il creditore che, non avendo più interesse alla prestazione, voglia proporre domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, debba o no preventivamente mettere in mora il debitore.

Prevale in dottrina e giurisprudenza la tesi negativa.

Gli interessi corrispettivi

Sono quelli che, ai sensi dell'art. 1282, primo comma, c.c., sono dovuti per i crediti *liquidi ed esigibili*, quando il debitore non è in mora.

Gli interessi compensativi

Sono quelli dovuti per crediti non esigibili; essi prescindono dalla mora. Tale tipo di interessi è dovuto nei soli casi previsti espressamente dalla legge. Esso sono, ad esempio, dovuti nella vendita per compensare il venditore del mancato godimento dei frutti della cosa consegnata prima del ricevimento della controprestazione (art. 1499). Spettano altresì nei casi di cui agli artt. 1815 (mutuo) e 1825 (conto corrente).

In sostanza, gli interessi compensativi hanno lo stesso fondamento e la stessa natura degli interessi corrispettivi, con l'unica differenza che prescindono dal requisito dell'esigibilità.

L'anatocismo

L'art. 1283 sancisce il divieto dell'anatocismo: *“In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi”*.

Pertanto, gli interessi maturati non possono produrre, a loro volta, nuovi interessi, a meno che:

- non si tratti di interessi già scaduti da almeno 6 mesi e sussista una domanda giudiziale volta a ottenere tali interessi, oppure una convenzione tra le parti;
- vi siano usi che lo prevedano (un uso in tal senso è quello bancario, in cui, com'è noto, gli interessi dovuti dalla clientela sono capitalizzati trimestralmente, mentre quelli dovuti dalla banca sono capitalizzati annualmente).

L'art. 1283 c.c. riguarda soltanto le obbligazioni di valuta e non anche quelle di valore (Cass., 7 giugno 1994, n. 5506; Cass., 29 luglio 1994, n. 7082).

I danni nelle obbligazioni pecuniarie

L'art. 1224, primo comma, c.c. dispone che dal giorno della mora è dovuto, automaticamente, oltre al capitale, il pagamento degli interessi moratori, anche se non erano dovuti precedentemente.

Sono dovuti nella misura del tasso legale a meno che non siano stati pattuiti in misura già superiore già prima della mora: in tal caso anche gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura. Tali interessi costituiscono una determinazione forfetaria minima dei danni stessi a rescindere dalla prova di qualunque danno.

Nelle obbligazioni di valuta, da eseguire di regola al domicilio del creditore, la mora è *ex re* e, pertanto, gli interessi decorrono immediatamente al verificarsi dell'inadempimento. Negli altri casi occorrerà una formale costituzione in mora.

Il risarcimento del maggior danno (rispetto a quello risarcito con gli interessi legali)

Il secondo comma dell'art. 1224 c.c. dispone che “al creditore che dimostra di avere subito un danno maggiore spetta l'ulteriore riconoscimento. Questo non è dovuto solo se è stata convenuta la misura degli interessi moratori.

Alla luce della prima parte di questa disposizione la svalutazione monetaria ha rilievo nel solo caso in cui il danno da ritardato pagamento non sia totalmente coperto dagli interessi moratori e, quindi, nella sola ipotesi in cui la svalutazione monetaria sia superiore al tasso legale di interesse.

Ma come si prova il maggior danno da svalutazione monetaria?

I diversi orientamenti giurisprudenziali sono riassunti, con la consueta chiarezza e precisione, da F. Galgano il quale nota che:

“Per qualche tempo la giurisprudenza ha seguito il criterio secondo il quale il danno da inflazione dovesse essere sempre calcolato in modo automatico, in rapporto al tasso di inflazione della moneta (come la citata legge dispone per crediti di lavoro). Il che finiva con il sottrarre i debiti di valuta al principio nominalistico e con il convertirli in debiti di valore. Più recentemente è prevalso un criterio non del tutto automatico: si deve tenere conto dell’effettivo pregiudizio che il creditore ha subito a causa del ritardato adempimento, in relazione all’uso che egli avrebbe fatto del denaro tempestivamente ricevuto, considerate le sue qualità professionali o altre circostanze. Questo mutamento di indirizzo giurisprudenziale è però attenuato dal fatto che non si richiede la prova specifica del concreto pregiudizio subito da quel determinato creditore (avrei comperato quel dato bene, offrendomi in vendita a quel dato prezzo), ma si ritiene sufficiente addurre circostanze che facciano presumere, secondo un criterio di normalità, la maggiore utilità che il creditore avrebbe presentato un pagamento tempestivamente ricevuto: così è “normale”, e non occorre una prova specifica, che l’imprenditore reinvesta il danaro ricevuto. Una prova specifica è, invece, richiesta per l’ipotesi in cui si adduca, quale maggior danno causato dal ritardo nel pagamento, il fatto di essersi dovuta procurare la somma non tempestivamente pagata dal debitore a condizioni

particolarmente svantaggiose: ad esempio, facendosi prestare ad alto tasso di interesse da una banca per pagare i propri creditori.

Si è, in particolare, applicato quello che la Cassazione ha definito come un “criterio personalizzato di normalità”, che fa dipendere dalle qualità professionali del creditore la presunzione di danno derivante dal ritardo. Ne è derivata una simile classificazione:

1) imprenditori.

Il creditore che alleggi la propria qualità di imprenditore può ottenere il risarcimento di un maggior danno consistente:

a) a titolo di danno emergente, in una somma pari al costo bancario del denaro per il periodo di mora, sempre che provi di avere corrisposto interessi a tasso superiore a quello legali;

b) a titolo di lucro cessante, in una somma pari alla redditività media dell’investimento nell’attività produttiva del creditore, sempre che nel periodo di mora l’impresa di questo sia stata in attivo, oppure in una somma pari ai tassi attivi praticati dalle banche;

2) risparmiatori abituali.

Sono coloro che abitualmente dispongono di eccedenze liquide rispetto alle esigenze di consumo. Essi debbono provare la natura dell’investimento normalmente praticato (in immobili, in titoli azionari, in titoli di Stato ecc.): avranno diritto ad una somma pari al rendimento che, nel periodo di mora, ha offerto il tipo di investimento che avrebbero effettuato;

3) risparmiatori occasionali.

Sono coloro che, occasionalmente, ricevono una somma superiore alle necessità del consumo, come una liquidazione per fine rapporto, un indennizzo assicurativo ecc.: viene loro riconosciuta una somma pari al tasso attivo medio dei depositi bancari nel periodo di mora;

4) meri consumatori.

Sono coloro che spendono il danaro per soddisfare i bisogni personali e della famiglia: per costoro si ritiene appropriato il riferimento agli indici Istat relativi alla variazione dei prezzi nel periodo di mora.

Il maggior danno liquidato ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, si sostituisce alla corresponsione degli interessi di mora di cui all'art. 1224, primo comma, e non si cumula con questi: il creditore, altrimenti, riceverebbe un duplice risarcimento per il medesimo titolo, ossia per il ritardo>>.

Ovviamente, l'individuazione delle categorie suindicate ha valore meramente esemplificativo, ben potendo il creditore provare la presenza di altre condizioni o qualità personali e, quindi, determinare il danno con altri criteri (Cass., 1 luglio 1992, n. 8094).

Il maggior danno nelle obbligazioni di valore

Nelle obbligazioni di valore, il creditore, al momento in cui ottiene il pagamento, deve una quantità di danaro idonea a ricostruire il valore del suo patrimonio leso dall'inadempimento o dal fatto illecito del debitore.

Quindi, se tra la data del danno e quella del risarcimento intercorre un lasso di tempo, il danno (sorte capitale) deve essere <<attualizzato>> alla data del pagamento; il creditore deve quindi ricevere una somma pari al valore attuale di quel danno.

Ma di questa somma, il creditore non ha potuto disporre per il tempo intercorrente tra la data di produzione del danno e quella di pagamento dello stesso. È giusto quindi che egli riceva una somma aggiuntiva che lo

compensi della mancata utilizzazione della somma capitale, per il detto tempo.

Ad avviso della giurisprudenza questa somma aggiuntiva è costituita dagli interessi compensativi analoghi a quelli previsti per la compravendita dall'art. 1499 c.c.

Ma come si computano questi interessi?

Secondo il più recente orientamento della S.C. (V. Cass., Sez. un., 17 febbraio 1995, n. 1712) gli interessi sono dovuti dalla data dell'evento, avendo natura compensativa e non risarcitoria, ma non vanno calcolati sulla somma già rivalutata, bensì sul capitale originario, peraltro rivalutato di anno in anno oppure calcolando indici medi di rivalutazione. Ciò sulla base di un principio generale di equità che impone di compensare il mancato godimento del bene evitando tuttavia duplicazioni risarcitorie.

Gli interessi di mora per il ritardo nel pagamento di somme dovute in base al contratto di subfornitura

L'art. 1, comma 1, L. n. 192/1998 stabilisce che <<con il contratto di subfornitura un *imprenditore* si impegna ad effettuare per conto di una *impresa* committente *lavorazioni* sui prodotti semilavorati o su materia prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa *prodotti* o *servizi* destinati ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche o tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente>>.

Secondo l'art. 2, comma 3, il contratto di subfornitura può essere ad <<esecuzione continuativa o periodica>>. Sotto il profilo causale la

subfornitura può essere attratta al polo dell'*appalto* (d'opera o di servizi) o della *somministrazione* (se la prestazione del subfornitore ha natura continuativa o periodica) o del *contratto d'opera* (se il subfornitore è un piccolo imprenditore). Più raramente la subfornitura si qualificherà come compravendita (di beni presenti o futuri).

La qualificazione giuridica della specifica subfornitura come appalto, somministrazione, contratto d'opera o compravendita, determina effetti diversi sulla responsabilità del subfornitore, *nei confronti del committente*.

I termini di pagamento

Il comma 5, art. 2 dispone che

<< Nel contratto di subfornitura devono essere specificati:

- a) omissis
- b) omissis
- c) termini... di pagamento<<

Il comma 2, art. 2 stabilisce poi che il termine di pagamento *non* può eccedere *sessanta giorni* e prevede due casi in cui, con particolari accordi, è possibile fissare un termine massimo di *novanta giorni*.

Gli accordi particolari sono di due tipi:

- a) accordi nazionali per settori e comparti specifici, sottoscritti

Presso il Ministero dell'industria, da tutti i soggetti competenti per settore presenti nel CNEL in rappresentanza dei subfornitori e dei committenti;

- b) accordi riferiti al territorio di competenza della Camera di Commercio, presso la quale detti accordi sono sottoscritti dalle rappresentanze locali dei subfornitori e dei committenti.

Quid iuris se il contratto non contiene il o i termini di pagamento?

La mancanza non determina, a mio avviso, la nullità dell'intero contratto e ciò in quanto:

- 1) la l. n. 192/1998 non sancisce tale nullità;
- 2) i casi di nullità espressamente previsti dalla predetta legge sono solo quelli.
 - dell'art. 2, comma 1;
 - dell'art. 4, comma 2;
 - dell'art. 5, comma 2;
 - dell'art. 6;
 - dell'art. 9, comma 3.
- 3) all'omessa indicazione del o dei termini di pagamento è possibile ovviare, applicando in via integrativa:
 - a) o il termine massimo di 60 gg. Fissato dal comma 1 dell'art. 3 della l. n. 192/1998;
 - b) o il termine previsto dal codice civile per il tipo di contratto (appalto, somministrazione, vendita, ecc.) nel quale si è concertato lo specifico contratto di subfornitura;

E più in particolare:

- nel caso di appalto, l'art. 1665 dispone che l'appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l'opera è accettata dal committente; se questo riceve, senza riserve, l'opera, questa si considera accettata, anche senza verifica;
 - nel caso di vendita, l'art. 1498, comma 2 dispone che il pagamento deve avvenire al momento della consegna;
- oppure, applicando il principio *«quod sine die debeatur, statim debeatur»*, fissato dall'art. 1183 c.c.

Poiché la volontà del legislatore, desumibile dal complesso dell'articolato normativo della l. n. 192/1998, è di favore il subfornitore, appaiono preferibili le opzioni *sub 3a)* e *3c)*.

Quali le conseguenze sul contratto, di un termine di pagamento convenuto tra le parti in misura eccedente i sessanta giorni previsti dall'art. 3?

Esclusa la nullità dell'intero contratto, è dubbio se il termine debba essere ridotto a quello di legge (6° gg.) oppure debba valere il principio «*quod sine debetur, statim debetur*».

Propendo per l'integrazione del contratto, con il termine di 60 gg. Fissato, in via generale, dall'art. 3., comma 1 della legge in esame.

Il termine di pagamento della subfornitura decorre dal momento:

- della consegna del bene;
- o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione.

Le conseguenze del mancato rispetto dei termini di pagamento

L'art. 3, comma 3 prevede sanzioni civilistiche diverse a seconda che il ritardo nel pagamento sia contenuto nei o vada oltre i trenta giorni.

- a) Se il ritardo è contenuto nei trenta giorni, il committente deve, senza bisogno di costituzione in mora, interessi moratori pari al tasso ufficiale di sconto, maggiorato di cinque punti, (o interessi moratori contrattualmente previsti in misura superiore); il subfornitore può ottenere il risarcimento del danno ulteriore, se ne fornisce la prova.
- b) Se il ritardo nel pagamento supera i trenta giorni dal termine convenuto, il committente deve altresì una penale pari al 5% dell'importo per il quale non è stato rispettato il termine.

La penale è irriducibile dal giudice ed è dovuta in toto anche se il pagamento avviene il trentunesimo giorno dopo la scadenza del termine convenuto.

Gli interessi di mora dovuti per il ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali: esame delle principali disposizioni del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (in vigore dal 7 novembre 2002)

Con il succitato d. lgs. è stata data attuazione, nel nostro ordinamento, alla Direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 giugno 2000, relativo alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

L'art. 1 delimita l'ambito di applicazione del decreto legislativo statuendo che:

1. Le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano a d ogni *pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale.*
2. Le disposizioni del presente decreto *non* trovano applicazione per:
 - a) debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore;
 - b) richieste di interessi inferiori a € 5;
 - c) pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno ivi compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un assuntore.

Ambito oggettivo

Sotto il profilo oggettivo, la nuova disciplina dei pagamenti riguarda obbligazioni pecuniarie, cioè quelle con oggetto una somma di denaro,

aventi funzione di corrispettivo all'interno di contratti che comportano in via esclusiva o prevalente la consegna di merci o la prestazione di servizi. E' irrilevante, ai fini dell'applicazione della disciplina, che si tratti di obbligazioni denominate in euro o in valuta estera.

Rimangono escluse dall'ambito di applicazione le obbligazioni pecuniarie aventi fonte non contrattuale, quali ad esempio le obbligazioni derivanti da atto illecito, promesse unilaterali, gestione d'affari, pagamento dell'indebito e arricchimento senza causa ex art. 1173 c.c.

L'art. 2, comma 1, stabilisce che:

«Ai fini del presente decreto si intende per:

- a) “transazioni commerciali” i contratti comunque ..., tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comprovano, in via esclusiva o prevalente, la *consegna di merci* o la *prestazione di servizio*, contro il pagamento di un prezzo;
- b) “pubblica amministrazione”, le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, gli enti pubblici territoriali e le loro unioni, gli enti pubblici economici, ogni altro organismo dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organismi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà da componenti designati designati dai medesimi soggetti pubblici;

- c) “imprenditore”, ogni soggetto esercente un’attività economica organizzata o una libera professione;
- d) “ritardi di pagamento”, l’inosservanza dei termini di pagamento contrattuali o legali;

Le transazioni commerciali, così come definite nella direttiva e nel decreto, riguardano la *consegna di merci e la prestazione di servizi*. La nozione di *merci* trova la sua origine nell’ordinamento comunitario. In particolare il Trattato CE dedica il Titolo I alla libera circolazione di merci. La Corte di Giustizia delle Comunità europee ha definito le merci quali prodotti suscettibili di una valutazione pecuniaria e come tali idonei a costituire oggetto di negozi commerciali (Corte giust., 10 dicembre 1968, causa n. 7/68). Sulla base di tale criterio sono stati inclusi nel novero, ad esempio, energia elettrica e rifiuti. E’ da ritenere che, in assenza di una diversa indicazione, rientrino nella nozione di merce anche i beni immobili ed i crediti pecuniari derivati da contratti conclusi nell’espletamento della propria attività.

La nozione comunitaria di prestazione di servizi è estremamente ampia.

L’art. 50 del Trattato CE definisce i servizi, in maniera residuale, come le prestazioni, fornite normalmente dietro retribuzione, non regolate dalle disposizioni relative alla Libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone.

Essi comprendono attività di carattere industriale , attività di carattere commerciale, attività artigiane e attività delle libere professioni. Conformemente a questo indirizzo comunitario, anche nella disciplina in esame la nozione di prestazione di servizi dovrebbe essere intesa in senso ampio.

Sulla base dei criteri indicati può dare luogo a transazioni commerciali un vasto numero di contatti, atipici e tipici, tra cui in particolare quelli di compravendita, somministrazione, locazione o affitto, trasporto, mandato, commissione, spedizione.» (Così, Assonime, circ. 27 marzo 2003, n. 15).

Poiché, come sopra si è detto, rientrano nella nozione di merci, anche i crediti pecuniari che derivano da contratti conclusi nell'espletamento della propria attività, ne consegue che, in caso di loro cessione, in assenza di diversa pattuizione tra le parti:

gli interessi di mora spettano, nel caso di cessione di un credito pecuniario non scaduto, al cessionario titolare della posizione creditoria al momento in cui si verificano i presupposti di insorgenza degli interessi stessi senza che rilevi la natura *pro solvendo* o *pro soluto* della cessione; b) nel caso di cessione di credito pecuniario scaduto, gli interessi moratori maturano in capo al cedente fino al momento in cui si verifica il trasferimento, spettando poi al cessionario; c) gli accordi tra cedente e debitore in ordine agli interessi moratori che derogano il regime legale di cui al d. lgs. n. 231/2002 disciplinano anche i rapporti tra debitore e cessionario.

Le disposizioni del decreto legislativo in esame non si applicano:

- ai pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno ove compreso quelle effettuate a tale titolo da un assicuratore;
- alle richieste di interessi inferiori a € 5;
- ai debiti oggetto di procedure concorsuali *aperte* a carico del debitore.

Il generico riferimento alle << procedure concorsuali >> fa ritenere che le disposizioni in esame non si applicano ai debiti dell'imprenditore assoggettato a fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria.

Stante il divieto di pagamento dei debiti per il titolo o causa anteriore all'apertura di dette procedure concorsuali, che vale per ciascuna di queste, la sanzione degli speciali interessi moratori prevista dal decreto legislativo in esame, non opera per il periodo successivo all'apertura della procedura stessa.

Ritengo, invece che la sanzione debba operare nel caso di ritardo nell'adempimento delle obbligazioni di massa, se legittimamente contratte dal curatore o dal liquidatore o commissario, con le autorizzazioni di legge. Quanto, poi, alle obbligazioni pecuniarie assunte dall'imprenditore prima del suo assoggettamento e procedure concorsuali, ritengo che gli interessi moratori siano dovuti se la data di scadenza del pagamento (nella tipologia fissata dall'art. 4) è già maturata; non dovuti, se non ancora maturata.

Nel primo caso, sul credito capitale corrono gli speciali interessi moratori del decreto legislativo in esame, fino alla data di apertura della procedura concorsuale, data a partire dalla quale opera poi il divieto di pagamento dei crediti per titolo o causa anteriore.

Il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori ai sensi degli artt. 4 e 5, salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impunibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (è il principio di cui all'art. 1218 c.c.).

La nuova disciplina della decorrenza degli interessi moratori

E' contenuta nell'art. 4 che distingue tra termine patrizio (o convenzionale art. 4, comma 1) e termine legale (art. 4, comma 2).

Nel primo caso, gli interessi decorrono automaticamente (e, quindi, senza necessità dell'atto di costituzione in mora), dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento.

Si tratta dello stesso principio sancito nel codice civile dall'art. 1219, n. 3, quando la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore.

Se, invece, non è stato pattuito un termine di pagamento, il comma 2, art. 4, stabilisce che «2. Salvo il disposto dei commi 3 e 4, *se il termine per il pagamento non è stabilito nel contratto*, gli interessi decorrono, automaticamente, senza che sia necessaria la costituzione in mora, alla scadenza del seguente termine legale:

a) trenta giorni dalla data di ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente;

b) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento;

c) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi;

d) trenta giorni dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data.

3. Per i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti alimentari deteriorabili, il pagamento del corrispettivo deve essere effettuato entro il termine legale di sessanta giorni dalla consegna o dal ritiro dei prodotti

medesimi e gli interessi decorrono automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine. In questi casi il saggio degli interessi di cui all'art. 5, comma 1, è maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed è inderogabile.

4. Le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire un termine superiore rispetto a quello legale di cui comma 3 a condizione che le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti, presso il Ministro delle attività produttive, dalle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale della produzione, della trasformazione e della distribuzione per categorie di prodotti deteriorabili specifici.>>

Nota esattamente l'Assonime che << La nuova disciplina recata dal d.lgs. n. 231/2002 modifica il preesistente quadro normativo prevedendo che, per i pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale, a prescindere dal luogo in rati, sotto ogni profilo (ivi compreso il non assoggettamento alla disciplina della non sospensione degli interessi) ai crediti di massa nel fallimento, dal momento che

“1) l'amministrazione controllata e il fallimento conseguente costituiscono due fasi dello stesso procedimento unitario; 2) i crediti delle due categorie hanno la stessa natura in quanto sono sorti tutti per le finalità (rispettivamente dall'amministrazione controllata e del fallimento, e quindi) dello stesso procedimento unitario (...). Costituisce riprova di ciò il fatto che il fondamento giuridico della equiparazione, consista nella sussunzione di entrambe le categorie sotto la medesima disciplina prevista dall'art. 111, n. 1, è stato rinvenuto non nell'applicazione analogica di tale norma, ma nella sua interpretazione estensiva. Una equiparazione con efficacia

limitata, quindi finirebbe per contraddire la “ratio”posta a fondamento della ritenuta equiparazione” (Cass., 1° agosto 1992, n. 9161, *Fa*, 1993, 255).

Il corso degli interessi nel fallimento

Crediti Chirografari

Sono ammessi in chirografo gli interessi legali o convenzionali maturati fino alla data della sentenza di fallimento; è sospeso il loro corso da questa data fino alla chiusura della procedura.

Estensione della prelazione sui crediti assistiti da cause di prelazione

Bisogna distinguere tra interessi anteriori ed interessi successivi al fallimento sui crediti:

- 1) ipotecari;
- 2) pignoratizi;
- 3) privilegiati.

Interessi anteriori sui crediti ipotecari

La prelazione si estende, nel limite di cui all’art. 2855, 2° co. c.c. Va ricordato che, ai sensi dell’art. 2855 c.c., l’iscrizione del credito capitale fa automaticamente collocare nello stesso grado:

- 1) le spese dell’atto di costituzione dell’ipoteca (e non anche quelle per il contratto di apertura di credito);

2) le spese di iscrizione o rinnovazione dell'ipoteca, come ad esempio le spese per la nota, per le copie dei documenti da esibire al Conservatore, le imposte, ecc. L'estensione non si applica alle spese per le annotazioni perché, costituendo l'annotazione una pubblicità distinta dalla iscrizione e dalla rinnovazione, non è consentita deroga al principio di specialità (in senso conforme TAMBURRINO e RUBINO);

3) le spese ordinarie per l'intervento nel processo di esecuzione (e, quindi, per la presentazione della domanda di ammissione in sede fallimentare).

Per tali spese, come si è detto, l'estensione è automatica. È riservata, invece, alla libera volontà delle parti, la possibilità di estendere la prelazione ipotecaria ad interessi maggiori e a spese giudiziali diverse (come ad esempio quella di concessione di un mutuo, quelle relative a questioni sorte tra creditore e debitore in ordine all'*an* ed al *quantum* del diritto sostanziale ecc.).

Tale estensione deve essere esplicitamente prevista nell'atto di costituzione dell'ipoteca od in un altro autonomo atto, con la conseguenza che la corrispondente iscrizione (originaria o successiva) deve contenere l'indicazione della relativa somma.

Per quanto attiene, in particolare, all'apertura di credito garantita da ipoteca, è da dire che, con le stesse pattuizioni contenute nell'atto di concessione dell'ipoteca (o in altra successiva), le parti possono estendere la prelazione anche alla «provvigione di conto» ed alle commissioni bancarie. Tale estensione pattizia deve essere compresa nella corrispondente iscrizione.

Gli interessi (continua)

Per quanto riguarda, invece, gli interessi, il secondo comma dell'art. 2855 c.c. testualmente dispone: «*Qualunque sia la specie d'ipoteca, l'iscrizione di un capitale che produce interessi fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti, purché ne sia enunciata la misura nell'iscrizione. La collocazione degli interessi è limitata alle due annate anteriori ed a quella in corso al giorno del pignoramento, ancorché sia stata pattuita l'estensione ad un maggior numero di annualità; le iscrizioni particolari prese per altri arretrati, hanno effetto dalla loro data*».

Va in primo luogo notato che la detta norma riguarda gli interessi maturati *prima* del pignoramento o della dichiarazione di fallimento (per quelli maturati dopo, dispone il successivo terzo comma).

Per questi è consentita la collocazione nello stesso grado del capitale «*purché nell'iscrizione ne sia fatta menzione, con l'indicazione del tasso convenzionale o legale*» o di altro elemento idoneo ad identificarlo.

Va opportunamente sottolineato che, secondo l'unanime dottrina e la scarsa giurisprudenza (v. Cass. 28 febbraio 1975, n. 641), la mancata indicazione, nella nota di iscrizione, del tasso, ovvero la generica avvertenza che il credito è fruttifero, *impediscono totalmente* (e non per il supero rispetto al tasso legale), l'estensione della prelazione ipotecaria agli interessi anteriori all'apertura della procedura concorsuale. Ciò perché l'enunciazione, nella nota di iscrizione, della misura degli interessi, adempie alla funzione di consentire ai terzi di conoscere e calcolare con precisione l'aumento della somma che il creditore iscritto può assicurarsi con la prelazione ipotecaria sul valore dell'immobile gravato dalla garanzia reale (Così Cass. 14 aprile 1982, n. 2222, in *Foro it.* 1983,1, c. 12389; Tribunale Milano, 18 marzo

1985, in *Fallimento*, 1985, p. 656; Tribunale Reggio Emilia, 20 giugno 1988, *ivi*, 1989, p. 537).

Ai fini dell'estensione della prelazione, nei limiti stabiliti dal secondo comma dell'art. 2855 c.c., RUBINO ha ritenuto sufficiente l'indicazione, nella nota di iscrizione, di una somma globale corrispondente agli interessi per le annualità stabilite, purché distinta da quella per il capitale e con espressa imputazione degli interessi; non ha invece, ritenuto sufficiente l'indicazione, nella nota di iscrizione, di una somma complessiva unica per interessi e spese, sebbene distinta dal capitale.

La prelazione *non* si estende a tutti gli interessi anteriori ma «è limitata per legge alle due annate anteriori ed a quella in corso (alla data della sentenza di fallimento), anche se sia stata pattuita l'estensione ad un maggior numero di annualità»; conseguentemente, è nullo il patto con cui le parti hanno previamente convenuto di prendere l'iscrizione ipotecaria per un numero di annualità di interessi anteriori, superiore a tre, mentre è possibile *un'autonoma* iscrizione per ogni annualità scaduta dopo le prime tre.

È dubbio se per annata si debba intendere l'anno solare (1 gennaio-31 dicembre) nel corso del quale è intervenuta la dichiarazione di fallimento, oppure *l'annata di maturazione degli interessi*, ossia quella decorrente tra la data di inizio del debito per interessi e quella di scadenza, nel corso della quale interviene la dichiarazione di fallimento. L'opinione prevalente (accolta da Cass. 3 aprile 1992, n. 4279, in *Fallimento*, 1992, p. 925) propende per la seconda alternativa.

L'estensione della prelazione ipotecaria nel limite di cui all'art. 2855 c.c., riguarda solo gli interessi corrispettivi e non quelli compensativi e moratori (Cass. 17 settembre 1999 n. 10070).

Diversa è invece l'opinione della prevalente dottrina, di Cass. 8 luglio 1998 n. 6668 e di Tribunale Roma, 12 luglio 1989, in *Fallimento*, 1990, p. 405, i quali oppongono:

- a) che l'art. 44 1. fall. e l'art. 2855 c.c. non distinguono tra tipi di interessi;
- b) che i crediti che producono interessi sono non soltanto quelli liquidi ed esigibili di somme di denaro, di cui all'art. 1282 c.c., ma anche le somme di denaro che sono oggetto di obbligazioni *ex art.* 1224 c.c. e, quindi, anche gli interessi di mora;
- c) che il riferimento contenuto nell'art. 2855 c.c. al pignoramento presuppone, almeno quando l'azione esecutiva è stata iniziata dal creditore ipotecario, che gli interessi del triennio contemplati dalla predetta norma, siano proprio quelli di mora.

Alla luce del più recente orientamento della S.C., ammesso al passivo il credito ipotecario capitale, gli interessi vanno ammessi come segue: 1) con collocazione ipotecaria, gli interessi corrispettivi iscritti maturati al tasso convenzionale nell'annata in corso e nelle due anteriori; 2) nella collocazione chirografaria, a) gli interessi (corrispettivi e moratori) maturati al tasso convenzionale prima delle due annualità anteriori a quella in corso al momento della dichiarazione di fallimento; b) gli interessi non iscritti o eccedenti il limite dell'importo per il quale l'ipoteca è stata iscritta, maturati fino alla data di dichiarazione di fallimento; c) la differenza fra gli interessi moratori maturati nelle tre annualità e quelli corrispettivi iscritti ammessi in via ipotecaria.

La prelazione ipotecaria che assiste il credito capitale si estende anche alla provvigione speciale, spettante agli Istituti Fondiari mutanti, «*per la perdita relativa al collocamento delle cartelle*», in quanto tale provvigione

fa parte, in definitiva, del capitale (così anche da ultimo, Tribunale Vicenza, 2 marzo, 1988, in *Fallimento*, 1988, p. 1222).

Quanto alle «semestralità insolute», poiché queste si compongono di capitale, interessi e diritti di commissione, la prelazione ipotecaria riguarda il primo, si estende ai secondi, ma non sussiste per i terzi (così App. Bologna, 24 giugno 1986, in *Dir. fall.* 1987,1, p. 103; Tribunale Roma, 13 luglio 1985, in *Fallimento*, 1986, p. 216; App. Torino, 23 dicembre 1987, in *Giur. Comm.* 1978, II, p. 895).

I giudici della Sezione Fallimentare del Tribunale di Lecce, in data 31 luglio 2006, hanno emanato istruzioni comportamentali volte alla corretta applicazione pratica delle disposizioni dal citato art. 2855, 2° e 3° comma c.c..

Per cortese autorizzazione di questi Giudici riporto le interessanti esemplificazioni pratiche che ritengo essere di grandissima utilità per i curatori, i Giudici Delegati e gli stessi creditori ipotecari.

Determinazione del biennio e dell'anno in corso

L'anno in corso alla data del pignoramento non è l'anno solare, ma va determinato con il seguente procedimento:

- a. Determinare la data di decorrenza degli interessi del debito;
Nel caso di debiti da mutuo: la data contrattualmente prevista.
Nel caso di debiti accertati giudizialmente: data della mora indicata in sentenza; in mancanza: data di pubblicazione del provvedimento (decreto ingiuntivo o sentenza);

- b. Aggiungere alla data di decorrenza del debito un anno per tante volte sino a che sia superata la data del pignoramento: il risultato è una data che chiameremo C;
- c. Sottrarre un anno dalla data C: da questo momento inizia l'anno in corso (chiameremo B questa seconda data);
- d. Sottrarre due anni alla data B: chiameremo A la data risultante. Gli interessi maturati successivamente alla data A e sino alla data C sono da collocarsi al privilegio, al tasso convenzionale; gli interessi maturati anteriormente a questa data sono al chirografo, al tasso convenzionale.

Esempi di casi "classici":

Esempio n. 1:

pignoramento del **15.10.99**; mutuo con rate semestrali, decorrenza contrattuale 10.1.95; fallimento dichiarato il **05.10.00**.

Si aggiunge 1 anno al 10.1.95 sino ad arrivare al 10.1.2000 (prima scadenza annuale successiva al pignoramento); l'anno in corso va dal 10.1.99 al 10.1.2000; il biennio va dal 10.1.97 al 10.1.99.

Prima rata non pagata: **scadenza 10.01.96**

Interessi convenzionali del **15%**

In tal caso, gli interessi vanno così trattati:

a) interessi in via ipotecaria:

- nella misura convenzionale del 15%, la quota-interessi prevista nel piano di ammortamento, per le rate scadute nel triennio 10.01.97-10.01.00;
- nella misura legale, gli interessi dal 11.01.00 alla data del decreto di trasferimento;

b) interessi in via chirografaria:

- nella misura convenzionale del 15%, la quota-interessi prevista nel piano di ammortamento, per le rate dal 10.01.96 al 09.01.97;
- per la differenza tra interesse convenzionale del 15% e interesse legale, gli interessi dal 11.01.00 al 04.10.00 (giorno precedente la data di deposito della sentenza di fallimento).

Esempio n. 2:

pignoramento del 15.10.99; decreto ingiuntivo 15.1.96; ipoteca iscritta 15.5.97; fallimento dichiarato il **05.10.00**.

La prima scadenza coincide con la data di iscrizione ipotecaria; l'anno in corso è quello dal 15.5.99 al 15.5.2000

Il biennio va dal 15.5.97 al 15.5.99.

Interessi convenzionali del 20% previsti nel decreto ingiuntivo:

In tal caso, gli interessi vanno così trattati

a) interessi in via ipotecaria:

- nella misura convenzionale del 20% gli interessi maturati nel triennio 15.05.97-15.05.00, calcolati sul capitale indicato nel decreto ingiuntivo;
- nella misura legale, gli interessi dal 16.05.00 alla data del decreto di trasferimento, calcolati sul capitale indicato nel decreto ingiuntivo;

b) interessi in via chirografaria:

- nella misura convenzionale del 20% gli interessi, calcolati sul capitale indicato nel decreto ingiuntivo, dalla data iniziale (*dies a quo*) indicata nel decreto ingiuntivo fino al 14.05.97;
- per la differenza tra interesse convenzionale del 20% e interesse legale, gli interessi dal 16.05.00 al 04.10.00 (giorno precedente la data di deposito della sentenza di fallimento), calcolati sul capitale indicato nel decreto ingiuntivo.

Esempio “atipico” (ma abbastanza frequente):

Particolare attenzione va posta quando il pignoramento è stato promosso da persona diversa dal creditore ipotecario, perché la funzione dell'art 2855 c.c. è proprio quella di evitare l'inerzia del creditore maggiormente garantito.

Esempio pratico:

Mutuo ipotecario del 26.10.92 (mutuo con rate semestrali, decorrenza contrattuale 30.04.93)

Pignoramento del 21.04.94

Fallimento dichiarato il 05.10.00.

Prima rata non pagata: scadenza 30.10.98

Interessi convenzionali del 15 %

In tal caso, va considerato che nell'anno in corso alla data del pignoramento e nei due anni precedenti (cioè 01.05.91-30.04.94), il mutuatario ha regolarmente pagato le rate e quindi non va riconosciuta alcuna prelazione ipotecaria.

Pertanto, gli interessi vanno così trattati:

- a) interessi in via ipotecaria:
 - nella misura legale, gli interessi dalla rata del 30.04.98 alla data del decreto di trasferimento
- b) interessi in via chirografaria:
 - la differenza tra interesse convenzionale del 15% e interesse legale, dalla rata del 30.04.98 al 04.10.00 (giorno precedente la data di deposito della sentenza di fallimento).

Particolarità nel caso di mutuo con rientro rateale

Il mutuo prevede in via generale la restituzione mediante rate periodiche (in genere semestrali).

Sebbene le banche tendano a presentare queste rate come se fossero crediti di puro capitale, in realtà **ogni rata è composta di una quota capitale e di una quota interessi.**

Se quindi le rate che scadono nel biennio e nell'anno in corso possono essere collocate interamente, così come sono, al privilegio, per le rate anteriori al biennio bisogna operare una scomposizione, separando le quota interessi (che va al chirografo) da quella capitale, che va al privilegio.

Se vi sono quindi rate anteriori al biennio, è necessario sempre richiedere il piano di ammortamento.

Attenzione: poiché le rate di mutuo sono normalmente posticipate, e poiché ogni rata contiene gli interessi relativi al periodo anteriore a se stessa, la prima rata del biennio (i cui interessi vanno al privilegio) non è quella che scade nel momento di inizio del biennio, ma quella immediatamente successiva.

Nell'esempio n. 1 di cui sopra, dunque, la prima rata da ammettere interamente al privilegio non è quella che scade in data 10.1.97, ma quella che scade il 10.7.97. Infatti la rata del 10.1.99 contiene gli interessi maturati dall'ultima rata sino al 10.1.99 e dunque contiene interessi relativi ad un periodo fuori dal biennio. La prima rata che contiene interessi maturati successivamente al 10.1.99 è quella successiva, e cioè quella del 10.7.97.

Interessi anteriori sui crediti pignorati

Vanno ammessi in privilegio gli interessi convenzionali maturati nel corso dell'anno solare dal 1 gennaio sino alla data della sentenza dichiarativa di fallimento.

Interessi anteriori sui crediti privilegiati

A seguito della sentenza n. 162 del 18/05/2001 della Corte Costituzionale, gli interessi in esame vanno ammessi in privilegio con lo stesso grado dei crediti per capitale, gli interessi al tasso convenzionale maturati per l'anno in corso alla data di fallimento e nell'anno precedente, ferma restando la collocazione chirografaria per gli interessi maturati nel periodo anteriore;

Interessi successivi al fallimento sui crediti ipotecari

Per il disposto dell'ultimo comma dell'art. 2855 c.c. la prelazione ipotecaria si estende *ex lege* agli interessi successivi al compimento dell'annata in corso alla data di inizio del fallimento, soltanto nella misura legale e fino alla data della vendita, sempre che (condizione pregiudiziale) nella nota

d'iscrizione ne sia stata indicata la misura (tasso o importo globale) e ciò perché l'estensione della prelazione agli interessi successivi va considerata come la continuazione della prelazione spettante agli interessi anteriori.

È dubbio se la misura legale è solo quella fissata dall'art. 1284 c.c. (attualmente 2,5%) o quella prevista dalle singole leggi che regolano il rapporto sostanziale.

Il S.C. (v. Cass. 2 marzo 1988, n. 2196, in *Fallimento*, 1988, p. 557, e Cass. 3 dicembre 1986, n. 7148, in *Giust. civ.*, 1987,1, p. 287) e le prevalenti giurisprudenze di merito si schierano per la prima alternativa. (V. da ultimo App. Venezia, 28 maggio 1992, in *Fallimento*, 1993, p. 177).

Altro problema è se la differenza tra l'interesse legale dovuto fino alla data della vendita e l'interesse convenzionale pattuito, vada per così dire «perso», oppure vada ammesso al passivo in via chirografaria.

Per la perdita integrale si esprime la giurisprudenza del S.C. (v. Cass. 27 febbraio 1991, n. 2147; Cass. 19 giugno 1972, n. 1928, in *Giust. civ.* 1972, I, p. 1536, Cass. 14 luglio 1993 n. 7772), che riferisce l'inciso «*salvo quanto disposto dal terzo comma dell'articolo precedente (art. 54)*», contenuto nell'art 55, primo comma, L.F., alla maturazione degli interessi e non all'estensione della prelazione.

L'estensione della prelazione agli interessi maturati dopo il compimento dell'annata in corso alla data del fallimento del debitore, nella misura legale, opera fino alla vendita del bene ipotecato.

In conclusione, la prelazione ipotecaria si estende agli interessi al tasso legale successivi all'annata in corso al momento della dichiarazione di fallimento e sino alla vendita. La differenza tra interessi convenzionali e legali non viene riconosciuta neanche in chirografo.

Gli ulteriori accessori del credito (diritti di commissione, provvigioni speciali, differenze cambio future per i mutui in valuta e simili) non possono trovare collocazione ipotecaria in quanto non previsti dall'art. 2855 c.c..

Infine ricordo che gli interessi vanno conteggiati sempre sul capitale come interessi semplici.

Come vanno collocati al passivo del fallimento del mutuatario, i crediti derivanti dalla pregressa stipulazione di un contratto di mutuo fondiario?

Secondo BOZZA (in *Fallimento*, 1994, p. 798-799):

A) In caso di mancato pagamento di semestralità scadute prima del fallimento, verificatasi la risoluzione del rapporto e la mora del debitore, il capitale, gli interessi e gli accessori vanno ammessi al passivo come segue:

in via ipotecaria:

- 1) le semestralità scadute fino alla risoluzione del contratto, con limitazione della collocazione ipotecaria degli interessi inglobati nelle rate a quelli decorrenti nell'annata (contrattuale) in corso al momento della dichiarazione di fallimento e nelle due annualità anteriori;
- 2) gli interessi moratori al tasso convenzionale contrattualmente pattuito, maturati nell'annata (contrattuale) in corso al momento della dichiarazione di fallimento e nelle due annualità anteriori sulle semestralità insolute;
- 3) il capitale residuo dopo l'ultima semestralità computata;
- 4) gli interessi moratori al tasso convenzionale contrattualmente pattuito, maturati nell'annata (contrattuale) in corso al momento della

dichiarazione di fallimento e nelle due annualità anteriori sul capitale residuo;

- 5) gli interessi iscritti, al tasso legale sulle quote di capitale ammesse, successivi all'annata in corso al momento della dichiarazione di fallimento e fino al decreto di trasferimento del bene offerto in garanzia e, in caso di più beni gravati da ipoteca, fino alla soddisfazione del credito garantito o fino al decreto di trasferimento dell'ultimo bene gravato dalla garanzia reale;

in via chirografaria:

- 6) gli interessi corrispettivi e moratori, anche se iscritti, al tasso convenzionale contrattualmente pattuito maturati prima delle due annualità anteriori a quella in corso al momento della dichiarazione di fallimento sulle quote capitale delle semestralità insolte e sul capitale residuo;
- 7) gli interessi non iscritti o eccedenti il limite dell'importo per il quale l'ipoteca è stata iscritta maturati fino alla data di dichiarazione di fallimento.

Non trova alcuna collocazione la quota di interessi, corrispettivi o moratori, relativa alla differenza tra il tasso convenzionale e quello legale riconosciuto, maturati dopo l'annata in corso alla data di dichiarazione di fallimento.

B) Nel caso, invece, in cui l'istituto non abbia fatto valere la risoluzione, le conseguenze della mora riguardanti le rate scadute prima del fallimento restano ferme, ma il contratto è ancora valido ed efficace e solo per effetto

della dichiarazione di fallimento si considera scaduto il credito per il capitale residuo; per cui su questo non sono dovuti gli interessi di mora sub A4, in quanto il decorso degli stessi non è mai iniziato per difetto della relativa fattispecie costitutiva. Sono, in tal caso, dovuti e vanno collocati in via ipotecaria, in alternativa agli interessi moratori sub A4, quelli corrispettivi iscritti, al tasso convenzionale contrattualmente pattuito, maturati sul capitale residuo, dal momento della scadenza dell'ultima semestralità prima della dichiarazione di fallimento fino al compimento dell'annata (contrattuale) in corso.

C) Nel caso, infine, in cui il debitore al momento della dichiarazione di fallimento sia in regola con il pagamento delle semestralità scadute, vanno collocati in via ipotecaria soltanto il capitale residuo, scaduto con la dichiarazione di fallimento, gli interessi sullo stesso - al tasso legale - e gli accessori.

L'anatocismo nei contratti di mutuo fondiario

Traggo dalle istruzioni comportamentali impartite dal Giudici della Sezione Fallimentare di Lecce le seguenti indicazioni normative ed operative:

L'art. 14 dpr 7/76 dispone(va):

Il pagamento delle rate di ammortamento dei prestiti non può essere ritardato da alcuna opposizione.

Le somme dovute a tale titolo producono, di pieno diritto, interessi dal giorno della scadenza.

La misura degli interessi di mora da corrispondersi dai mutuatari agli enti sulle somme dovute e non pagate, stabilita dal primo comma dell'art. 2 della legge 17 agosto 1974, n. 397, può essere modificata con decreto del Ministero per il tesoro, sentito il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio.

L'art. 16 legge 175/91 (legge entrata in vigore il **25.06.91**, che, all'art. 27, ha abrogato il dpr 7/76) dispone(va):

- 1) **Il pagamento di interessi, rate di ammortamento, compensi e rimborsi di capitale** non può essere ritardato da alcuna opposizione.
- 2) **Le somme dovute a tale titolo** producono, di pieno diritto, interesse dal giorno di scadenza.
- 3) La misura degli interessi di mora da corrispondersi dai mutuatari viene fissata con decreto del Ministero per il tesoro, sentito il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio e resa pubblica in ciascun locale, aperto al pubblico, dell'Ente.

E' utile evidenziare che **l'art. 27 comma 1 legge 175/91** contiene la seguente norma transitoria:

le operazioni di impiego e provvista già perfezionate dagli Enti e sezioni opere pubbliche e per le quali sia stato già stipulato il contratto alla data di entrata in vigore della presente legge, continuano ad essere disciplinate dalle norme anteriori.

La legge 175/91 è stata abrogata dall'161 comma 1 D.Lgs. 385/93, con riguardo ai contratti conclusi dal 01.01.94.

Quindi, per i contratti di mutuo fondiaro stipulati prima del 31.12.93 NON si deve depurare la capitalizzazione. Per cui:

- a) gli interessi moratori vanno calcolati sulla intera rata e quindi anche sulla parte di rata comprensiva degli interessi corrispettivi;
- b) per i contratti di mutuo fondiario stipulati dal 01/01/94 al 21/04/00 la capitalizzazione è illegittima, atteso che il D.Lgs 385/93 ha abrogato la legge 175/91 che la prevedeva per i mutui fondiari.
Quindi, per tale tipo di contratti, va eliminato l'anatocismo;
- c) per i contratti di mutuo fondiario stipulati dal 21/04/00 in poi la capitalizzazione è legittima, se pattuita espressamente.
- d) Quindi gli interessi moratori vanno calcolati sulla intera rata e anche sulla parte di rata consistente negli interessi corrispettivi.
Tuttavia, gli interessi così calcolati (cioè gli interessi moratori calcolati anche sugli interessi corrispettivi) non possono produrre a loro volta interessi.

Interessi successivi al fallimento sui crediti pignorati

Vanno altresì ammessi in privilegio gli interessi legali successivi alla data della sentenza di fallimento, fino alla vendita del bene costituito in pegno.

Interessi successivi al fallimento sui crediti privilegiati

Secondo Corte Cost. 28/05/2002 n. 162 vanno ammessi al passivo in privilegio con lo stesso grado di credito per capitali, gli interessi al tasso legale (come determinato, in via generale, dall'art. 1284, 1° comma, c.c.) maturati successivamente alla data di dichiarazione del fallimento fino alla vendita dei beni. In caso di pluralità di vendite non contestuali, gli interessi

cessano di maturare, gradualmente e proporzionalmente, in corrispondenza della graduale liquidazione (non è dovuta, invece, la differenza tra il tasso legale e quello convenzionale).

CAPITOLO XII
ASPETTI SOSTANZIALI DELLA VERIFICA DEI CREDITI
I CREDITI PRIVILEGIATI

I privilegi generali mobiliari previsti dall'art. 2751 bis n. 1 c.c.

Il legislatore attribuisce un prioritario privilegio generale mobiliare ai crediti riguardanti:

1) le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.) e tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro, nonché il credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori ed il credito per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile;

2) le retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera (intellettuale o non intellettuale) dovute per gli ultimi due anni di prestazione;

3) le provvigioni derivanti dal rapporto di agenzia dovute per l'ultimo anno di prestazione e le indennità dovute per la cessazione del rapporto medesimo;

4) i crediti del coltivatore diretto, sia proprietario che affittuario, mezzadro, colono, soccidario o comunque partecipante, per i corrispettivi della vendita dei prodotti nonché i crediti del mezzadro o del colono indicati dall'art. 2765:

5) i crediti dell'impresa artigiana e delle società od enti cooperativi di produzione e di lavoro per i corrispettivi dei servizi prestati e

della vendita dei manufatti:

5-bis) i crediti delle società cooperative agricole e dei loro consorzi per i corrispettivi della vendita dei prodotti:

5-ter) i crediti delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo di cui alla l. 24 giugno 1997, n. 196, per gli oneri retributivi e previdenziali addebitati alle imprese utilizzatrici.

Prima di iniziare la trattazione dei singoli crediti, è necessario riferire della *ratio* dell'art. 2751-bis, come individuata da dottrina e giurisprudenza prevalenti.

La ratio dei privilegi sanciti dall'art. 2751-bis c.c.

Secondo Cass. 14 giugno 2000, n. 8114:

“La ratio dell'art. 2751-bis c.c. è quella di privilegiare i crediti del lavoratore subordinato ed autonomo, ovvero la condizione sociale del lavoratore, sia esso subordinato, professionista, artigiano, agente, situazioni cioè di prestazioni di lavoro personale esercitate individualmente o in forma associata, quando, nel secondo caso, l'impresa ha carattere mutualistico (cooperative di produzione e lavoro e di trasformazione di prodotti agricoli), non quello di privilegiare un rapporto di agenzia in sé e per sé, come risulta dai lavori preparatori della l. n. 426/1975 che, con lo stesso intento, ha concesso analoga prelazione anche agli artigiani e coltivatori diretti che prima erano esclusi. Infatti, i lavori preparatori della l. n. 426/1975 chiariscono che il lavoro del professionista e quello dell'agente costituiscono attività lavorativa primaria per il singolo cittadino: in particolare, nella relazione alla prima delle proposte di legge (successivamente unificate), si afferma che “la ratio legis delle disposizioni

di cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'art. 2751 (che corrispondono alle attuali disposizioni dei nn. 1,2 e 3 dell'art. 2751-bis) era infatti la medesima: quella cioè di tutelare i crediti per prestazione di attività lavorativa nella forma sia subordinata che autonoma”.

Alla stessa *ratio* risponde l'emendamento (approvato con modificazioni) rivolto ad attribuire analogo privilegio ai crediti dei coltivatori diretti e degli artigiani.

Ha già rilevato, d'altra parte, la Corte di Cassazione in precedenti sentenze che la novella del 1975 (l. 29 luglio 1975, n. 426) ha inteso ridisegnare in via autonoma i privilegi dei crediti “del lavoro” e, occupandosi in particolare del privilegio di cui all'art. 2751-bis, n. 5, ha rilevato, quanto alle cooperative di produzione e lavoro, che i requisiti essenziali per la concessione del privilegio sono correlati, per un verso, all'effettività e pertinenza professionale del lavoro dei soci, e, per altro verso, alla prevalenza del lavoro di questi ultimi rispetto a quello dei non soci (cfr. Cass. 7 aprile 1997, n. 2984, *ibid.*, n. 29); analogamente la stessa Corte ha osservato, quanto agli artigiani ed ai coltivatori diretti, che “*il legislatore, con la l. n. 426/1975, ha inteso equiparare al lavoro subordinato, nella materia dei privilegi, talune figure di lavoratori-imprenditori di sé medesimi (tale il coltivatore diretto, ma anche l'imprenditore artigiano o il soci lavoratore di cooperative di produzione e lavoro) quando l'impresa viene gestita dallo stesso lavoratore-imprenditore (o dai soci lavoratori) in maniera prevalente rispetto all'apporto di energie lavorative di terzi lavoratori dipendenti nell'impresa agricola o artigiana, o di lavoratori non soci nelle cooperative di produzione e lavoro*“ (cfr., in tal senso, la sent. 7 febbraio 1996, n. 988. *id. Rep. Voce cit. n. 22*)”.

Nello stesso senso si esprime Corte cost., 7 gennaio 2000, n. 1 per la quale:

“Sembra perciò difficile contestare che la ratio dell’intero art. 2751-bis c.c., sia quella di riconoscere una collocazione privilegiata a determinati crediti in quanto derivanti dalla prestazione di attività lavorativa svolta in forma subordinata o autonome e, perciò, destinati a soddisfare le esigenze di sostentamento del lavoratore. Ratio, che, del resto, inequivocamente, afferma lo stesso giudice di legittimità in riferimento alle altre ipotesi di privilegio previste dallo stesso articolo, pervenendo, in tal modo, a negare il riconoscimento della prelazione a favore dei creditori diversi dalle persone fisiche (o dai soggetti espressamente considerati nei nn. 5 e 5-bis)”.

(In senso conforme, cfr. Trib. Milano, 29 giugno 2000, in causa Studio Legale Associato Cattaneo + 2 c. Fallimento Italtea s.r.l.; Trib. Milano, 19 maggio 1997, in causa Soc. Eurochem c. fall BAMAR).

Conseguenze

Se la *ratio* dell’art. 2751-bis è quella di privilegiare i crediti dei lavoratori subordinati ed autonomi ovvero la considerazione sociale di questi, la conseguenza inevitabile è che il privilegio di cui alla norma succitata non può essere riconosciuto ai crediti derivati da prestazioni rese da società da capitali in esecuzione di contratti d’opera o di agenzia. (Cass. 14 giugno 2000, n. 8114; Corte cost. 7 gennaio 2000, n. 1; Trib. Milano, 10 ottobre 2003, in c/Batini c. Fallimento EPAF).

La verifica dei crediti dei lavoratori subordinati

Premessa

Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità e di merito, nel caso in cui il lavoratore faccia valere un credito retributivo o altro credito dipendente da rapporto di lavoro, l'accertamento di questo rapporto si pone come presupposto logico e di diritto per l'accoglimento della domanda.

Sono devolute alla cognizione del giudice del lavoro le controversie instaurate dal lavoratore che, senza avanzare pretese creditorie, si limiti a chiedere l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento impugnato (perché magari intenzionato a chiedere il reintegro nel posto di lavoro a chi *medio tempore* si è reso cessionario dell'azienda del fallito); di contro, permane la competenza del giudice fallimentare nel caso in cui le domande del lavoratore investano, oltre alla declaratoria d'illegittimità del licenziamento, la condanna al pagamento delle indennità conseguenti, stante la stretta strumentalità della prima domanda rispetto alle pretese di natura retributiva o risarcitoria, che vanno necessariamente accertate in sede di verifica.

La verifica dei crediti dei lavoratori subordinati: aspetti sostanziali

Premessa: i requisiti del rapporto di lavoro subordinato

Le caratteristiche fondamentali del rapporto di lavoro subordinato sono individuabili nei quattro requisiti della *collaborazione*, della *continuità*, della *subordinazione* e dell'*onerosità*.

La "collaborazione" del lavoratore subordinato consiste nella prestazione sistematica delle energie lavorative a favore di un determinato soggetto e nella collocazione organica di tale obbligo contrattuale nel quadro dell'impresa.

Tuttavia, al fine di caratterizzare come subordinata la prestazione di un soggetto, è necessaria la ricorrenza di un ulteriore requisito, quello della *continuità*, intesa quale disponibilità nel tempo dell'attività lavorativa verso il datore di lavoro. Non si esige, tuttavia, che l'attività sia prestata con l'osservanza di un orario preciso e fisso, giacché la continuità va intesa piuttosto nel senso di persistenza nel tempo dell'obbligo giuridico di compiere determinate prestazioni e di mantenere a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative, laddove le modalità di esplicazione - specie con riferimento al luogo e al tempo - ben possono manifestarsi diverse e variabili, in relazione alla natura delle mansioni ed alle esigenze dell'impresa.

La subordinazione è intesa come il vincolo di dipendenza gerarchica e disciplinare del lavoratore subordinato il quale, pur con quel margine di iniziativa e di discrezionalità che la natura delle mansioni in concreto comporta, è tenuto ad uniformarsi agli ordini e alle direttive del datore di lavoro nell'esplicazione dei compiti a lui affidati. Il vincolo di subordinazione va inteso in senso relativo, in quanto non è incompatibile con una certa autonomia, iniziativa e discrezionalità del lavoratore, specie quando si tratti di prestazioni professionali. In tal caso *"la subordinazione si attua in termini più funzionali che tecnici, potendosi concretizzare nella sola sistematica inserzione dell'opera professionale nell'organizzazione unitaria dell'impresa o dell'ente, ancorché senza un'effettiva direzione da*

parte del datore di lavoro" (v. Cass. 20 marzo 1975, n. 1063; Cass. 3 febbraio 1978, n. 508).

Il contratto di lavoro è, tipicamente oneroso e a prestazioni corrispettive. In tale ottica si deve escludere che sussistano i presupposti del rapporto di lavoro subordinato ogni qual volta ci si trovi in presenza di un rapporto caratterizzato dalla gratuità.

Rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro autonomo: elemento distintivo e di identificazione

Nel rapporto di lavoro autonomo - che trova la sua disciplina legislativa di carattere generale nelle norme contenute nel capo I del titolo III del quinto libro del codice civile (artt. da 2222 a 2228 c.c.) - oggetto della prestazione non è la messa a disposizione di energie lavorative in sé considerate, bensì *il risultato dell'attività* che il prestatore si impegna a fornire con autonoma scelta di mezzi e con la completa assunzione dei rischi di carattere economico che tale obbligo comporta.

Amministratore di società e lavoro subordinato

La giurisprudenza distingue tra amministratore unico e consigliere d'amministrazione.

La giurisprudenza della S.C. si è consolidata nell'escludere la configurabilità del rapporto di lavoro subordinato nel caso dell'amministratore unico (cfr. Cass. 24 maggio 2000, n. 6819; Cass. sez. lav. 10 febbraio 2000, n. 1490; Cass. sez. lav. 19 febbraio 1999, n. 3886).

Più articolata è la posizione della giurisprudenza con riferimento al consigliere di amministrazione. Secondo la S.C., per qualificare come rapporto di lavoro subordinato quello intercorrente tra società e amministratore, sarà necessario provare l'effettivo assoggettamento di quest'ultimo - nonostante la carica rivestita - al potere direttivo, di controllo e disciplinare, esercitato dall'organo di amministrazione della società nel suo complesso (cfr., *ex plurimis*, Cass. nn. 6819/2000 e 1791/2000, in *Mass. Giust. civ.*, 2000; n. 3886/1999, in *Mass. Giust. civ.* 1999; nn. 3527/1998 e 5352/1998, in *Mass. Giust. civ.* 1998).

"La qualifica di lavoratore subordinato non è compatibile con quella di amministratore delegato di società di capitali, né con quella di amministratore che abbia comunque la titolarità effettiva di tutto il potere gestionale (nella specie, in quanto appartenente alla famiglia azionista di riferimento della società controllante la società amministrata), non essendo configurabile il vincolo di subordinazione ove manchi la soggezione del prestatore ad un potere sovraordinato di controllo e disciplina, escluso dalla immedesimazione in un unico soggetto della veste di esecutore della volontà sociale e di quella di organo competente ad esprimerle" (così Cass. civ., sez. 1, 2 marzo 1999, n. 1726 in *Giust. civ.* 1999, 1, pag. 1354, in *Corriere giuridico*, 1999, p. 707 con nota di CONSOLO, in *Foro It.* 1999, I, n. 1853, in *Società* 1999, p. 830 con nota di AMBROSINI, in *Giur. It.* 1999, n. 1879).

Se sia o non configurabile un rapporto di lavoro subordinato tra società e socio di questa

La risposta è sicuramente affermativa per le società di capitali (S.p.a., S.r.l., società in accomandita per azioni): cfr. Cass. 19 maggio 1987, n. 4586 e

Cass. 28 ottobre 1983, n. 6413.

Può essere affermativa per le società di persone, se si dimostra in concreto che il socio presta la sua attività lavorativa (diversa da quella sociale) sotto la direzione ed il controllo gerarchico di uno o di più soci-amministratori (Cass. 4 febbraio 1987, n. 1099).

Più diffuse ed attente considerazioni merita il rapporto tra socio lavoratore e cooperativa di cui fa parte.

Prima della l. 3 aprile 2001, n. 142 la prevalente dottrina, riteneva che la prestazione lavorativa del socio costituisce adempimento della obbligazione derivante dal contratto sociale e non di quella derivante da un rapporto di lavoro subordinato.

Secondo altra opinione, la prestazione lavorativa rientra nel rapporto di parasubordinazione (così G. Santoro Passarelli).

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, fino a qualche anno fa tendeva in prevalenza ad escludere la configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato tra socio e cooperativa, sul presupposto che l'attività lavorativa del socio costituisca adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto sociale (Cass. 4 aprile 1997, n. 2941; 1° agosto 1998, n. 7559). Come conseguenza di tale orientamento si è affermato che nei confronti dei soci lavoratori - i quali comunque non devono essere conteggiati nel numero dei dipendenti ai fini dell'applicabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti - non valgono i vincoli e le garanzie posti dallo statuto dei lavoratori (Cass. 24 dicembre 1997, n. 13030; 17 luglio 1998, n. 7046) né, in caso di esclusione, le garanzie formali del contraddittorio che sono previste per le sanzioni disciplinari irrogate dal datore di lavoro al lavoratore (Cass. 4 aprile 1997, n. 2941) e neppure, infine, la disciplina delle mansioni dettata dall'art. 2103 c.c. (Cass. 21 marzo 1997, n. 2557).

Con più recente orientamento la corte di legittimità ha però mutato parzialmente indirizzo, affermando che non vi è incompatibilità tra la qualità di socio di cooperativa e la prestazione di lavoro subordinato (Cass. 13 luglio 2000, n. 9294; 28 febbraio 2000, n. 2228) e che la natura subordinata della prestazione di lavoro del socio cooperatore non può essere esclusa solo perché tale prestazione rientra nell'oggetto della società (Cass. 3 marzo 1998, n. 2315). Nello stesso tempo sono stati riconosciuti alla cooperativa poteri di direzione e di coordinamento dell'attività lavorativa dei soci, compreso il potere di assegnare i soci, in presenza di comprovate esigenze organizzative, ad una delle diverse sedi nelle quali si articola l'attività professionale della società (Cass. 23 ottobre 1997, n. 10422). Si è inoltre attribuito rilievo all'autonomia negoziale delle parti, ritenendosi così legittimo, a conferma di un orientamento già espresso in passato (Cass. 14 marzo 1992, n. 3146; 2 marzo 1989, n. 1170) che la cooperativa e il socio concordino che le prestazioni lavorative del socio, anche se rientranti nell'oggetto sociale, vengano espletate nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, anziché in adempimento del contratto sociale (Cass. 1° agosto 1998, n. 7559), ovvero, al contrario, che la prestazione lavorativa sia oggetto di conferimento in favore della cooperativa, con connessa pattuizione di partecipazione alle decisioni della società e agli utili (Cass. 28 febbraio 2000, n. 2258). A tale riguardo, decisivo rilievo deve attribuirsi all'accertamento delle concrete modalità di svolgimento del rapporto (Cass. 8 febbraio 2001, n. 1666; 23 febbraio 2000, n. 2039), avendo riguardo in particolare, ai fini della configurabilità della subordinazione, all'inserimento continuativo e sistematico del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa e all'esercizio di una costante vigilanza del datore di lavoro sull'operato del lavoratore (Cass. 16 ottobre 2000, n.

13737; 28 febbraio 2000, n. 2228; in senso contrario, v. però Cass. 13 luglio 2000, n. 9294; 17 novembre 1999, n. 12777).

Viene invece diffusamente riconosciuta l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, nel caso di prestazioni di lavoro, da parte del socio, estranee all'oggetto sociale, ravvisandosi in tal caso la possibile coesistenza della qualità di socio con quella di lavoratore subordinato (Cass. 28 aprile 1988, n. 3217), oppure nell'ipotesi in cui sia accertata l'utilizzazione simulata o fraudolenta del modello organizzativo e contrattuale della cooperativa (Cass. 23 febbraio 1998, n. 1917). Circa il problema di come valutare l'estraneità dell'attività lavorativa del socio rispetto a quella prevista dall'oggetto sociale, la giurisprudenza di legittimità ha fatto riferimento non tanto allo scopo statutario della società, quanto, ancora una volta, alla valutazione in concreto della prestazione, comparata con gli apporti necessari al conseguimento della causa sociale (Cass. Sez. un. 29 marzo 1989, n. 1530).

La giurisprudenza di legittimità è comunque univocamente orientata nell'estendere ai soci lavoratori delle società cooperative - qualunque sia la natura del rapporto che intercorra tra loro e la società - la disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti prevista per i lavoratori subordinati (Cass. 25 febbraio 2000, n. 2175; 8 febbraio 2000, n. 1400; 25 gennaio 2000, n. 835; 23 novembre 1999, n. 13015), così come a equiparare, in forza dell'art. 24 della l. 24 giugno 1997, n. 196, i soci delle cooperative di lavoro ai lavoratori subordinati per quanto riguarda l'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria, la tutela previdenziale dei crediti di lavoro e del trattamento di fine rapporto e l'indennità di mobilità (Cass. 19 aprile 2001, n. 5759; 13 gennaio 2000, n. 304).

Retribuzione ed altre indennità di natura retributiva

La retribuzione è il corrispettivo per l'attività prestata dal lavoratore e costituisce, nel contratto di lavoro, l'oggetto dell'obbligazione corrispettiva del datore di lavoro (cfr. art. 2094 c.c.) che viene soddisfatta con il versamento di una somma di danaro, essendo, di fatto, del tutto marginale l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'art. 2099 c.c., a norma del quale “*Il prestatore di lavoro può anche essere retribuito in tutto o in parte con partecipazione agli utili o ai prodotti, con provvigione o prestazioni in natura*”.

Tanto premesso, bisogna osservare che, in mancanza di una nozione unitaria di *retribuzione*, occorre fare riferimento alle norme del codice civile in cui vi si fa menzione - e, quindi, agli artt. 2094 e 2099, nonché agli artt. 2120, comma 2 e 2121 c.c. - le quali, per i fini che qui interessano, devono essere coordinate con quanto disposto dall'art. 2751-bis c.c..

In particolare, tale ultima norma, lungi dal voler accordare il privilegio generale a tutti gli emolumenti corrisposti al lavoratore in dipendenza del rapporto di lavoro, sembra aver accolto il principio civilistico della *corrispettività*, in base al quale la garanzia del credito del lavoratore si estende solamente ai salari corrisposti in funzione dell'esercizio dell'attività lavorativa.

L'equivalente delle prestazioni in natura

Ai sensi del comma 2 dell'art. 2120 c.c., nella retribuzione annua utile ai fini del calcolo del Trattamento di Fine Rapporto, deve essere compreso anche:

a) l'equivalente delle prestazioni in natura, cioè i compensi che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere ai propri dipendenti, in base al contratto collettivo di categoria o ad accordi aziendali;

b) i compensi in natura fruiti dal dipendente.

Il criterio della non occasionalità

Va opportunamente evidenziato che, al fine del calcolo del Trattamento di Fine Rapporto, il comma 2 dell'art. 2120 c.c. pone un limite all'inserimento di ogni prestazione economica nella retribuzione annua, ed è quello della "*non occasionalità*" (l'originaria formulazione prevedeva, invece, "*le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti ed ogni compenso di carattere continuativo*").

Come è stato acutamente rilevato da GIUGNI-DE LUCA TAMAJO -FERRARA (op. cit, p. 67 ss.) "*il titolo non occasionale evoca il profilo causale dell'attribuzione, indipendentemente dalla sua frequenza*". Vanno quindi ricomprese nel computo del TFR voci od indennità corrisposte anche poche volte all'anno (o, addirittura, una sola volta), se collegate ad un titolo stabile, predeterminato, intrinseco all'ordinaria prestazione di lavoro, eccettuate le erogazioni a carattere meramente eccezionale.

Alla luce delle considerazioni appena esposte, possono essere comprese nel computo del TFR:

a) tutte le voci o indennità legate a caratteristiche e variabili topografiche, modali ed ambientali della ordinaria prestazione del dipendente, quali le indennità di rischio, di disagiata sede, di maneggio danaro, di mansione;

b) le provvigioni erogate al dipendente in misura variabile ed in relazione agli affari conclusi;

c) l'indennità sostitutiva del preavviso. La suprema Corte, muovendo dal concetto di retribuzione recepito dall'art. 2120 c.c. - nel testo novellato dalla l. n. 297/1982 - ai fini del calcolo del T.F.R. ispirato al criterio dell'onnicomprendività, ha infatti affermato che in tale concetto *"vanno ricompresi tutti gli emolumenti che trovano la loro causa tipica e normale nel rapporto di lavoro cui sono istituzionalmente connessi anche se non strettamente correlati alla prestazione lavorativa, mentre ne vanno escluse solo quelle somme rispetto alle quali il rapporto stesso costituisce una mera occasione contingente per la loro fruizione, trovando essa radice in un rapporto obbligatorio diverso ancorché collaterale e collegato al rapporto di lavoro"* ed è pertanto pervenuta ad affermare che *"l'indennità sostitutiva del preavviso, che inerisce istituzionalmente al rapporto di lavoro, ponendosi in connessione con la retribuzione cui il dipendente avrebbe avuto diritto in caso di normale preavviso, costituisce emolumento che va necessariamente ricompreso nella base del suddetto calcolo"* (v. Cass. civ. sez. lav. 21 marzo 1990, n. 2328, in *Notiziario Giur. Lav.* 1990, 418);

d) il compenso per lavoro straordinario o notturno prestato con continuità e non con sporadicità o in relazione ad eventi imprevedibili (v. Cass. civ. sez. lav. 21 novembre 1998, n. 11815, in *Notiziario Giur. Lav.* 1999, 233). Non sono tuttavia mancate pronunce che, conformemente al dettato del comma 2 dell'art. 2120 c.c. - che considera derogabile dalla contrattazione collettiva il principio della c.d. onnicomprensività della retribuzione - hanno *"escluso la computabilità dei compensi per il lavoro straordinario non occasionale ai fini del calcolo del TFR"* (v. Cass. civ. sez. lav. 23 marzo 2001, n. 4251, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 572);

e) il compenso per festività lavorate e/o riposi o ferie non godute (v. Cass. civ. sez. lav. 18 gennaio 1994, n. 426, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 43);

f) il compenso dovuto per lo svolgimento di mansioni corrispondenti all'inquadramento in categoria superiore;

g) i premi saltuari erogati a titolo di liberalità e le indennità corrisposte *una tantum* (v. Pretura Roma, 16 gennaio 1984, in *Giust. civ.*, 1984, 1, 2660);

h) l'indennità di trasferta erogata senza carattere di continuità (v. Cass. civ. sez. lav. 15 settembre 1987 n. 7247, in *Mass. Giust. civ.* 1987);

i) il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo *ex art.* 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300;

j) ogni tipo di indennità avente natura risarcitoria (per omissione contributiva totale o parziale, non regolarizzata per intervenuta prescrizione);

k) l'indennità di contingenza non ancora computata, relativa al periodo 1° febbraio 1977 - 31 maggio 1982;

l) l'equo premio riconosciuto al dipendente inventore durante lo svolgimento del rapporto;

m) i compensi per lavoro supplementare, extranormale o straordinario prestato saltuariamente e non continuativamente.

L'esclusione del rimborso spese

Dalla retribuzione annua dov'essere escluso quanto corrisposto al dipendente a titolo di rimborso spese, cioè per rimborsarlo di quanto egli ha anticipato, per conto del datore di lavoro, a titolo di spese per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Poiché non esiste alcun elemento di corrispettività nell'attribuzione erogata a tale titolo, questa non va computata nella retribuzione annua ai fini del calcolo del TFR. Vanno escluse da detta retribuzione sia i rimborsi a piè di lista, sia la quota di indennità di trasferta nella misura prevista dal contratto collettivo di categoria, sia le somme corrisposte sotto la voce indennità chilometrica se ragguagliata ai chilometri percorsi ed alla cilindrata dell'autovettura secondo le tabelle ACI.

Quanto all'indennità sostitutiva di mensa, la Suprema Corte sul punto ha chiarito che essa costituendo, di norma, l'equivalente dell'emolumento in natura cui il lavoratore avrebbe altrimenti diritto, entra a far parte della retribuzione quale suo elemento integrativo. Tuttavia, laddove sussista la struttura aziendale della mensa ed il lavoratore sia libero di usufruire o meno, tale indennità acquisisce natura di *"rimborso spese, giacché, in tal caso, l'erogazione è condizionata ad un comportamento facoltativo del dipendente, che vale ad escludere la corrispettività del compenso, ponendolo al di fuori del sinallagma contrattuale"* (v. Cass. civ. sez. lav. 3 novembre 1986, n. 6421).

Il fondo di garanzia istituito dalla legge 29 maggio 1982, n. 297

L'art. 2, comma 1, della l. 29 maggio 1982, n. 297 ha previsto l'istituzione, presso l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, di un *"Fondo di Garanzia per il trattamento di fine rapporto con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro in caso di insolvenza del medesimo nel pagamento del trattamento di fine rapporto, di cui all'art. 2120 c.c. spettante ai lavoratori o loro aventi diritto"*.

Il Fondo di Garanzia - che viene alimentato da apposita contribuzione a carico dei datori di lavoro, come espressamente previsto dall'art. 2, comma

8, 1. n. 297/1982 - è tenuto ad erogare il Trattamento di Fine Rapporto nei casi di "insolvenza legale" che il nostro ordinamento giuridico individua nelle procedure concorsuali di tipo liquidatorio e quindi in caso di fallimento, nel concordato preventivo e nella liquidazione coatta amministrativa, ovvero in caso di esecuzione forzata infruttuosa.

Al fine di rendere possibile l'intervento del Fondo, il lavoratore od i suoi aventi diritto devono presentare domanda di pagamento:

a) trascorsi 15 giorni dal deposito dello stato passivo;

b) "dalla sentenza che decide" l'eventuale impugnazione ex artt. 98 e 99 l. f. e quindi, a nostro avviso, dalla data del passaggio in giudicato (e non della semplice pubblicazione) di tale sentenza;

c) dopo il decreto di ammissione al passivo, nel caso di dichiarazione tardiva di credito, o dopo la sentenza che definisce il giudizio insorto per l'eventuale contestazione del curatore.

Il Fondo deve effettuare il pagamento entro 60 giorni dal ricevimento della domanda che, per disposizione INPS (v. circolare n. 470), dov'essere corredata dalla seguente documentazione:

i) copia autentica dello stato passivo definitivo, per la parte riguardante i crediti relativi all'indennità di anzianità ed al TFR;

ii) copia autentica della sentenza che ha deciso su eventuali opposizioni od impugnazioni;

iii) copia autentica del decreto di ammissione al passivo o dell'eventuale sentenza, in caso di ammissione tardiva.

Il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, attuando l'art. 48 della legge delega n. 428/1990 che ha disposto il recepimento della Direttiva del Consiglio CEE 20 ottobre 1980, n. 80/987, ha *esteso* la tutela prevista per il TFR *"ai crediti di lavoro, diversi da quelli spettanti a titolo di trattamento di fine rapporto,*

inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono:

- a) la data del provvedimento che determina l'apertura di una delle procedure indicate nell'art. 1, comma 1;*
- b) la data di inizio dell'esecuzione forzata;*
- c) la data del provvedimento di messa in liquidazione o di cessazione dell'esercizio provvisorio ovvero dell'autorizzazione alla continuazione dell'esercizio di impresa per i lavoratori che abbiano continuato a prestare attività lavorativa, ovvero la data di cessazione del rapporto di lavoro, se questa è intervenuta durante la continuazione dell'attività dell'impresa" (cfr. art. 2, d.lgs. n. 80/1992).*

Pertanto, attualmente, ove il datore di lavoro sia fallito, i lavoratori dallo stesso dipendenti possono ottenere, a domanda, a carico del Fondo di garanzia, il pagamento: *a)* del TFR e relativi accessori (non solo quindi il valore nominale del credito, ma anche rivalutazione ed interessi fino al saldo); *b)* degli altri crediti di lavoro inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto (ad es., oltre al salario, l'indennità di mancato preavviso, i ratei di ferie, tredicesima e quattordicesima mensilità, ecc.).

Tuttavia, per quanto riguarda i crediti di lavoro (diversi dal TFR), esistono delle limitazioni:

1) tali crediti devono essere maturati negli ultimi novanta giorni del rapporto di lavoro, rientranti nei dodici mesi che precedono il deposito del ricorso per dichiarazione di fallimento. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella sentenza 10 luglio 1997 (in *Foro it*, 1998, IV, 213) ha risolto taluni problemi interpretativi posti dalla direttiva comunitaria, stabilendo:

- a) che il credito retributivo comincia a decorrere a ritroso non dalla data della dichiarazione dello stato d'insolvenza, ma dalla proposizione della domanda diretta all'apertura del procedimento, posto che altrimenti i lavoratori sarebbero pregiudicati dall'eventuale ritardo con cui fosse pronunciato il fallimento;
- b) che l'espressione "*ultimi tre mesi del rapporto di lavoro*" si riferisce agli ultimi tre mesi di calendario, sicché il trattamento di garanzia dovrà riguardare gli ultimi novanta giorni di lavoro non retribuiti;

2) è previsto un massimale oltre il quale la garanzia non opera, pari a tre volte la misura massima del trattamento di CIGS al netto delle trattenute di legge. L'art. 2 del d.lgs. n. 80/1992 ha infatti stabilito che *"il pagamento effettuato dal Fondo ai sensi del comma 1 non può essere superiore ad una somma pari a tre volte la misura massima del trattamento straordinario di integrazione salariale mensile al netto delle trattenute previdenziali e assistenziali"*.

3) l'intervento del Fondo è escluso quando il lavoratore abbia percepito, nel periodo in considerazione, il trattamento straordinario d'integrazione salariale o la retribuzione. Secondo la Suprema Corte di Cassazione (v. sentenza 7 aprile 1999, n. 3382), la somma da erogarsi da parte del Fondo di garanzia deve essere calcolata detraendo le retribuzioni o gli acconti percepiti non già dal massimale di legge (triplo della misura massima del trattamento di CIGS), ma dal credito di lavoro relativo alle ultime tre mensilità di retribuzione, procedendo poi alla riduzione della somma così ottenuta, se superiore, nei limiti del massimale di legge. In tal guisa anche il lavoratore che abbia già percepito cospicui acconti ha diritto al massimale in misura integrale, purché il suo effettivo credito residuo sia superiore al

massimale stesso, mentre, diversamente opinando, anche il lavoratore avente un credito superiore al massimale non ne avrebbe mai diritto nella misura integrale per il solo fatto di aver percepito degli anticipi. È invece venuta meno l'incompatibilità del trattamento di garanzia con l'indennità di mobilità; infine, gli interessi e la svalutazione monetaria non competono dalla data di maturazione del credito retributivo, ma dalla data di presentazione della domanda (art. 2, comma 5, d.lgs. n. 80/1992).

Questi i commi 3, 4 e 5 dell'art. 2 d.lgs. n. 80/1992:

3) Per il conseguimento delle somme dovute dal Fondo ai sensi del presente articolo si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 4, 5 e 7, primo periodo e decimo dell'art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297. Per le somme corrisposte dal Fondo si applica il disposto di cui al comma 7, secondo periodo, dell'art. 2 della legge citata.

4) Il pagamento di cui al comma 1 non è cumulabile fino a concorrenza degli importi:

a) con il trattamento straordinario di integrazione salariale fruito nell'arco dei dodici mesi di cui al comma 1;

b) (lettera soppressa dall'art. 1 d.lgs. n. 86/2005);

c) con l'indennità di mobilità riconosciuta ai sensi della l 23 luglio 1991, n. 223, nell'arco dei tre mesi successivi alla risoluzione di rapporto di lavoro.

3) Il diritto alla prestazione di cui al comma 1 si prescrive in un anno. Gli interessi e la rivalutazione monetaria sono dovuti dalla data di presentazione della domanda”.

Il lavoratore può quindi ottenere dall'INPS - prima ancora del riparto (ancorché parziale) del curatore - sia il pagamento del trattamento di fine rapporto sia il pagamento delle ultime tre mensilità.

Una volta erogata la prestazione, il Fondo, che subisce un acollo *ex lege* del debito del datore di lavoro insolvente, ha azione di regresso e si surroga di diritto al lavoratore nel privilegio spettategli. In particolare, nel caso di corresponsione da parte del Fondo di garanzia del TFR, il credito del Fondo per il TFR anticipato e gli altri eventuali crediti di natura retributiva dei lavoratori vanno collocati nello stato passivo nella medesima posizione, non prevedendo l'art. 2751-bis n. 1 c.c. alcuna graduazione o ordine di precedenza fra i crediti per retribuzioni e quelli relativi ad indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto: pertanto, in sede di riparto dell'attivo mobiliare, ove le somme disponibili siano insufficienti a soddisfarli integralmente, gli stessi vanno soddisfatti, ai sensi dell'art. 2782 c.c., *pro quota* in proporzione del rispettivo importo (Cass. 29 agosto 1996 n. 7933; Cass. 21 febbraio 1997).

Crediti per danni conseguenti alla mancata regolarizzazione contributiva da parte del datore di lavoro

L'art. 2751-bis, n. 1 c.c. attribuisce privilegio generale al "*credito del lavoratore per danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del lavoratore di lavoro, dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori*".

Per la disposizione contenuta nell'art. 2116 c.c. le prestazioni di previdenza e assistenza obbligatorie sono dovute al prestatore di lavoro (c.d. principio dell'automatismo) anche quando il datore di lavoro non abbia effettuato il versamento dei contributi a favore degli istituti previdenziali "*salvo diverse disposizioni delle leggi speciali o delle norme corporative*". La legge precisa altresì che "*nei casi in cui secondo tali disposizioni le istituzioni di previdenza e assistenza per mancata o irregolare contribuzione, non sono tenute a*

corrispondere in tutto o in parte le prestazioni di lavoro l'imprenditore è responsabile del danno che ne deriva al prestatore di lavoro".

Il privilegio generale mobiliare che ai sensi dell'art. 2751-bis n. 1 è connesso al credito del lavoratore "per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori", spetta tanto nell'ipotesi in cui si chiedi la liquidazione diretta dal danno ai sensi del secondo comma dell'art. 2116 c.c., quanto allorché si chiedi l'erogazione delle somme necessarie a costituire presso l'istituto previdenziale la rendita sostitutiva di cui all'art. 13, L. 12 agosto 1962, n. 1338.

Crediti per risarcimento di danni a seguito di licenziamento illegittimo

L'art. 2751- bis, n. 1 c.c. attribuisce il privilegio generale mobiliare al credito sorto *"per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile"*. È inefficace il licenziamento carente dei requisiti formali prescritti dai commi 1 e 2 dell'art. 21 n. 604/1966; *nullo* - ai sensi dell'art. 4 della stessa legge - quello intimato per rappresaglia ovvero per ragioni di credo politico o fede religiosa, determinato dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali. Tale sanzione è inoltre prevista per il licenziamento intimato per "causa di matrimonio" (cfr. legge 9 gennaio 1963, n. 7), per quello irrogato nei confronti della lavoratrice madre (cfr. art. 2, legge 30 dicembre 1971, n. 1204) e per quello comminato a fini di discriminazione razziale, di lingua o di sesso (cfr. art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108). *Annullabile* è, infine, il licenziamento privo di giusta causa (art. 2119 c.c.) o di giustificato motivo (art. 1 legge n. 604/1966), determinato da inadempimento notevole degli obblighi

contrattuali posti a carico del prestatore di lavoro, ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro o al regolare funzionamento di essa (art. 3).

Competente a decidere in ordine ad ogni controversia promossa dal lavoratore in conseguenza di un licenziamento illegittimo anche successivamente alla dichiarazione di fallimento del datore di lavoro è il giudice del lavoro, mentre per ogni pretesa creditoria ad esso ricollegabile è il giudice fallimentare.

La rivalutazione dei crediti di lavoro subordinato

Premessa

Come è noto, l'art. 429, comma 3 c.p.c. dispone che *«il giudice quando pronuncia sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro per crediti di lavoro, deve determinare, oltre gli interessi nella misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal lavoratore per la diminuzione del valore del suo credito, condannando al pagamento della somma relativa con decorrenza dal giorno della maturazione del diritto»*.

Ciò premesso, va stabilito se l'obbligo imposto al giudice di determinare *d'ufficio* il maggior danno da svalutazione monetaria, valga anche per il giudice delegato in sede di formazione dello stato passivo.

Al quesito va data risposta *negativa*.

Tale obbligo è normativamente imposto solo al giudice che pronuncia sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro per i crediti di lavoro e non anche al giudice che emette una diversa pronuncia (ad esempio, di mero accertamento dell'esistenza del credito, qual è il decreto di ammissione al passivo di una procedura concorsuale).

Ciò nonostante, riteniamo opportuno che il giudice delegato proceda autonomamente a tale determinazione (in base all'indice ISTAT per i lavoratori dell'industria), in quanto ciò impedisce l'instaurazione di un contenzioso (impugnazione *ex art 98 L.F.*), comunque costoso, a volte inutile, e spesso tale da ritardare le operazioni di ripartizione del ricavato della liquidazione e di chiusura della procedura.

Secondo la costante giurisprudenza del Supremo Collegio (v. Cass. 27 maggio 1981, n. 3493; Cass. 21 gennaio 1981, n. 553; Cass. 20 agosto 1980, n. 4961) la rivalutazione del danno da svalutazione monetaria riguarda solo i crediti di lavoro e non anche i crediti per prestazioni previdenziali e assistenziali.

La legittimazione a chiedere il maggior danno da svalutazione monetaria non va, invece, riconosciuta agli enti di assistenza e previdenza, relativamente ai contributi omessi da parte del datore di lavoro, in quanto gli artt. 429, comma 3 c.p.c. e 150 disp. att. c.p.c. riguardano soltanto i «crediti di lavoro» e il loro carattere eccezionale non li rende suscettibili di applicazione analogica (così Cass. Sez. un. 25 maggio 1981, n. 3408; Cass. 7 marzo 1983, n. 1674; Cass. Sez. un. 27 aprile 1983, n. 2876).

In conclusione, in sede di formazione dello stato passivo, il giudice delegato maggiorerà il credito (capitale) di lavoro del dipendente degli interessi legali e del maggior danno da svalutazione monetaria (calcolato in base all'indice ISTAT per i lavoratori dell'industria) dalla data di maturazione del credito, fino a una data alla cui determinazione sono dedicate le pagine che seguono.

Il *dies ad quem* della rivalutazione monetaria del credito di lavoro subordinato nelle procedure concorsuali (fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria).

Sul problema si sono formate varie opinioni, secondo le quali il termine finale della rivalutazione dei crediti di lavoro insoddisfatti andrebbe rispettivamente individuato:

1) nel decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo (nel fallimento) o nella data di deposito in cancelleria di tale stato (nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria) o nel provvedimento di ammissione del credito in via tardiva (così Trib. Genova, 11 novembre 1974, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 712; Trib. Genova, 27 dicembre 1974, *id.* p. 713; Trib. Genova, 23 giugno 1977, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 804; Cass. 18 gennaio 1979, n. 349, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 17; Cass. 16 luglio 1979, n. 4137);

2) nel decreto che dichiara esecutivo il piano di riparto dell'attivo (Trib. Palermo, 16 gennaio 1979, in *Il fallimento*, 1979, p. 240);

3) nella data di effettivo pagamento, senza limiti di tempo (Cass. 3 marzo 1980, n. 1408, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 16);

4) nella data della sentenza dichiarativa di fallimento o del decreto di messa in liquidazione coatta amministrativa (Trib. Milano, 19 dicembre 1974, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 719; Trib. Milano, 13 marzo 1975, in *Dir. fall.*, 1975, II, p. 919; Trib. Genova, 1° agosto 1978, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 271; Trib. Roma, 28 novembre 1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 16; Cass. Sez. un. ord. 13 ottobre 1980, n. 492, in *Il fallimento*, 1980, p. 905; Corte cost. 21 luglio 1981, n. 139, in *Il fallimento*, 1981, II, p. 627; Cass. Sez. un., 15 marzo 1982, in *Il fallimento*, 1982, p. 629 e Cass. 1°

agosto 1984, n. 4538) o di amministrazione straordinaria del datore di lavoro.

Le opinioni sub 2) e 3) sono rimaste isolate e, quindi, di esse non mette conto interessarsi.

Fino al 28 aprile 1989 (data della pronuncia di parziale incostituzionalità dell'art. 59 legge fall, anche in relazione al disposto dell'art. 2429, comma 3 c.p.c.), l'opinione consolidata è stata quella *sub* 4) che inquadrava i crediti dei lavoratori subordinati nell'ambito di operatività dell'art. 59 legge fall.

Ma la Corte costituzionale dapprima con la sent. n. 30/1986 e poi con la sent. 20 aprile 1989, n. 204 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 59 legge fall. nella parte in cui non prevede la rivalutazione dei (soli) crediti da lavoro subordinato con riguardo al periodo successivo all'apertura del fallimento, fino al momento in cui lo stato passivo è divenuto definitivo.

A seguito di questa pronuncia di incostituzionalità va accolta l'opinione sub 1) che individua il termine finale della rivalutazione dei crediti di lavoro subordinato nel decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo (nel fallimento) o nella data di deposito in cancelleria di tale stato (nella liquidazione coatta amministrativa o nell'amministrazione straordinaria).

L'opinione *sub* 1) risulta così strutturata:

a) il potere-dovere del giudice di provvedere d'ufficio alla rivalutazione del credito di lavoro insoddisfatto ha inteso realizzare un meccanismo che, in quanto diretto a preservare nel suo valore economico il credito del dipendente, prescinde da qualsiasi altro elemento (come l'imputabilità dell'inadempimento del datore di lavoro, la costituzione in mora e la prova dell'effettivo pregiudizio subito dal lavoratore) diverso dalla maturazione del credito, dal suo mancato soddisfacimento e dalla

sopravvenuta svalutazione (fatti tutti, questi, asseriti nel loro mero accadimento obiettivo);

b) conseguentemente, il credito di lavoro è venuto ad assumere nell'ambito della detta normativa, il carattere di un credito di valore; quindi la rivalutazione di cui all'art. 429, comma 3 c.p.c. non introduce un incremento delle ragioni creditorie del lavoratore, ma costituisce soltanto una quantificazione differita in termini monetari di valori considerati dal legislatore ontologicamente e funzionalmente anteriori, coincidenti con i momenti originari di maturazione del diritto alla retribuzione onde, nel quadro di questa realtà normativa, essa non porta alcuna alterazione della *par condicio creditorum* perché solo in apparenza è un *posterius* rispetto alla dichiarazione di fallimento (o al decreto di liquidazione coatta o di amministrazione straordinaria) eventualmente sopravvenuta, mentre in realtà il valore corrispondente è un *prius* strettamente connesso con le prestazioni lavorative effettuate anteriormente all'apertura del procedimento concorsuale; la rivalutazione evidenzia cioè soltanto una realtà preesistente all'apertura di detto procedimento e rimane quindi indifferente rispetto alla c.d. cristallizzazione del passivo da questa prodotto (così Cass. 17 gennaio 1979, n. 349, cit.; Cass. 23 agosto 1979, n. 4679, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 16; Cass. 3 marzo 1980, n. 1408, *ivi*, II, p. 16);

c) la svalutazione si arresta con l'accertamento e la liquidazione giudiziale del credito e, quindi, con la sua definitiva ammissione al passivo della procedura;

d) il decreto di esecutività dello stato passivo può ben assimilarsi, negli effetti, alla sentenza di condanna, in quanto costituisce titolo per partecipare, poi, alla distribuzione dell'attivo.

Autorevole dottrina (Guglielmucci) acutamente rileva che «non esiste un momento in cui lo stato passivo diviene definitivo e di definitività si deve semmai, parlare a proposito delle singole statuizioni contenute nel verbale di verifica dello stato passivo. L'ammissione al passivo diviene definitiva - con efficacia di giudicato endofallimentare, secondo l'ormai consolidato orientamento della Corte di Cassazione - quando non venga proposta in termini opposizione o impugnazione contro la decisione relativa ai crediti tempestivamente insinuati. Conseguentemente l'ammissione diventa definitiva per i diversi crediti in differenti momenti: quello del decorso del termine, per il credito ammesso totalmente e non impugnato; quello della decisione, nel giudizio di opposizione (ipotizzabile in caso di ammissione parziale) o impugnazione; per i creditori insinuatasi tardivamente, poi, quello dell'emanazione del decreto di cui all'art. 101, comma 3 legge fall. o della decisione nel giudizio instaurato ove il credito non venga ammesso con provvedimento de plano. Poiché - in ossequio al principio di parità di trattamento (...), non è pensabile che la Corte costituzionale abbia inteso riconoscere la rivalutazione in differente misura (a seconda che il credito di lavoro sia stato insinuato tempestivamente o meno od a seconda che l'ammissione sia stata o meno impugnata, ovvero contro l'ammissione parziale sia stata proposta opposizione), il riferimento al momento in cui lo stato passivo diviene definitivo non può essere inteso che come riferimento ad un unico momento, nell'ambito della fase di verifica dei crediti tempestivamente insinuati». Ne consegue che, in ossequio al principio secondo cui la rivalutazione si arresta all'atto della definitiva liquidazione del credito, «l'unica interpretazione possibile appare allora quella di far coincidere il momento ultimo della rivalutazione con quello dell'emanazione e del deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, momento che coincide con quello

dell'accertamento giudiziale del credito» e che vale anche per i crediti tardivamente insinuati e per quelli oggetto di opposizione *ex art 9 legge fall.*

Gli interessi sui crediti del lavoratore dipendente

La disciplina del cumulo tra interessi legali e rivalutazione monetaria

Si è già visto che l'art, 429, comma 3 c.p.c. dispone che *«il giudice quando pronuncia sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro per crediti di lavoro, deve determinare, oltre gli interessi nella misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal lavoratore per la diminuzione del valore del suo credito, condannando al pagamento della somma relativa con decorrenza dal giorno della maturazione del diritto».*

Tale risarcimento si cumula al normale credito per gli interessi legali di mora, che sono frutto del ritardato adempimento, garantendo al lavoratore che vanti un credito retributivo un rafforzamento della propria posizione nei confronti del datore di lavoro inadempiente.

La disciplina - che un intervento della Corte costituzionale aveva esteso alle controversie di previdenza ed assistenza obbligatorie, sulle somme relative a crediti previdenziali (v. Corte cost. 12 aprile 1991, n. 156) - è andata incontro, via via nel tempo, ad alcune modifiche che ne hanno circoscritto la portata.

E, infatti, dapprima con la legge 30 dicembre 1991, n. 412 è stato escluso il cumulo tra interessi e rivalutazione sui crediti previdenziali, stabilendo che il lavoratore ha diritto soltanto alla maggior somma tra interessi e rivalutazione; successivamente, l'art. 22, comma 36, legge 23 dicembre 1994,

n. 724 ha esteso il medesimo divieto ai crediti di lavoro dei dipendenti pubblici e privati delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici.

Tale norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, per contrasto con l'art. 36 Cost. nella parte in cui esclude dal cumulo i crediti di lavoro dei dipendenti privati. E, infatti, il Giudice delle Leggi ha ritenuto che essa *«escludendo per i crediti di lavoro derivanti da rapporti di diritto privato, il meccanismo di cumulo di interessi e rivalutazione monetaria (art. 429, comma 3 c.p.c), pur riconoscendo al lavoratore la maggior somma tra l'ammontare degli interessi e quello della rivalutazione, e riconducendo, invece, la disciplina di tali crediti a quella generale posta dall'art. 1224 c.c. sulla responsabilità contrattuale da inadempimento, esclude per ciò stesso la necessità di riconoscere ai crediti di lavoro, in considerazione della loro natura, quella effettiva specialità di tutela rispetto alla generalità degli altri crediti, imposta dalla garanzia costituzionale della giusta retribuzione, e realizzata con il detto meccanismo di riequilibrio del vantaggio patrimoniale indebitamente conseguito dal datore di lavoro attraverso l'inadempimento»* (Corte cost. 2 novembre 2000, n. 459).

La disciplina dettata dall'art 429, comma 3 c.p.c. introduce una deroga al principio stabilito per la generalità delle obbligazioni pecuniarie dall'art. 1224, comma 2 c.c., a norma del quale è il creditore a dover offrire la prova del maggior danno eventualmente subito in conseguenza della svalutazione monetaria.

I criteri di calcolo del cumulo

Quanto ai criteri da adottare per computare il cumulo tra interessi legali e rivalutazione monetaria sul credito originario, recentemente la Cassazione è

intervenuta a Sezioni unite (v. Cass. Sez. un., 29 gennaio 2001, n. 38 in *Giust. civ.*, 2001, p. 1551) al fine di fare chiarezza dopo che si erano formati diversi orientamenti, menzionati dalla Suprema Corte nei seguenti termini:

a) il credito del lavoratore è sempre soggetto al principio nominalistico, tuttavia la pretesa risarcitoria viene soddisfatta dal giorno della maturazione del diritto, senza bisogno di costituzione in mora, né di dolo o colpa del debitore. In sostanza il legislatore ha trasformato l'obbligazione di valuta in obbligazione di valore al fine di favorire il creditore ed impedire che la svalutazione monetaria rendesse conveniente al debitore indugiare nell'adempimento. La tecnica liquidatoria utilizzata dall'art. 429 c.p.c. rende il credito retributivo sostanzialmente affine a quello di valore, sicché - afferma la Corte - *«la maggior somma dovuta per effetto della svalutazione monetaria non rappresenta il maggior danno previsto dal comma 2, art. 1224 in ordine alle sole prestazioni originariamente pecuniarie, ma la commisurazione della prestazione pecuniaria ai nuovi valori della moneta. La ricostruzione del credito di lavoro come credito negoziale sostanzialmente di valore porta poi la giurisprudenza al passo ulteriore di liquidare gli interessi sull'importo del capitale già rivalutato, come se si trattasse di liquidare un danno aquiliano»*;

b) un secondo orientamento giurisprudenziale attenua il vantaggio del lavoratore-creditore, calcolando gli interessi legali non sul capitale rivalutato da ultimo, ma di volta in volta, sul capitale rivalutato con scadenza periodica, dal momento dell'inadempimento fino a quello del soddisfacimento del creditore. *«La base di calcolo degli interessi - precisa la Cassazione - non è quella massima bensì quella gradualmente incrementata»*. La *ratio* di tale impostazione risiede nella considerazione secondo cui gli effetti della svalutazione si verificano progressivamente,

onde il credito accessorio, avente ad oggetto gli interessi, *«sorge con riferimento al capitale, che nel tempo si incrementa nominalmente, per effetto degli indici di svalutazione»*.

c) più recente è l'orientamento giurisprudenziale secondo cui gli interessi legali *ex art. 429 c.p.c.* si computano sull'importo originario del credito e non su quello risultante dalla rivalutazione o sulle somme via via rivalutate (v. Cass. 26 gennaio 1995, n. 907; Cass. 19 maggio 1995, n. 5525, Cass. 15 dicembre 1997, n. 12673).

Tale orientamento pone - tra i criteri generali di risarcimento del danno - un «principio di indifferenza», secondo il quale per il danneggiato deve essere economicamente equivalente essere risarcito in un tempo piuttosto che in un altro.

La Sezioni unite in accoglimento della tesi *sub b)* hanno stabilito che:

«Gli interessi legali devono computarsi dalla data di scadenza dei singoli crediti sulle frazioni di capitale, via via rivalutato, realizzandosi così un effettivo rapporto di accessorietà tra capitale e interessi con il rispetto del principio di produttività del reddito non goduto e, quindi, un concreto adeguamento del capitale iniziale. Pertanto, solo all'inizio il computo degli interessi legali si eseguirà sul capitale originario, dovendosi successivamente riferire alle frazioni di esso, rivalutate in base agli indici di svalutazione, fino alla pubblicazione della sentenza ». (Così anche Cass. 24 ottobre 1978, n. 4818; Cass. 12 marzo 1979, n. 1540; Cass. 10 agosto 1983, n. 5341).

Quindi, per i crediti di lavoro subordinato, il provvedimento di ammissione è il seguente:

« Si ammette al passivo:

1. con il privilegio ex art 2751-bis, n. 1 c.c., il credito di lavoro di per la somma di €..... di cui €..... per TFR, €..... per retribuzioni non corrisposte (di cui €..... per le ultime tre mensilità), oltre rivalutazione monetaria sino alla data di esecutività dello stato passivo ed *interessi legali* (calcolati sulle frazioni di capitale periodicamente incrementate in base agli indici di svalutazione, al lordo delle ritenute fiscali ed al netto di quelle contributive: Cass. Sez. un., 29 gennaio 2001, n. 38), sino alla vendita dei beni cui il privilegio si riferisce, nonché gli interessi prefallimentari, se maturati ex art 2749 c.c. nell'anno in corso alla data della dichiarazione di fallimento e nell'anno precedente;
2. al chirografo gli interessi prefallimentari antecedenti.

Se siano o no suscettibili di rivalutazione monetaria i crediti del datore di lavoro per acconti corrisposti al lavoratore in costanza del rapporto

La prevalente dottrina (FHANCESCHINI, in *Mass. giur. lav*, 1978, p. 71; D'ISA, in *Dir. lav*, 1980, II, p. 127; ARANGUREN, *op. cit.* p. 244) è per la tesi affermativa; in senso contrario si esprime la consolidata giurisprudenza del Supremo Collegio, in base al rilievo che l'art. 429, comma 3 c.p.c. prevede la rivalutazione dei soli crediti del lavoratore e non anche di quelli del datore di lavoro derivanti dal rapporto di subordinazione.

In particolare, secondo Cass. 28 giugno 1978 n. 3236 «*l'art. 429, comma 3 c.p.c. opera con esclusivo riferimento ai crediti del lavoratore e, pertanto, in tema di liquidazione dell'indennità di anzianità, non consente che gli acconti già ricevuti dal lavoratore medesimo in costanza del rapporto di*

lavoro possano essere detratti dall'ammontare del relativo credito, tenendo conto della svalutazione sopravvenuta dalla data del loro versamento» (in senso conforme Cass. 10 marzo 1977, n. 987 e 3 agosto 1978, n. 3825).

Se, in sede di formazione dello stato passivo, il giudice delegato debba calcolare la rivalutazione monetaria e gli interessi sui crediti di lavoro al netto o al lordo delle ritenute fiscali

Il problema è stato risolto da Trib. Milano, 19 dicembre 1974 (in *Giur. comm.* 1976, II, p. 719) nel senso che il calcolo deve avvenire sul lordo e non sul netto.

Il giudice milanese fonda la sua decisione sulla considerazione che il curatore non è obbligato a effettuare la ritenuta d'acconto sulle somme dovute al prestatore di lavoro in quanto:

a) non è rappresentante o sostituto del fallito e dei creditori (considerati sia singolarmente che come «massa»), né un professionista ma un organo dell'amministrazione fallimentare e un collaboratore del giudice;

b) non è compreso tra i soggetti che la normativa tributaria qualifica come «sostituti d'imposta» e ai quali impone di effettuare la ritenuta d'acconto sui redditi di lavoro dipendente.

(È a dire, tuttavia, che l'indicata motivazione risulta ormai superata, per effetto della previsione dell'art. 37 1° co. D.L. n. 223/06, che ha inserito tra i sostituti di imposta di cui all'art. 23 DPR n. 600/73 anche “*il curatore fallimentare e il commissario liquidatore*”).

Il problema si è posto anche in sede giuslavoristica e ha ricevuto diversa soluzione:

1) da Cass. 9 dicembre 1981, n. 6507 secondo cui *«gli interessi e la rivalutazione monetaria spettante ai sensi del comma 3, art. 429 c.p.c. sugli importi vantati dal dipendente vanno computati sulle somme che risultano dovute al netto delle ritenute fiscali e/o contributive»;*

2a) da Cass. 5 ottobre 1981, n. 5228 secondo la quale *«la determinazione delle somme spettanti al lavoratore a titolo retributivo va effettuata, in sede di cognizione, al lordo (e non al netto) delle ritenute fiscali che il datore di lavoro è tenuto a effettuare quale adiectus solutionis causa a favore dello Stato, attenendo a un momento successivo alla pronuncia giudiziale e, perciò, alla fase esecutiva, la liquidazione dell'importo dovuto (rispettivamente al lavoratore e al Fisco)»;*

2b) da Cass. 29 giugno 1982, n. 3912 secondo cui *«il giudice, nel condannare il datore di lavoro al pagamento di prestazioni retributive in favore del lavoratore, non è tenuto a determinare l'importo al netto della ritenuta d'acconto prevista per i redditi di lavoro subordinato, giacché, indipendentemente dalla circostanza che il rapporto di lavoro sia in corso o cessato al tempo della sentenza di condanna, l'obbligo di effettuare detta ritenuta, sorgendo al momento del pagamento, grava sul datore di lavoro ove questi dia spontanea esecuzione alla sentenza, oppure sullo stesso lavoratore, ove questi esegua la sentenza di condanna senza attendere che il datore di lavoro vi ottemperi spontaneamente; ne consegue che anche la rivalutazione monetaria e gli interessi legali sulle somme rivalutate vanno dal giudice determinati, ai sensi dell'art. 429 c.p.c. sull'importo lordo riconosciuto al lavoratore e non già sulla somma allo stesso risultante dovuta al netto della ritenuta anzidetta»;*

2c) da Cass. Sez. un. 6 febbraio 1984, n. 875 che, componendo il suesposto contrasto giurisprudenziale, ha affermato il principio secondo il

quale «*la rivalutazione monetaria e gli interessi sui crediti di lavoro vanno computati sugli importi dovuti al lordo e non al netto delle ritenute fiscali*». Secondo le Sezioni unite «*la spettanza al lavoratore delle somme corrispondenti alla rivalutazione della parte del credito di lavoro dovuta allo Stato per debito d'imposta, nel quale è sostituito il datore di lavoro, è conseguenza automatica della norma che prevede la rivalutazione dei crediti di lavoro e del difetto di una norma tributaria la quale prevede una parallela rivalutazione del debito d'imposta e, per tale situazione, è penalizzato non già il datore di lavoro (poiché lo stesso paga in moneta rivalutata quanto, per l'intero, avrebbe dovuto pagare alla scadenza), ma lo Stato che si vede pagare in ritardo - per fatto del datore di lavoro - e in moneta svalutata, la ritenuta d'imposta dovuta dal lavoratore dipendente*» (In senso conforme, Cass. 22 luglio 2003, n. 11386; Cass. n. 88425/2000; Cass. n. 4534/1996; Cass. n. 13735/1992).

In conclusione, in sede di formazione dello stato passivo di un imprenditore fallito, il giudice delegato ammetterà il credito (rivalutato e maggiorato degli interessi legali) del dipendente, al lordo delle ritenute fiscali e al netto di quelli previdenziali, spettando all'INPS la legittimazione a chiedere e ottenere l'ammissione al passivo del credito previdenziale.

Interessi successivi

I problemi che, in via graduata, si pongono all'interprete sono i seguenti:

a) se il principio della sospensione degli interessi fissato dall'art. 55 comma 1 legge fall, (applicabile anche nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, per effetto del richiamo fattone dall'art. 201 legge fall.) si

applica anche ai crediti di lavoro subordinato che, come è noto, sono assistiti dal privilegio generale sui beni mobili del debitore;

b) nel caso di risposta negativa, se essi seguono o no la sorte del credito (privilegiato) capitale.

Al problema *sub a)*, la consolidata opinione dottrinale e giurisprudenziale aveva dato soluzione negativa (v. Cass. 14 marzo 1974, n. 697, In *Foro it.* 1974, I, p. 2712; Cass. 8 marzo 1977, in *Giur. Comm.* 1979, II, p. 219; Cass. 25 ottobre 1978, n. 4838, in *ivi* 1982, II, p. 17; e Cass. 18 gennaio 1979, n. 349, *ivi*, 1979, II, p. 17; Cass. 9 agosto 1978, n. 3880; Cass. 17 luglio 1978, n. 357; Cass. Sez. un. 15 marzo 1982 n. 1670 e Cass. 1° agosto 1984, n. 4583) per le seguenti ragioni:

1) il riferimento che l'art. 55 fa al privilegio è generico e, quindi, non v'è motivo per limitarlo al solo privilegio speciale, salvo che non si individuino nel sistema ragioni particolari;

2) una siffatta ragione non può essere individuata nell'espressione « garantiti da ... privilegio », contenuta nel comma 1, art. 55 perché il concetto di garanzia ha anche significato ampio, comprendente quello del patrimonio del debitore come presidio generale dei crediti; neppure può essere individuata in base alle espressioni «beni vincolati a ...», «beni vincolati a ... garanzia», contenute nel comma 2, art. 54 legge fall., espressioni che valgono a designare il patrimonio mobiliare del debitore, il cui ricavato forma la massa liquida destinata al soddisfacimento preferenziale dei crediti muniti di privilegio generale;

3) sia il privilegio generale che quelli speciali traggono origine dalla legge in considerazione della causa del credito e fra essi non v'è distinzione anche in sede di graduazione; ne consegue che unitario e comune deve essere il loro trattamento giuridico. Ciò rappresenta la premessa per

esaminare e risolvere il problema sub 2), cioè se tali interessi debbano o no seguire la stessa sorte del credito (privilegiato) capitale.

Secondo il Supremo Collegio la constatazione del mancato richiamo, nell'art. 54, comma 3 legge fall. dell'art 2749 non può essere semplicemente attribuita ad un *lapsus* del legislatore: per affermare ciò, si deve prima verificare che di esso non possa essere data altra spiegazione. Ma, nel caso di specie, tale spiegazione va individuata nell'intento del legislatore di escludere la prelazione per il periodo successivo all'apertura della procedura concorsuale, agli interessi sui crediti privilegiati, in base a quello stesso apprezzamento discrezionale con cui la prelazione è stata attribuita al credito capitale.

Senonché, l'opinione del Supremo Collegio non può essere più accolta, avendo la Corte Costituzionale, con la sent. 20 aprile 1989, n. 204, dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 54, comma 3 e 55, comma 1 legge fall. nella parte in cui non estendono la prelazione agli interessi dovuti su crediti privilegiati da lavoro dipendente, nella procedura di fallimento del datore di lavoro.

Secondo la Corte Costituzionale:

«La legittimità costituzionale della norma risultante dal coordinamento degli artt. 55 e 54 legge fall. che, pur sancendo la produzione di interessi sulle somme oggetto di crediti assistiti da privilegio, non estende (in quanto l'art. 54, ultimo comma legge fall, non richiama in proposito gli artt. 2749 c.c. e 2751-bis, n. 1) la prelazione a tali interessi, come invece fa per quelli sulle somme oggetto di crediti assistiti da pegno o da ipoteca, è anche essa messa in dubbio in riferimento congiunto agli artt. 3 e 36 Cost.

Premesso che gli obbiettivi di garanzia costituzionale per il lavoratore subordinato dianzi richiamati vengono in considerazione non soltanto per le somme oggetto dei

crediti da lavoro (la cui disponibilità è direttamente connessa agli obiettivi in parola), ma anche per gli interessi sulle somme stesse (destinati al ristoro della mancanza della detta disponibilità), non sembra dubbio che sia ingiustificatamente lesiva dell'art. 36 Cost. la disparità di trattamento determinata dalla denunciata omessa previsione della prelazione (cfr., in tal senso, la sent. n. 300/1986 resa da questa Corte in riferimento all'ipotesi del concordato preventivo).

È dunque necessario dichiarare illegittima tale omissione, così che rimanga adeguatamente integrata, anche in relazione al fallimento, la tutela, sotto tale aspetto, dei crediti da lavoro subordinato».

Individuazione del termine finale di maturazione degli interessi sui crediti (di lavoro) assistiti da privilegio generale mobiliare

Secondo la prevalente giurisprudenza di merito (v. Trib. Roma, 7 luglio 1969, in *Dir. Fall.* 1969, II, p. 774; App. Roma, 25 marzo 1970, in *Giur. Mer.* 1971, I, p. 246; Trib. Milano, 3 dicembre 1981 in c. Spoldi c. Cooperativa Edile Bollatese; Trib. Napoli, 4 luglio 1984, in *Fallimento* 1985, p. 200) e alcuni Autori (BONFANTI, *op. cit.*, p. 222; PAGANI, in *Banca, borsa, tit. cred.* 1970, II, p. 94; PAJARDI, *Manuale*, 1976, p. 341) il decorso degli interessi cessa con la vendita dell'ultimo bene mobile oggetto del privilegio.

Di recente, però - e con riferimento all'ipotesi normale di liquidazione, in tempi successivi, delle attività mobiliari dell'imprenditore fallito o assoggettato a liquidazione coatta amministrativa (e, quindi, anche ad amministrazione straordinaria) - si è consolidata la diversa opinione secondo la quale «*il corso degli interessi sui crediti assistiti da privilegio generale continua anche dopo la dichiarazione di fallimento o il decreto di*

liquidazione coatta amministrativa del debitore, ma cessa gradualmente e proporzionalmente in corrispondenza della graduale liquidazione del patrimonio mobiliare del debitore» (così Cass. 8 marzo 1977, n. 952; Cass. 25 ottobre 1978, n. 4838; Cass. 18 gennaio 1979, n. 349; Cass. Sez. un. 15 marzo 1982 n. 1670; Cass. 1° agosto 1984, n. 4583; App. Bologna, 27 marzo 1984, in *Il fallimento*, 1984, p. 1037; Trib. Genova, 1° agosto 1978, cit).

Il Supremo Collegio, dopo aver rilevato che non è giustificato sul piano razionale ricollegare la protrazione del corso degli interessi alla liquidazione di un modesto residuo bene mobile compiuta, per circostanze accidentali, molto tempo dopo il fallimento, ha ritenuto rilevante la gradualità della liquidazione del patrimonio mobiliare, cioè il compimento degli atti di liquidazione in tempi successivi. Nel senso che ha fissato al tempo di ogni singolo atto di liquidazione la scadenza del termine finale del corso degli interessi per quella parte di credito privilegiato di ammontare equivalente al ricavo della liquidazione.

In sostanza, essendosi ritenuto che ogni atto di liquidazione costituisce la premessa e realizza in concreto la possibilità dell'estinzione di una parte del credito corrispondente al ricavo di quell'atto liquidarone, ha fatto coincidere con il realizzarsi di tale possibilità la scadenza del termine finale del corso degli interessi per quella parte di credito che, con l'impiego del ricavato della liquidazione, si ha in concreto possibilità di estinguere.

Ciò a prescindere dalla circostanza che, per esigenze della procedura, la distribuzione venga disposta in un momento successivo. Ne consegue, in concreto, che il corso degli interessi successivi al fallimento o alla liquidazione coatta o all'amministrazione straordinaria cessa, non all'atto del pagamento del credito, ma alla data di ogni atto di liquidazione, per quella frazione di credito equivalente al ricavo dell'atto stesso; continua sulla parte

eccedente, per cessare in concomitanza di successivi atti liquidatori e limitatamente ad ulteriori frazioni di tale residuo credito; cessa del tutto quando l'ennesimo ricavo copre l'ultima frazione di credito eccedente rispetto ai ricavi dei precedenti atti di liquidazione.

I crediti retributivi e previdenziali della Cassa Edile

La Cassa edile svolge rispetto agli iscritti (datori), una duplice funzione: amministra le percentuali accantonate dai datori di lavoro per ferie, festività e gratifica natalizia; assicura ai lavoratori ammalati o infortunati un'indennità integrativa ed ulteriore rispetto al trattamento dovuto dagli enti previdenziali. A quest'ultimo compito la Cassa è in grado di provvedere in virtù di uno specifico contributo, che grava in parte sull'impresa ed in parte sugli aventi diritto alle prestazioni suddette.

È dunque in ragione della causa del credito che dovrà distinguersi la natura degli accantonamenti, al fine del riconoscimento del carattere retributivo, o assistenziale e previdenziale del credito vantato dalla Cassa edile, ed è, dunque sulla base della natura del credito che si determinerà la natura del privilegio. Se il credito vantato dalla Cassa edile riguardi le somme che il datore di lavoro era tenuto ad accantonare per le voci retributive su menzionate, esso avrà senz'altro natura retributiva e sarà, pertanto assistito dal privilegio di cui all'art. 2751 bis c.c., con ogni ulteriore conseguenza in tema di interessi. È in questa linea interpretativa che si muovono alcune pronunce giurisprudenziali: la Cassazione ha infatti affermato che non è di ostacolo alla definizione di un credito come credito di retribuzione nascente da un rapporto di lavoro subordinato il fatto che, alla sua riscossione, i lavoratori anziché direttamente provvedano attraverso un organismo, la

Cassa edile, che per le peculiari esigenze del settore è stato recepito dalla normazione collettiva (Cass. 08/01/1974 n. 44).

CAPITOLO XIII

CREDITI DA LAVORO AUTONOMO

Godono del privilegio mobiliare previsto dall'art. 2751 bis n. 2 c.c. : i crediti dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale (ma anche non intellettuale, alla stregua di quanto deciso da Corte Costituz. 29 gennaio 1998 n. 1) dovuti per gli ultimi due anni di prestazioni (e non più per i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento).

Il limite temporale del privilegio

Ai sensi dell'art. 2751 bis, n. 2, c.c., devono ritenersi privilegiati i crediti del professionista per le prestazioni afferenti l'ultimo biennio, calcolando come *dies a quo*, nel computo a ritroso, quello di ultimazione delle prestazioni stesse e non quello del pignoramento o della procedura concorsuale (Tribunale Genova, 27/05/1976, in *Dir fall.*1976, II, pag. 591 e Cass. 07/08/1989, n. 3611).

Va preliminarmente rilevato che la legge accorda il privilegio in esame soltanto ai crediti per gli ultimi due anni di prestazione; ne consegue che il privilegio non si estende al credito per le spese anticipate (Cass. 20/09/1971; Tribunale Milano 28 ottobre 1981 in causa Volta c. fall. Dibitex) ed al credito per contributo del 2% previsto per le casse di previdenza dei professionisti (cfr. Cass. 26/03/1992, n. 3715), crediti che - salvo diversa previsione di legge (v. Cassa commercialisti, art. 11 legge n. 21/86) - vanno dunque ammessi in chirografo.

I crediti per le prestazioni professionali comprendono: 1) i diritti; 2) gli onorari; 3) il rimborso forfettario per le spese generali.

Il privilegio in esame si estende ai diritti relativi alle attività compiute dal professionista nell'ultimo biennio, in quanto il relativo credito matura progressivamente in relazione alle singole prestazioni compiute e la loro liquidazione viene fatta sulla base delle tariffe professionali tempo per tempo vigenti (così A. Patti).

Quanto agli onorari bisogna distinguere tra prestazioni scindibili o singole e prestazioni inscindibili.

Quando si tratti di prestazioni scindibili o singole, anche se continuative, si dovrà considerare l'ultimo biennio di prestazioni. Quando invece si tratti di vari atti o di prestazioni che, pur protraendosi nel tempo, non sono fra loro scindibili, ma tendono ad un risultato finale (nel qual caso la prestazione è unica e può dirsi effettuata solo con la consegna dell'opera che ne costituisce il risultato), allora si dovrà aver riguardo al risultato finale e il credito potrà dirsi maturato solo a compimento dell'opera ed a tale momento ci si dovrà riferire per determinare la decorrenza degli ultimi due anni.

Nell'ambito delle prestazioni tra loro inscindibili si devono ricordare particolarmente quelle dell'avvocato, che - a differenza delle prestazioni del procuratore - devono essere valutate unitariamente fino al momento in cui terminano.

Ciò posto bisogna stabilire come opera la limitazione (quanto al privilegio) posta dall'art. 2751 bis, n. 2, c.c.

Sul punto, si sono formati due opposti orientamenti:

1) quello (restrittivo) che accorda il privilegio ai crediti per le sole prestazioni effettuate negli ultimi due anni di attività, e non anche a quelle

per le prestazioni compiute oltre il biennio, anche se i relativi crediti sono divenuti liquidi ed esigibili nel biennio (Cass. 28/01/1999, n. 748);

2) quello (estensivo) che estende il privilegio ai crediti derivati da prestazioni ultimate nel biennio e considerate unitariamente alla data del loro esaurimento (Cass. 22/01/1999, n. 569; Cass. 27/02/2001, n. 2838).

Nel caso di pluralità di incarichi autonomi espletati complessivamente in un periodo superiore al biennio, il privilegio va riconosciuto al credito per l'attività espletata, per ciascun incarico nel biennio.

È molto utile conoscere l'interessante e diligente analisi compiuta da Tribunale Milano 14/09/1970, n. 4686, in causa Bugani e. Fallimento Giannelli:

Dalla suddetta sentenza si ricavano i seguenti principi:

a) nell'ipotesi di rapporto professionale a carattere stabile, i compensi si ragguaglieranno a periodi di tempo determinato, restando coperto da privilegio l'ultimo biennio di prestazioni professionali;

b) nell'ipotesi di più incarichi distinti nel tempo, essi saranno valutati nella loro autonomia, al fine di accertare quale di essi sia stato compiuto prima del biennio (nel qual caso non sarà assistito da privilegio), quale entro il biennio (e quindi assistito da privilegio) e quale sia ancora in corso (con eventuale diritto di soddisfazione in prededuzione);

c) nell'ipotesi di incarico unico ed unitario, espletato in parte (o anche) prevalentemente oltre il biennio ed in parte nel biennio, è necessario indagare se l'unitarietà dell'incarico sia tale per la natura inscindibile delle prestazioni che sono state necessarie per realizzarlo, o sia invece il prodotto

di un processo di unificazione soggettiva di prestazioni autonomamente compiute e temporalmente distinte, come tali scindibili le une dalle altre e quindi separatamente valutabili, ai fini che ci interessano: e ciò perché il limite temporale di cui all'art. 2751 bis, n. 2, c. c. deve trovare applicazione, finché sia possibile e sia consentito dalla natura dell'incarico espletato.

All'uopo occorre il ricorso ad elementi estranei alla prestazione, i quali consentano una suddivisione della medesima in attività che si succedano nel tempo e quindi, se possibile, l'applicazione del limite temporale di cui all'art. 2751 bis, n. 2, c. c.

Tali elementi (per così dire interni) possono anzitutto:

1) rinvenirsi nel contratto (incarico professionale) il quale, pur unitariamente valutato nell'unicità del fine propostosi, si sia però formato attraverso successivi e diversi incarichi (ad esempio successivi e diversi mandati all'avvocato per diversi gradi di un processo o per processi diversi; direzione di lavori relativi a diversi piani di una costruzione realizzata in più riprese);

2) desumersi da eventi per così dire "esterni", i quali obiettivamente evidenzino l'esaurimento della prestazione; ad esempio una sentenza definitiva per l'avvocato, il collaudo per il tecnico, l'epoca di intervento per il sanitario ecc. In ipotesi di questo genere c'è sempre il rischio che, esaurita la precedente prestazione, la successiva sia affidata ad altro professionista; ne consegue che, nell'ipotesi di successivo incarico allo stesso professionista, data la compiutezza e l'esaurimento della precedente prestazione, non si può parlare di "unicità di incarico", complessivamente valutato nei suoi diversi momenti, bensì solo di unificazione soggettiva di prestazioni autonomamente compiute e temporalmente distinte (come tali scindibili le une dalle altre e, quindi, separatamente valutabili);

3) solo nell'ipotesi di assoluta mancanza di elementi interni (contrattuali) ed esterni che consentano, sia pure in via approssimativa, una ragionevole suddivisione del compenso allora (e solo allora) la retribuzione dovrà ritenersi dovuta per l'intero.

Il privilegio riguarda solo il credito per il compenso relativo all'opera prestata; esso, quindi, non va riconosciuto:

1. ai crediti del difensore distrattario, in quanto non fa valere il titolo nei confronti del proprio cliente, ma nei confronti della controparte, cui non è legato da rapporto alcuno (Cass. 29/03/1977 n. 1211; Cass. 25/05/1979 n. 3025);
2. al credito per rimborso spese (Cass. 06/08/1993 n. 8558);
3. al credito di rivalsa iva del professionista, che ha una sua autonoma e diversa collocazione ex art. 2758, II comma, c.c. (Cass. 26/03/1992 n. 3715);
4. al credito per il contributo per cassa previdenza e assistenza da versarsi da parte del professionista in percentuale sui compensi (ad eccezione di quello dei dottori commercialisti, per l'espressa previsione dell'art. 11 legge 29 gennaio 1986 n. 21);
5. al credito per spese di liquidazione della parcella da parte del consiglio dell'Ordine di appartenenza, trattandosi di voci estranee alla retribuzione, rese necessarie per documentare il proprio credito.

Ho già detto che il privilegio ex art. 2751 bis n. 2 c.c. riguarda i crediti da professionisti (cioè dei soggetti iscritti in albi professionali) e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale. Non sono compresi in questa ultima categoria:

1. agli **amministratori di società di capitali**, la cui opera non rientra nel concetto di opera intellettuale, avendo una sfera di attività assai più

ampia ed indeterminata, che consiste essenzialmente nell'organizzare i fattori della produzione (Cass. 14/09/1995 n. 9692; Cass. 20/02/2002 n. 2769), salvo che l'amministratore compia prestazioni professionali al di fuori del rapporto di amministrazione;

2. ai **liquidatori di società**, i cui crediti per compensi sono assistiti dal privilegio ex art. 2761 c.c., essendo essi equiparabili ai mandatari;
3. al **mediatore**, la cui attività, che consiste nel mettere in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, presenta i caratteri di attività materiale e non intellettuale.

Senonché, dopo la sentenza Corte Cost. n. 1 del 29 gennaio 1998, che ha dichiarata l'illegittimità costituzionale del n. 2 dell'art. 2751-bis, limitatamente alla parola "**intellettuale**" - sì che ogni corrispettivo di prestazioni d'opera rientranti nella previsione degli artt. 2222-2228 c.c. è ora assistito dal privilegio in questione - i crediti innanzi indicati andrebbero valutati anche sotto questa prospettiva.

Invece, l'art. 2751 bis n. 2 c.c. assiste i crediti per retribuzioni dei seguenti soggetti:

1. **sindaci di società**, che svolgono attività di prestatori d'opera intellettuale di controllo, vigilanza, accertamento contabile ed ispettivo (Cass. 11/04/1983 n. 2542)
2. **consulenti tecnici d'ufficio** e quelli di parte;
3. **spedizionieri doganali**, in quanto la loro attività è qualificabile come professionale, anche se esercitata sotto forma di impresa, mentre il credito dello spedizioniere c.d. puro concorre nel fallimento del mandante solo con il privilegio speciale di cui all'art. 2761, II comma, c.c. sulle cose (anche danaro) del mandante che lo spedizioniere mandatario detenga;

4. **autori di opere dell'ingegno;**
5. **attori e registi cinematografici**, al di fuori della eventuale configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato;
6. **redattore** di un giornale, allorquando non vi sia un rapporto di lavoro subordinato;
7. **commissario giudiziario** in caso di amministrazione controllata .

I crediti delle società professionali

Abbiamo visto che il credito del professionista ed in genere del prestatore d'opera intellettuale è assistito dal privilegio di cui all'art. 2751 bis, n. 2, c.c.

E da vedere ora se dello stesso privilegio goda anche il credito della società professionale a cui sia stato conferito un incarico da parte di un soggetto poi dichiarato fallito.

A questo punto è opportuno operare alcune distinzioni:

a) se un incarico professionale sia conferito ad *una pluralità di professionisti*, tanto disgiuntamente, quanto congiuntamente, ciascuno di essi stipula un distinto contratto con il cliente, seppure di contenuto identico ai contratti stipulati dagli altri colleghi, con la conseguenza che:

- 1) ciascun professionista è libero di accettare o meno l'incarico;
- 2) ciascuno di essi è libero di recedere dal contratto quando lo ritenga opportuno;
- 3) ciascuno di essi è libero di scegliere di eseguire l'opera e, conseguentemente, il credito di ciascuno di essi godrà del privilegio di cui all'art. 2751 bis, n. 2, c.c.;

b) se un incarico professionale è conferito a quelle unioni di professionisti che vanno sotto il nome di “*società di mezzi e di servizi*”, le quali non hanno come oggetto l'esercizio in comune della professione, con la creazione di un nuovo soggetto professionista, ma solo lo scopo di permettere ai professionisti che si associano di dividere le spese richieste dall'esercizio della professione, poiché l'affidamento dell'incarico va non allo “studio” in quanto tale, ma, congiuntamente o disgiuntamente, ai professionisti che in detto studio operano ed agiscono, il credito di ciascuno di essi sarà assistito dal privilegio di cui all'art. 2751 bis, n. 2, c.c.. in questo senso si esprime Trib. Milano 5 aprile 2007 Pres. Quatraro, Giudice est. Vitiello (in causa Associazione Professionale Studio Gismondi-Giannello contro fall. Geom Giovanni Corallo s.r.l.), il quale ha riconosciuto il privilegio ex art. 2715-bis n. 2 c.c. al credito della predetta Associazione, costituita da due commercialisti, che si avvaleva del lavoro di una collaboratrice a tempo parziale in regime di Co.co.co e con modesti costi connessi all'esercizio dell'attività professionale. Ad avviso del Tribunale l'Associazione aveva lo scopo esclusivo di “condividere le spese” dell'esercizio della professione e non di incrementare la protezione del singolo associato dal rischio lavorativo e la redditività economica dell'attività professionale;

c) nel caso, invece, di *società tra professionisti* che ha per oggetto l'esercizio di una determinata professione, con comunione di spese e di utili tra i soci e che all'esterno appare come “il professionista”, il contratto è unico, perché il cliente affida l'incarico ad un soggetto distinto dai singoli professionisti; ne consegue che il credito di questa società, non traendo origine da una prestazione formale, non è assistito dal privilegio ex art. 2751 bis n. 2 c.c. (Cass. 14/04/1992 n. 4549; Cass. 18/04/2000 n. 5002).

Cass. 14 aprile 1992, n. 4549 così motiva: (*omissis*).

“ Nella formulazione normativa del privilegio di cui all’art. 1751- bis, n. 2, c.c. non confluisce solo l’aspetto compensativo di un’attività di natura oggettivamente professionale, ma altresì, ed essenzialmente, l’aspetto “retributivo” di un’attività soggettivamente professionale. Indubbiamente non rientra nella previsione il compenso ad un professionista per un’attività non professionale, ma in essa non rientra neppure, nella sua letterale formulazione che fa espresso riferimento ai “professionisti” ed ai “prestatori di opera intellettuale”, un compenso per un’attività identica a quella integrante la professionalità, ma svolta da soggetto cui la qualifica di prestatore d’opera intellettuale, nelle forme delle professioni protette o non, non compete. Il grado altamente prioritario del privilegio generale sui beni mobili (integrato dalla collocazione sussidiaria sugli immobili); la collocazione, inoltre, in stretta connessione con le retribuzioni spettanti ai prestatori di lavoro subordinato, cui seguono immediatamente sia nella previsione dell’art. 2751-bis, c.c., sia nella graduatoria dell’art. 2777 c.c.; il dettato normativo, infine, che sia per il lavoro subordinato sia per il lavoro autonomo di natura intellettuale, intende privilegiare l’aspetto “retributivo” (tra le ipotesi dell’art. 2751- bis, solo per le fattispecie dei numeri 1 e 2 si parla espressamente di “retribuzioni”); tutte queste situazioni, giova ripetere, valutate nel loro coordinamento, individuano chiaramente che la volontà di legge si puntualizza sul fattore “lavoro” personalmente svolto e nella corrispettiva retribuzione. La causa del credito, pertanto, in virtù della quale il legislatore, in coerenza con la previsione generale dell’art. 2745 c.c., riconosce il privilegio al prestatore

d'opera intellettuale, deve essere individuata nel lavoro intellettuale personalmente svolto in forma autonoma e nel suo aspetto retributivo.

E' pur vero, come è stato rilevato in dottrina, che nella valutazione globale delle situazioni comprese nell'art. 2751-bis, quale emerge dall'art. 2 della legge n. 476 del 1975, il riferimento dell'attività lavorativa deve intendersi in senso lato, in termini analoghi a quello in cui è fatto nel libro quinto del codice civile, volta che vengono unitamente considerati sia crediti riguardanti retribuzioni, indennità, provvigioni, sia quelli relativi a corrispettivi dovuti per determinati servizi o per la vendita di prodotti da parte di imprenditori, come coltivatori diretti, di società e di enti cooperativi e di imprese artigiane, la cui attività è caratterizzata da una rilevante presenza del lavoro dell'imprenditore o del socio. Ciò non esclude, peraltro, che, nell'ambito delle singole ipotesi comprese nell'articolo, il significato del " lavoro" venga assunto in termini più puntuali. Tali sono, appunto, le ipotesi dei numeri 1 e 2 dell'art. 2751-bis, c.c., nelle quali il riferimento alla "retribuzione" non esprime solo la corrispettività di una prestazione latamente lavorativa, ma carica il "corrispettivo" di un significato non solo economico, ma altresì personale, quale remunerazione di una delle fondamentali espressioni della vita e nel contempo quale mezzo essenziale alle possibilità di esplicazione dell'autonoma attività intellettuale.

In quest'ambito, quindi, l'espressione dell'art. 2751-bis n.2 c.c. non solo fa riferimento essenziale al lavoro intellettuale del singolo, svolto in un rapporto autonomo, ma è incompatibile con l'estensione a situazioni ed attività, ancorché oggettivamente identiche, soggettivamente distinte, in cui il corrispettivo non sia solo la remunerazione del lavoro e delle spese organizzative essenziali al suo autonomo svolgimento, ma, unitariamente ed

indistintamente, corrispettivo di capitale. Ciò tanto è vero che quando il legislatore (nella L. N. 426 del 1975) intese estendere il privilegio (ancorché con collocazione deteriore) dell'art. 2751-bis a situazioni in cui la retribuzione del lavoro si unisse in qualche maniera alla remunerazione del capitale, ciò fece con disposizione espressa e delimitativa, riferita alle cooperative di produzione e di lavoro.

Da quanto ora esposto, infine, emerge il motivo per cui il corrispettivo dovuto alle società di revisione (anche a quelle con le caratteristiche strutturali idonee a comportarne l'iscrizione nell'albo tenuto dalla CONSOB), non ha natura essenzialmente retributiva, ma altresì remunerativa del capitale investito, ed in via di ipotesi investito anche da terzi privi di idoneità professionale, ciò al fine delle espresse previsioni dell'art. 2751-bis, n. 5, c.c. e senza che sussista criterio alcuno nella ripartizione del compenso tra retribuzione del lavoro professionale e remunerazione del capitale, che non siano le norme del contratto di società liberamente adottato. Né assume rilievo il fatto che la maggior parte dei soci debba avere idoneità professionale, non potendosi escludere che la maggioranza quantitativa del capitale appartenga a soggetti privi di detta idoneità che entrino nella combinazione societaria quali meri capitalisti.

In conclusione, si deve ritenere:

- 1) la disciplina testuale dell'art. 2751-bis, n. 2, c.c. ha riferimento esclusivo alla retribuzione del professionista, o prestatore d'opera intellettuale, individuale;*
- 2) è inammissibile l'integrazione analogica dell'art. 2751-bis, n. 2, come di tutte le norme costitutive di privilegi;*
- 3) non ha fondamento l'interpretazione estensiva dell'art. 2751-bis, n. 2, c.c. ad ipotesi di svolgimento di attività, oggettivamente identiche a*

quelle delle professioni intellettuali predette (revisione e certificazione dei bilanci), ma svolte da enti in cui la remunerazione del capitale e la retribuzione del lavoro si confondano, senza che l'aspetto retributivo emerga nella sua unicità e determinatezza, esulando tali ipotesi dalla causa attributiva del privilegio, secondo la generale previsione dell'art. 2745 c.c.”.

Nello stesso solco argomentativo si pone Cass. 18 aprile 2000, n. 5002, che così motiva:

“Al riguardo si osserva che dal collegamento delle norme contenute negli artt. 2741 e 2745 c.c. appare chiaro che il privilegio è una causa di prelazione accordata dalla legge in considerazione dello scopo pratico o della giustificazione socio-economica del credito, per cui costituendo le cause di prelazione singole deroghe al generale principio della par condicio creditorum, sancito dall'art. 2741 c.c., sono necessariamente previste da norme di natura eccezionale, come tali non suscettibili di interpretazione analogica.

Di conseguenza il privilegio previsto dall'art. 2751-bis, n. 2 c.c. non può essere esteso analogicamente al di là dei casi espressamente previsti dalla norma.

Rettamente quindi il Tribunale di Torino non ha ritenuto di applicare analogicamente il privilegio in esame ai corrispettivi dovuti alla società ricorrente, sul presupposto della non equiparabilità dei compensi dovuti al professionista, che operi personalmente, ai compensi dovuti a professionisti che operino sotto forma di società.

Qualora peraltro si volesse ritenere che l'espressione lessicale contenuta nell'art. 2751-bis, n. 2, c.c. non esprima a pieno l'effettiva volontà del legislatore, talché i compensi dovuti a società semplice, per l'attività

professionale prestata dai propri soci, dovrebbero ritenersi ricompresi nella norma in esame, in base ad un'interpretazione estensiva della norma stessa, va precisato che non risultano elementi che giustifichino tale interpretazione estensiva, se si considera che dall'art. 2751-bis, n.2, c.c. si evince chiaramente che la volontà del legislatore era ed è quella di garantire solo i compensi professionali spettanti al singolo professionista o prestatore di opera con esclusione di quei compensi che, sia pure in misura minima contengano remunerazione di capitale.

Ipotesi quest'ultima necessariamente ricorrente nei compensi dovuti a società, per l'espletamento della propria attività.

Nella formulazione normativa del privilegio in esame, infatti, non confluisce solo l'aspetto compensativo di un'attività di natura oggettivamente professionale, ma altresì, ed essenzialmente, l'aspetto "retributivo" di un'attività soggettivamente professionale.

Conferma tale conclusione proprio l'espressione "retribuzione" usata dal legislatore al n. 2 dell'art. 2751-bis c.c. identica, nella formulazione lessicale, all'espressione usata al n. 1, per identificare il credito dei prestatori di lavoro subordinato, per definizione soggetti fisici individuali.

Espressione che non si riscontra invece nelle ulteriori ipotesi previste sempre dall'art. 2751-bis c.c., nelle quali si fa riferimento alle provvigioni derivanti dal rapporto di agenzia e più genericamente ai crediti del coltivatore diretto, mezzadro, colono o soccidario e dell'impresa artigiana, con ciò restando accertato che la formulazione dell'art. 2751-bis, n. 2 c.c. risponde all'esatta volontà del legislatore e non consente quindi un'interpretazione estensiva della norma.

Il credito pertanto, protetto dal legislatore, con il privilegio generale sui beni mobili del debitore, va individuato solo nella "retribuzione" del

lavoro personalmente svolto, in forma autonoma, con esclusione di ogni possibilità di interpretazione analogica o estensiva della norma in esame.

Né vale a modificare le esposte conclusioni la considerazione, prospettata dalla società ricorrente, che è ipotizzabile che in determinati uffici professionali siano investiti capitali maggiori di quello costituente il capitale di una società semplice, posto che ciò che rileva non è l'ammontare del capitale investito ma la natura del compenso che, in riferimento all'art. 2751-bis, n. 2 c.c., deve remunerare esclusivamente la prestazione professionale, senza riferimento alcuno alla remunerazione del capitale.

In base alle argomentazioni svolte deve quindi escludersi ogni ipotesi di illegittimità costituzionale dell'art. 2751-bis, n. 2 c.c., stante la differenza esistente fra le società e la persona fisica ed altresì che il giudice di merito debba effettuare indagini al fine di accertare e distinguere il quantum remunerativo del capitale del quantum remunerativo delle prestazione professionale, posto che il compenso dovuto alla società costituisce un unicum che, solo arbitrariamente, potrebbe essere scisso. (omissis).

Se il privilegio di cui all'art. 2751 bis n. 2, assiste il credito per l'attività professionale svolta da un'associazione tra professionisti.

Dottrina e giurisprudenza oscillano tra una prevalente posizione rigorista (che nega il privilegio) ed altra che riconosce il privilegio se sussistono determinate condizioni (Bozza, Schiavon, Pavone).

La posizione rigorista è assolutamente prevalente in giurisprudenza (v. Tribunale Milano 10/10/2003 in causa Batini e Traverso contro Fall. Epaf; Tribunale Milano 29/06/2000 in causa Studio Legale Associato Cattaneo +

2 contro Fall. Italtea S.r.l.; Tribunale Como 15/02/2000, in Il Fall., 2001, p. 106).

Tribunale Milano 2000 così argomenta:

“Non vi è dubbio che i professionisti possano legittimamente associarsi per dividere le spese del proprio studio e gestire congiuntamente i proventi della propria attività; ciò, tuttavia, non vale a trasferire all’associazione professionale la titolarità del rapporto di prestazione d’opera (Cass. 21 marzo 1989, n. 1405), quanto meno con riferimento alla identità delle caratteristiche del rapporto”.

In particolare, uniformandosi alla propria precedente giurisprudenza, il Tribunale ritiene che il privilegio di cui all’art. 2751-bis, n. 2, c.c. non possa essere riconosciuto al credito degli studi professionali associati.

La norma sopra richiamata è stata introdotta dal legislatore nel 1975 per offrire maggiore tutela ai crediti derivanti dallo svolgimento di prestazioni di lavoro dei vari soggetti ivi contemplati. La complessiva articolazione del dettato legislativo, tenuto anche conto della graduazione interna alla varie ipotesi e delle differenziate limitazioni temporali previste, fa chiaramente intendere come l’ordinamento accordi maggiore tutela ai crediti aventi in senso lato natura retributiva - piuttosto che di profitto - ed in modo proporzionale alla riferibilità immediata e diretta della prestazione lavorativa al soggetto prestatore. Invero, la componente personale del lavoro si manifesta anche nelle artigiane, laddove la riferibilità del credito al lavoratore è mediata dall’esistenza di strutture giuridiche ulteriori alla mera soggettività di quest’ultimo, ma, non a caso, ciò determina una progressiva discesa nella scala gerarchica del privilegio.

In particolare, l’ipotesi pertinente alle prestazioni d’opera (un tempo solo intellettuale, poi estesa a qualunque rapporto d’opera in forza della sentenza

n. 1/98 della Corte Costituzionale), nel riconoscere privilegio generale alle competenze dei professionisti, si ispira all'esigenza di tutelare i crediti di origine professionale in funzione della natura soggettiva del creditore e limitatamente a quanto dovuto per l'esecuzione della sua personale prestazione lavorativa. Così, è pacifico che il credito di cui il professionista sia titolare per altra causa, ancorché connessa alla prestazione d'opera (ad esempio il credito per anticipazioni effettuate a favore del cliente), non goda dal privilegio. Che la personalità della prestazione costituisca il fondamento essenziale del privilegio emerge anche dal capo del codice che disciplina le professioni intellettuali e, in particolare, dall'art. 2232 c.c., il quale statuisce che *“il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto”*.

Ora, se è vero che lo svolgimento dell'attività di avvocato nel quadro di un'associazione professionale non vale a maturare la titolarità del rapporto rispetto al cliente - e comunque non elimina la connotazione personale e fiduciaria del rapporto medesimo - è altrettanto vero che tale situazione modifica profondamente il contesto economico ed organizzativo nel quale si svolge l'attività del professionista, non diversamente da come la costituzione di un'impresa artigiana differenzia la posizione del titolare da quella di un qualunque prestatore d'opera non imprenditore, pure restando identico il tipo di attività ed il rapporto con la clientela.

L'aspetto strutturale organizzativo è quello che propriamente rileva ai fini del privilegio e, nel caso dell'associazione professionale, esso comporta la sovrapposizione alla figura “debole” ed isolata del prestatore d'opera, dedito a ricavare reddito esclusivamente dalla propria forza lavoro, la superiore capacità di un organismo collettivo appositamente attrezzato, atto a sviluppare una mole di rapporti più robusta e larga, tale da incrementare

sia la protezione del singolo associato dal rischio lavorativo, sia la redditività economica.

Siffatta fisionomia soggettiva, palesemente diversa da quella immaginata e descritta al n. 2 dell'art. 2751-bis c.c., non pare meritevole della tutela di cui si discute ed è appena il caso di ricordare che le aree di privilegio vanno interpretate restrittivamente.

Se la *ratio* della tutela privilegiata del credito dovesse in qualche modo ravvisarsi anche in capo all'associazione professionale, non potrebbe comunque mantenersi al livello della previsione in commento, ma dovrebbe essere rivista e differenziata rispetto alla posizione del professionista non associato, collocandosi ad un livello inferiore nella scala gerarchica del privilegio. Una soluzione del genere, d'altra parte, volta a tratteggiare una nuova figura nell'ambito di un sistema "chiuso" com'è quello dei privilegi, non può giungere per via interpretativa, ma richiede l'intervento consapevole del legislatore.

Identico tessuto argomentativo e stessa decisione si riscontrano in Tribunale Milano 5 aprile 2007 che così argomenta.

“Il tema del presente giudizio è costituito dalla riconoscibilità del rango privilegiato, ex art. 2751-bis, n. 2, cod. civ., ai crediti derivanti da attività professionale svolta da uno studio associato.

L'attenzione va focalizzata sulla disposizione che il giudice delegato non ha ritenuto di applicare al caso di specie, e che è stata introdotta nel 1975 al fine di offrire tutela ai crediti derivanti dallo svolgimento di prestazioni di lavoro, latamente intese.

Il grado di tutela accordato dalla norma risulta evidentemente diversificato, sia perché è stata istituita una graduazione tra cinque distinte ipotesi (successivamente aumentate a sette, per effetto dell'introduzione

delle fattispecie di cui ai nn. 5 bis e ter) sia perché variamente articolata è l'estensione temporale della tutela privilegiata.

La struttura della norma esprime dunque il riconoscimento di una tutela più intensa ai crediti di natura strettamente retributiva piuttosto che lucrativa, ed è contrassegnata da un rapporto di diretta proporzionalità con la riferibilità immediata del rapporto al soggetto prestatore dell'attività lavorativa stessa.

Va infatti osservato che mentre l'intensità è massima dove la componente del lavoro personale è assoluta (ipotesi del n. 1 dell'articolo in esame), dove tale componente, pur rimanendo necessariamente presente, va attenuandosi perché tra la titolarità del credito e l'esecuzione materiale della prestazione si frappongono strutture giuridiche ulteriori (si vedano le ipotesi dell'impresa artigiana e delle cooperative), si verifica un'attenuazione della protezione accordata dal legislatore.

Considerando i compensi per prestazioni autonome di lavoro, si deve riservare adeguata considerazione alla collocazione dei relativi crediti del lavoratore subordinato, che precedono tutte le altre ipotesi nelle quali l'attività viene svolta in forma di impresa.

L'esigenza sottesa appare dunque quella di tutelare il credito del prestatore d'opera (intellettuale e manale) in relazione alla fisionomia soggettiva individuale del creditore.

Non è quindi sufficiente la considerazione del carattere personale della prestazione come caratteristica fondamentale del contratto d'opera intellettuale; quando l'attività professionale è esercitata nel contesto di uno studio associato ciò che viene a modificarsi è il contesto economico e organizzativo entro il quale l'attività di ciascun professionista viene a svolgersi, non dissimilmente da come la costituzione di un'impresa

artigiana differenzia la posizione del titolare dell'impresa stessa rispetto a quella di un prestatore d'opera non imprenditore, pur nel caso in cui sia identico il servizio prestato o il manufatto prodotto.

In altri termini, ciò che appare centrale ai fini del riconoscimento del rango privilegiato in oggetto è l'aspetto strutturale/organizzativo del soggetto, non solo quello qualitativo/quantitativo che definisce la prestazione in quanto tale.

Data tale prospettiva, non può essere obliterata la considerazione del fatto che l'associazione professionale costituisce un organismo collettivo che, consentendo una migliore efficienza e una più estesa e articolata possibilità di sviluppo dei rapporti con i clienti, è in grado di incrementare sia la protezione del singolo associato dal rischio lavorativo sia la redditività economica dell'attività.

Il fenomeno dell'associazione tra professionisti risulta dunque tratteggiare un'entità soggettiva non agevolmente assimilabile a quella che il legislatore ha inteso tutelare mediante l'introduzione del n. 2 dell'art. 2751-bis c.c.

Ricordato che il sistema non consente interpretazioni analogiche delle arre di privilegio, si giunge a concludere che non risulta possibile equiparare al credito del professionista non associato quello dell'associazione professionale o della società di professionisti, senza determinare un'inammissibile parificazione di tutela a favore di situazioni soggettive diseguali; l'eventuale riconoscimento dei presupposti di una tutela privilegiata del credito dell'associazione professionale sembra dunque rendere ineludibile un intervento legislativo apposito, che inserisca una esplicita previsione normativa introducendo un grado di protezione

proporzionato alle caratteristiche della fattispecie rispetto al resto del sistema dei privilegi.

Invece Tribunale Milano 18/11/2002 in causa Corti e Messina contro Fall. So.Di.Mer Milnao S.r.l., nega il privilegio al credito dell'associazione professionale, ma lo riconosce al credito dell'associato che dimostri che la prestazione professionale è stata resa da lui personalmente.

Il Tribunale così motiva la sua decisione:

(omissis)

<<Va sempre più diffondendosi il fenomeno delle associazioni professionali tra professionisti, in cui la medesima ratio della tutela privilegiata del credito si ravvisa non in capo all'associazione professionale, ma con riferimento al singolo professionista che ne fa parte.

Va, al riguardo, rilevato che l'esercizio della professione forense nel quadro di un'associazione professionale non vale a mutare l'individualità del rapporto del legale col cliente e comunque non elimina la connotazione personale e fiduciaria del rapporto medesimo.

In tal caso, ciò che rileva ai fini del riconoscimento del privilegio è la personalità della prestazione, ancorché svolta da soggetto inserito in un'entità soggettiva sostanzialmente diversa da quella immaginata dal legislatore al n. 2 dell'art. 2751-bis c.c.

Può, tuttavia, essere estesa la tutela di cui si discute al professionista facente parte di un'associazione professionale, solamente ove ricorrano alcune ben precise condizioni che vanno individuate:

- a) nell'affidamento personale del mandato al professionista;*
- b) nella titolarità del credito in capo al singolo professionista, anche se richiesto dallo studio associato (quale delegatario di pagamento);*

c) nella esclusione della natura di società commerciale dell'associazione-studio professionale.

Nel caso in cui la prestazione professionale sia stata conferita dal cliente personalmente al professionista, o congiuntamente o disgiuntamente a più professionisti che fanno parte dello studio associato o della associazione professionale, l'attività, svolta personalmente, è direttamente riconducibile al singolo professionista incaricato ed è dunque imputabile a persona fisica, indipendentemente dalla ripartizione degli utili che attiene ad un momento successivo e non altera la natura personale della prestazione intellettuale.

In tal caso va, conseguentemente, riconosciuto il privilegio, ove la richiesta di insinuazione al passivo sia fatta personalmente dal professionista, ancorché partecipante ad uno studio associato, indipendentemente dalla circostanza che l'associazione professionale abbia quale oggetto l'esercizio in comune della professione, con la creazione di un nuovo centro di imputazione di situazioni giuridiche, oppure abbia solo lo scopo di dividere le spese per l'esercizio della professione.

Anche la richiesta di pagamento effettuata direttamente dalla associazione non altera la natura personale dell'attività svolta, configurandosi solamente quale mera delegazione di pagamento da parte del professionista, titolare del credito.

In tal caso non viene meno la riferibilità delle singole prestazioni a ciascun professionista dell'associazione e la natura personale delle stesse.

Tale soluzione non contrasta con l'art. 2232 c.c. che prevede che "il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto", in quanto il privilegio verrebbe riconosciuto al singolo professionista anche se facente parte di un'associazione professionale e qualora, come già

evidenziato, l'incarico sia conferito personalmente allo stesso, sia pure nella qualità di partecipante alla associazione.

Va, invece, escluso il privilegio ex art. 2751-bis, n. 2, c.c. qualora il cliente affidi l'incarico non al singolo professionista, ma alla società o associazione, sia per una singola pratica che per una pluralità di servizi (c.d. "pacchetto di servizi"), incaricando, quindi, non il singolo professionista in base ad un rapporto fiduciario, ma l'associazione professionale, quale distinto soggetto giuridico che sarà libera, nei limiti del mandato ricevuto, di distribuire i singoli incarichi tra i suoi componenti.

Non deve, peraltro, ai fini del riconoscimento del privilegio, trattarsi di attività organizzata in forma di impresa.

Una società commerciale non potrebbe essere equiparata, ai fini del riconoscimento del privilegio, ad un professionista intellettuale o prestatore d'opera intellettuale, con conseguente esclusione del privilegio nei confronti delle società ove sia presente una struttura organizzativa aziendale ed il compenso del professionista assuma anche una funzione di "remunerazione" di un investimento di capitale e non di semplice "retribuzione", prevista, invece, dalla norma.

Va tuttavia sottolineato come nell'associazione professionale tra professionisti, tipica degli studi legali associati, si è, generalmente, in presenza non di un ente dotato di personalità giuridica ma di una mera titolarità di situazioni giuridiche in capo agli associati, anche se riferibili all'associazione.

L'assunzione di sostituti ed ausiliari, da parte della associazione non è sufficiente a configurare l'attività svolta quale attività di impresa, in quanto il comma 2 dell'art. 2238 c.c. prevede che "in ogni caso se l'esercente di

una professione intellettuale impiega sostituti ed ausiliari, si applicano” *le norme in tema di contratto di lavoro subordinato ed, analogicamente, tale normativa va estesa alle associazioni professionali, non vigendo alcun divieto di analogia e sussistendo la medesima “ratio legis”.*

Pertanto il privilegio ex art. 2751-bis, n. 2, c.c., va escluso nel caso in cui, pur essendo stato conferito l’incarico personalmente, sia individuabile un’attività di impresa svolta dalla società di professionisti o nel caso in cui non sia possibile imputare personalmente ai partecipanti dell’associazione l’attività di ciascun associato, apparendo la prestazione intellettuale il risultato composito della loro attività professionale, essendo necessario che la prestazione professionale sia riferibile ad attività professionale dei singoli professionisti, tutelando l’art. 2751-bis, n. 2, c.c. il credito in quanto provento di lavoro autonomo.

Nella fattispecie nessun elemento è stato fornito relativamente all’affidamento del mandato personalmente ai singoli professionisti, con conseguente carenza di prova della personalità della prestazione intellettuale da parte dei singoli avvocati, facenti parte dell’associazione professionale-studio associato, dovendosi, anzi, presumere l’affidamento dell’incarico allo studio associato, quale autonomo soggetto, distinto dai professionisti che ne fanno parte, in quanto le fatture prodotte a riprova del credito recano tutte, quale intestatario, lo studio associato e non il singolo avvocato.

Va, quindi, respinta l’opposizione e negato il riconoscimento del privilegio ai ricorrenti>>.

Il privilegio *ex art. 2751-bis, n. 2* è riconosciuto, sia pure con motivazione in parte diversa, da App. Milano 11 aprile 2005, in c. U. Tracanella c. fall. Officine Meccaniche Varinelli s.p.a., per la quale:

(omissis).

<< Dal collegamento tra le norme di cui agli artt. 2741 e 2745 c.c. si evince che il privilegio è una causa di prelazione accordata dalla legge in considerazione della causa del credito e, cioè, dello scopo pratico o della giustificazione socio-economica del credito stesso: l'oggetto e l'estensione del privilegio vanno pertanto determinati con riferimento alla causa del credito.

La causa del credito del privilegio riconosciuto al prestatore d'opera intellettuale dal disposto dell'art. 2751-bis, n. 2, c.c. va individuata nella tutela del compenso del lavoro personalmente svolto, in forma autonoma, dal singolo professionista o prestatore d'opera intellettuale (cfr. Cass. n. 5002 del 2000, Cass. n. 4549 del 1992, che attribuisce natura di "retribuzione" a tale compenso).

Come lo stesso Tribunale ha riconosciuto, il fatto che l'esercizio della professione forense avvenga nel quadro di un'associazione professionale non vale a mutare il principio della personalità della prestazione professionale del legale con il cliente, avendo la stessa rilevanza solo interna (cfr. Cass. n. 10942 del 1993).

La titolarità del rapporto di prestazione d'opera non viene quindi trasferita all'associazione professionale e non produce la perdita della legittimazione attiva e passiva dei singoli professionisti nei confronti del cliente (cfr. Cass. n. 1405 del 1989).

Dal permanere del carattere personale della prestazione del singolo professionista che operi nell'ambito di un'associazione professionale discende che al compenso spettante per tale prestazione deve essere riconosciuto il privilegio previsto dall'art. 2751-bis, n. 2, c.c.: non muta infatti la natura del credito del singolo professionista - che, come si è detto,

rappresenta la ratio della norma - che è costituito dal compenso per l'attività personalmente svolta dallo stesso.

Il Tribunale, per escludere la riconoscibilità del privilegio nella fattispecie, finisce per affermare che il fenomeno associativo esprime un'entità soggettiva sostanzialmente diversa da quella immaginata dal legislatore al n. 2 dell'art. 2751-bis, c.c. e che a tale entità non può essere estesa la tutela in oggetto, perché, "qualora la ratio della tutela privilegiata del credito dovesse in qualche modo ravvisarsi anche in capo all'associazione professionale, essa non potrebbe uguagliarsi a quella del professionista non associato senza esporsi a censura di costituzionalità". Ma, come si è detto, il credito per il compenso per l'attività professionale permane in capo al singolo professionista e non si trasferisce in capo all'associazione professionale>>.

Se il credito per diritti d'autore, sia assistito dal privilegio di cui all'art. 2751 bis, n. 2, c.c.

Com'è noto, i diritti d'autore costituiscono diritti di credito spettanti all'autore in corrispettivo del godimento che altro o altri soggetti abbiano avuto dall'opera dell'ingegno sulla quale l'autore, per effetto della creazione, ha acquisito un diritto originario, esclusivo ed assoluto *erga omnes*, sicché, con il pagamento dei diritti d'autore non viene retribuito il lavoro, ma il godimento dell'opera dell'ingegno da parte di un soggetto diverso dall'autore.

Ne consegue che a tali diritti non si applica il privilegio di cui dell'art. 2751 bis, n. 2, c.c., venendo ad essi riconosciuta natura chirografaria (così Tribunale Bologna 12/05/1998, Ken Richards contro fall. Editoriale Grosso

s.r.l.; Tribunale Genova 03/12/1990, SIAI contro fall. Soldout; Tribunale Genova 09/10/1990, SIAE c. fall. Soc Sviluppo Turistico Liguria).

Riconoscono invece il privilegio in questione, ritenendo i diritti d'autore il compenso per la prestazione di un'opera dell'ingegno: Tribunale Treviso 08/03/1997, in c. SIAE contro fall. Cecchin; Tribunale Catania 26/07/1993, in c. SIAE contro fall. Soc. Privitera; Tribunale Ravenna 20/11/1992, in causa SIAE c. fall. SOGECO; Tribunale Savona 28/05/1991 in SIAE c. fall. Telegallinara.

CAPITOLO XIV

LA VERIFICA DEI CREDITI DEGLI AGENTI

Com'è noto, il contratto di agenzia è destinato ad attuare - con carattere di *stabilità* (nel senso di un incarico riferito a tutti gli affari possibili con esso previsti) in un certo luogo ed in una determinata zona (Cass. 14/01/1985, n. 58) - una collaborazione professionale autonoma (consistente nella promozione, verso corrispettivo, della conclusione di affari fra preponente e terzi nell'ambito di una determinata zona), che si concreta in un risultato posto in essere dall'agente a proprio rischio, con l'obbligo naturale di osservare, oltre alle norme di correttezza e di lealtà, le istruzioni ricevute dal preponente (Cass. 05/01/1984, n. 35).

I diritti dell'Agente: la provvigione

Il primo diritto dell'agente (che costituisce l'elemento essenziale ed inderogabile del contratto di agenzia) è quello alla provvigione "*per tutti gli affari conclusi durante il contratto*", quando "*l'operazione è stata conclusa per effetto del suo intervento*" (art. 1748, 1° co. novellato).

Ed il secondo comma aggiunge che la provvigione spetta all'agente anche per gli affari conclusi dal preponente con terzi che l'agente aveva in precedenza acquisito come clienti, per affari dello stesso tipo o appartenenti alla zona o nella categoria o gruppo di clienti riservati all'agente, salvo che sia diversamente pattuito.

L'agente, pertanto, qualora sia stato stabilito il diritto di esclusiva (o meglio, essendo questo elemento naturale della fattispecie, quando non sia stato escluso) avrà diritto a percepire anche le c.d. *provvigioni indirette*.

Il diritto alle provvigioni viene poi riconosciuto dal legislatore a prescindere dai limiti individuati dalla zona, anche per gli affari conclusi dal preponente direttamente con clienti già acquisiti in precedenza dall'agente, anche al di fuori della zona assegnata.

Il momento in cui matura la provvigione

L'art. 1748 c.c. è stato radicalmente modificato dal d.lgs. 65/1999.

Il 1° co. del testo ante riforma stabiliva che "*l'agente ha diritto alla provvigione solo per gli affari che hanno avuto regolare esecuzione*"; quindi, per l'esigibilità del diritto erano richiesti:

- 1) l'esecuzione del contratto da parte del proponente (es.: invio della merce);
- 2) il relativo adempimento (pagamento) da parte del cliente.

Il 1° co. del novellato art. 1748 stabilisce che "*per tutti gli affari conclusi durante il contratto, l'agente ha diritto alla provvigione quando l'operazione si è conclusa per effetto del suo intervento*".

Il fatto genetico del diritto, non è più, dunque, il buon fine dell'affare, ma la "*conclusione*" (cioè la stipulazione del contratto) per effetto dell'intervento dell'agente.

La provvigione diventa esigibile dal momento e nella misura in, cui il preponente ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione in base al contratto concluso con il terzo, "*salvo che sia diversamente pattuito*" (art. 1748, 4° co., c.c.).

In caso di deroga pattizia, la provvigione spetta all'agente, al più tardi ed inderogabilmente, non oltre la data in cui il cliente ha eseguito la propria obbligazione o avrebbe dovuto eseguirla se il preponente avesse adempiuto all'obbligazione a suo carico.

Ai sensi dell'art. 1748, 5° comma, c.c., poi, se il preponente e il terzo si accordano per non dare in tutto o in parte esecuzione al contratto, l'agente ha diritto, per la parte ineseguita, ad una provvigione ridotta nella misura determinata dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità.

Allo stesso modo, l'agente non è tenuto a restituire (art. 1748, 6° comma, c.c.) le provvigioni riscosse quando il contratto tra preponente e terzo non abbia avuto esecuzione per cause imputabili al preponente stesso. È nullo, poi, ogni patto più sfavorevole all'agente.

Dal coordinamento delle disposizioni del 5° co. e del 4° co. dell'art. 1748 c.c., si ricava il seguente regime delle c.d. "*riduzioni provvigionali*":

- 1) se l'adempimento del terzo non è integrale e non sussiste dolo o colpa del preponente nella parziale esecuzione del contratto da parte del terzo, l'agente ha diritto alla provvigione ridotta, proporzionalmente alla parte eseguita;
- 2) se il proponente ed il terzo si accordano per un adempimento parziale, l'agente matura il diritto alla provvigione nella *misura* in cui il contratto ha avuto esecuzione ed il diritto alla provvigione ridotta per la parte rimasta ineseguita;
- 3) se le parti si accordano per lo scioglimento dell'intero contratto, l'agente ha diritto soltanto alla provvigione ridotta per l'affare da lui promosso.

Le provvigioni indirette

Il 2° co. del novellato art. 1748 c.c. dispone che *"la provvigione è dovuta anche per gli affari conclusi dal preponente con terzi che l'agente aveva in precedenza acquisito come clienti per affare dello stesso tipo o appartenenti alla zona o alla categoria o gruppo di clienti riservati all'agente, salvo che sia diversamente pattuito"*.

Quindi, il fatto genetico della provvigione indiretta è la conclusione da parte del preponente dell'affare con terzi già clienti dell'agente, in quanto appartenenti alla zona a lui riservata.

Per contro, non ha diritto alla provvigione indiretta l'agente rimasto inerte il quale, proprio per la sua inerzia, abbia determinato il preponente ad intervenire (cfr. Cass. 22/06/1991, n. 7062).

Il rimborso delle spese di agenzia

L'ultimo comma dell'art. 1748 c.c. stabilisce che *"l'agente non ha diritto al rimborso delle spese di agenzia,"* cioè di tutte le spese sostenute dall'agente per la promozione dei contratti (ad es. le spese di pubblicità, trasporto, corrispondenza, pernottamento ecc.).

Sono invece a carico del preponente, salvo diversa pattuizione contrattuale, quelle sostenute dall'agente per la conclusione dei contratti.

"Il patto contrario non potrà determinare il rimborso o concorso spese in forma percentuale" (art. 7, 6° co., AEC 19/12/1979, e 5, 1° co., AEC 24/06/1981).

La provvigione dopo la cessazione del rapporto

Il 2° co. dell'art. 1748 novellato dispone che l'agente ha diritto alla provvigione sugli affari conclusi dopo la data di scioglimento del contratto:

- 1) se la proposta è pervenuta al preponente o all'agente in data antecedente,
- 2) se gli affari sono conclusi entro un termine ragionevole dalla data di scioglimento del contratto, sempre che la conclusione dell'affare sia da ricondurre *prevalentemente* all'attività da lui svolta.

In tali casi la provvigione è dovuta solo all'agente precedente, salvo che, da specifiche circostanze, risulti equo ripartire la provvigione tra gli agenti intervenuti.

Trattandosi di norma imperativa, la pattuizione è nulla se sfavorevole all'agente.

Star del credere

La clausola dello star del credere, che deve essere pattuita espressamente e per iscritto tra le parti, ha la funzione di reintegrare il preponente delle perdite sui crediti non andati a buon fine. L'agente infatti ha come unico rischio imprenditoriale quello di non vedersi riconosciuta la provvigione, il preponente anche quello dell'insolvenza sulle vendite effettuate. Pertanto la clausola dello star del credere tende a tutelare il preponente da contratti "rischiosi" posti in essere dall'agente: il tutto, ovviamente, entro i rigorosi limiti stabiliti dal 3° comma dell'art. 1746 c.c.

L'indennità di scioglimento del contratto di agenzia

Il novellato art. 1751 dispone: *“All'atto della cessazione del rapporto il preponente è tenuto a corrispondere all'agente un'indennità se ricorrono le seguenti condizioni:*

- *L'agente abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente riceva ancora sostanziali vantaggi derivanti dagli affari con tali clienti;*
- *il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente perde e che risultano dagli affari con tali clienti.*

L'indennità non è dovuta:

- *quando il preponente risolve il contratto per un'inadempienza imputabile all'agente, la quale, per la sua gravità, non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto;*
- *quando l'agente recede dal contratto, a meno che il recesso sia giustificato da circostanze attribuibili al preponente o da circostanze attribuibili all'agente, qualità, infermità o malattia, per le quali non può più essergli ragionevolmente chiesta la prosecuzione dell'attività;*
- *quando, ai sensi di un accordo con il preponente, l'agente cede ad un terzo i diritti e gli obblighi che ha in virtù del contratto di agenzia.*

L'importo dell'indennità non può superare una cifra equivalente ad un'indennità annua calcolata sulla base della media annuale delle retribuzioni riscosse dall'agente negli ultimi cinque anni e, se il contratto

risale a meno di cinque anni, sulla media del periodo in questione.

La concessione dell'indennità non priva comunque l'agente del diritto all'eventuale risarcimento dei danni.

L'agente decade dal diritto all'indennità prevista dal presente articolo se, nel termine di un anno dallo scioglimento del rapporto, omette di comunicare al preponente l'intenzione di far valere i propri diritti.

Le disposizioni di cui al presente articolo sono inderogabili a svantaggio dell'agente.

L'indennità è dovuta anche se il rapporto cessa per morte dell'agente”.

Va opportunamente rilevato:

- che le condizioni *sub* 1) e 2) sono alternative e non cumulative tra loro;
- che l'indennità di cessazione del rapporto non può superare il limite fissato al terzo comma dell'art. 1751 c.c.;
- che la concessione dell'indennità in oggetto non priva comunque l'agente del diritto all'eventuale risarcimento dei danni per inadempimenti contrattuali del preponente;
- che le disposizioni dell'art. 1751 c.c. sono inderogabili a svantaggio dell'agente e quindi derogabili solo a suo vantaggio;
- che l'indennità di cessazione del rapporto di agenzia sembra aver caducato l'istituto dell'indennità suppletiva di clientela (così Bortolotti).

Perché dunque l'agente abbia diritto alla indennità di cessazione del rapporto, è necessario che ricorrano *congiuntamente* le seguenti tre condizioni: 1) che l'agente abbia procurato nuovi clienti al preponente, o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti; 2) che il preponente riceva ancora sostanziali vantaggi derivanti dagli affari con tali

clienti; 3) che il pagamento di tale indennità sia ritenuto equo (dal giudice), tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente perde e che risultano dagli affari con tali clienti. L'indennità di cessazione del rapporto assume insomma la configurazione di un compenso di natura "meritocratica", giacché il diritto al trattamento sorge soltanto nel caso di un effettivo incremento degli affari e della clientela del preponente dovuto all'opera dell'agente.

La legge non indica il o i parametri per quantificare l'indennità di cessazione del rapporto. Il novellato art. 1751, 3° co., c.c. nello stabilire che l'importo dell'indennità non può superare una somma corrispondente ad una annualità (calcolata sulla media provvigionale degli ultimi cinque anni) fissa soltanto il tetto massimo e non anche precisi parametri di quantificazione.

Pret. Milano, 17/12/1996, in *MGL* 1997, p. 717, propone che:

“Per il calcolo dell'indennità di cui all'art. 1751 c.c., si deve individuare anzitutto la clientela riconducibile all'opera dell'agente e determinare la percentuale del fatturato provvigionale accreditabile all'agente; rispetto a quest'ultima si procederà poi a determinare la frazione di anno, all'interno del limite massimo previsto dall'art. 1751, da prendersi in considerazione per il calcolo dell'indennità (nel caso di specie è stata riconosciuta una cifra pari al sessantacinque per cento delle provvigioni su sei mesi, pari cioè al trentadue virgola cinque per cento delle provvigioni annue).”

Le altre indennità previste dall'AEC

Gli accordi economici collettivi del 2002 (AEC 26/02/2002 settore commercio e AEC 20/03/2002 settore industria) propongono tre tipi di indennità:

1. Indennità di risoluzione del rapporto;
2. Indennità suppletiva di clientela;
3. Indennità meritocratica.

Con tali nuovi accordi collettivi viene eliminata ogni spettanza relativa all'indennità sostitutiva del preavviso, che, in ogni caso, non veniva ammessa nello stato passivo.

1) Indennità di risoluzione (FIRR)

Questa indennità viene riconosciuta all'agente in ogni caso, indipendentemente dalla causa che ha determinato lo scioglimento, anche qualora egli non abbia apportato alcun incremento in termini di clientela e/o fatturato ed anche quando il rapporto è cessato a causa del fallimento. Viene calcolata sulla base di percentuali applicate all'ammontare annuo delle provvigioni maturate e viene corrisposta dall'Enasarco in base alle quote accantonate dal preponente.

Nel caso in cui il preponente non abbia iscritto l'agente all'Enasarco o non abbia versato o abbia versato solo in parte i relativi importi all'Ente, i contributi possono essere richiesti dall'agente ed ammessi nello stato passivo in privilegio ex art. 2751-bis n. 3. (Cass. 10/04/1975 n. 1340; Cass. Sez. UU 25/09/1978 n. 4305; Cass. 08/07/1982 n. 4059). La legittimazione alla riscossione dei contributi deve ritenersi attualmente regolata come segue:

- a) nel corso del rapporto di agenzia, legittimato alla riscossione dei contributi non versati dal preponente è l'Enasarco;
- b) una volta risolto il rapporto, legittimato ad agire per il pagamento dei contributi non versati, che costituiscono l'indennità di risoluzione del rapporto spettante all'agente, è lo stesso agente, il quale, in caso di fallimento del preponente, dovrà insinuare il suo credito al passivo della procedura ed attendere il pagamento nei modi, nei tempi e secondo la disponibilità di questa. Se il mancato o inferiore versamento all'Enasarco dei contributi dovuti dal preponente, ha fatto perdere o ha ridotto il trattamento previdenziale spettante all'agente, questo può agire nei confronti del preponente al fine di ottenere il risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 1218 c.c. (Cass. 08/07/1982, n. 4059).

Se il credito per contributi dovuti all'Enasarco sia o non privilegiato

Il privilegio *ex art. 2753 c.c.* è riconosciuto in dottrina da Ruisi ed in giurisprudenza da Tribunale di Treviso 2/12/1982 (in causa Enasarco contro Fall. s.r.l. Errebi), da Tribunale di Torino, 18/10/1984 (in causa Enasarco – Sicmu s.a.s.), mentre è negato da Tribunale di Firenze, 22/03/1982, da App. Palermo, 23/02/1980, in *II fall.*, 1980 p. 946, da Tribunale di Milano, 21/04/1988 (in causa Enasarco c. fall. Koala s.r.l.).

La tesi che nega il privilegio è ampiamente sviluppata da Tribunale di Milano 21/04/1988 cit., il quale rileva che *“l'espressione “datore di lavoro” nell'art. 2753 c.c. inequivocabilmente si riferisce al soggetto attivo del rapporto di lavoro subordinato, non soltanto secondo il significato proprio delle parole, ma per espressa indicazione del legislatore che nel precedente*

art. 2751-bis c.c., disciplinando il privilegio del credito per retribuzioni, usa l'espressione "datore di lavoro" in riferimento al "prestatore di lavoro subordinato" cosicché resta esclusa la possibilità di attribuire altro significato all'espressione in esame, altro significato del resto precluso anche richiamandosi alle norme sul contratto di lavoro autonomo, dove il soggetto attivo è qualificato "committente" e sul contratto di agenzia, dove il soggetto attivo è qualificato preponente."

Indennità suppletiva di clientela

Questa indennità è dovuta, secondo i contratti collettivi di settore, nel momento in cui il contratto a tempo indeterminato viene risolto per un fatto non imputabile all'agente.

Tale indennità viene corrisposta all'agente direttamente dal preponente secondo delle percentuali applicate all'ammontare delle provvigioni spettanti all'agente per ciascun anno.

Nel caso di risoluzione del rapporto ante fallimento tale indennità viene riconosciuta in privilegio ex art. 2751 bis n. 3 qualora l'agente abbia procurato nuovi clienti al preponente, o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente riceva ancora vantaggi dagli affari con tali clienti, mentre non viene corrisposta nei casi di cui all'art. 1751 c. 2, c.c.

Nel caso di fallimento del preponente occorre ricordare che con il fallimento si verifica automaticamente lo scioglimento del contratto d'agenzia, dovendosi applicare per analogia l'art. 78 L.F. che prevede l'estinzione *ex lege*. L'indennità di clientela presuppone che il contratto si sciogla su iniziativa della casa mandante, da ciò si desume che, nel caso di

fallimento del preponente, tale indennità viene esclusa dallo stato passivo in quanto lo scioglimento automatico del contratto non è assimilabile ad un'iniziativa del mandante. A norma dell'art. 1751 l'indennità spetta nel caso in cui l'agente abbia incrementato il portafoglio clienti del mandante e questi ne riceva ancora dei benefici, pertanto nulla dovrebbe essere dovuto in caso di fallimento, non potendosi in questo caso verificare alcun vantaggio per il preponente.

Indennità meritocratica

Questa indennità è aggiuntiva rispetto alle precedenti in quanto viene corrisposta se l'agente ha procurato nuova clientela o ha incrementato gli affari con i clienti esistenti; viene determinata sulla base del valore annuo delle provvigioni ma non può eccedere la differenza tra l'ammontare massimo spettante in base all'art. 1751 co.3, c.c. e la somma delle indennità di risoluzione e suppletiva.

Viene riconosciuta in privilegio ex art. 2751 bis n. 3 nel caso di risoluzione del rapporto di agenzia ante fallimento, rispettando le condizioni di cui sopra.

Nel caso di risoluzione per intervenuto fallimento del preponente nulla dovrebbe essere dovuto, per il fatto che il sopraggiungere della procedura concorsuale impedisce un profitto futuro per il preponente.

Invece, l'indennità sostitutiva del preavviso (che ha natura meramente risarcitoria e non retributiva), così come anche tutti gli importi dovuti all'agente a titolo diverso da quello retributivo (es. l'indennità per il patto di non concorrenza ex art. 1751-bis, co. 2 c.c. vanno ammessi al chirografo.

Il privilegio che assiste i crediti degli agenti

L'art. 2751-bis n. 3 attribuisce privilegio generale mobiliare ai crediti riguardanti le provvigioni derivate dal rapporto di agenzia per l'ultimo anno di prestazione e le indennità dovute per la cessazione del rapporto medesimo.

Per quanto riguarda il periodo di delimitazione del privilegio, l'art. 2751-bis n. 3 c.c., introdotto con la L. n. 426 del 1975, concede il privilegio “*alle provvigioni per l'ultimo anno di prestazione*”; secondo la dottrina, quindi, poiché scopo dell'agente è la conclusione dei contratti, saranno privilegiate le provvigioni dovute per tutti i contratti promossi nell'ultimo anno di attività prima che cessasse il rapporto (Chesi, *Nuovo codice*), e non anche le provvigioni maturate nell'anno prima della cessazione del rapporto, su contratti promossi prima di tale anno.

La data da cui l'anno deve essere fatto decorrere è quella della cessazione del rapporto, cessazione che, in caso di rapporto di agenzia pendente alla data del fallimento del preponente, coincide con la data della sentenza di fallimento; ciò in quanto, secondo la prevalente - e preferibile - opinione, l'art. 78 legge fall., si applica analogicamente anche al contratto di agenzia. Il credito dell'agente beneficia della rivalutazione monetaria ex art. 429 co. 3 c.p.c. - ma solo fino alla data della dichiarazione di fallimento del preponente, ex art. 59 legge fall., non trattandosi di lavoro subordinato - oltre interessi (al privilegio: fino al giorno del deposito del piano di riparto che ne preveda il pagamento anche parzialmente).

Soggetti ai quali spetta il privilegio ex art. 2751 bis n. 3 c.c.

Nessun dubbio che il privilegio in esame spetti all'agente persona fisica.

Quid iuris per le società?

All'agente società di capitali è riconosciuto il privilegio da Cass. 15/06/2000 n. 8171 e da Corte Costituzionale 07/01/2000 n. 1 (rilevando che il privilegio deriva dalla natura del rapporto di agenzia e non dalla forma assunta dall'agente); è negato da Cass. 14/07/2000 n. 8114 e dalla prevalente giurisprudenza di merito (v. per tutte Tribunale di Milano 07/11/2000 in Il Fall. 2001, pag. 236) che nega il privilegio, stante la natura personale della prestazione dell'agente. Altra opinione, invece, nega il privilegio al credito delle società di capitali, riconoscendolo invece alle società di persone, ma solo se il lavoro sia prevalente sul capitale e cioè ove sia possibile *“accertare che la provvigione rappresenta obiettivamente il corrispettivo dell'opera prestata personalmente dai soci agenti e non anche il prezzo del risultato raggiunto in forza di particolare organizzazione di mezzi con finalità speculative.”*

In questo senso si esprime: Trib. Milano 27 giugno 2002 in **causa Tinto** s.a.s. c/ fallimento Officine Meccaniche Varinelli S.p.a. che così motiva:

“Si ritiene, al riguardo, che non sussista diversità causale tra i crediti direttamente tutelati dal legislatore (persone fisiche) e i crediti, per la stessa causale, riconducibili alle società di persone, la cui attività è svolta personalmente dai singoli soci e, similmente per quanto avviene per le persone fisiche, è destinata a soddisfare le esigenze di sostentamento dei lavoratori, anche se costituiti sotto forma di società di persone.

Va conseguentemente, esteso il privilegio, ai sensi dell'art. 2751-bis n. 3 c.c., alle prestazioni rese da società di persone, escludendolo,

invece, per le società di capitali, in base alla "ratio" della norma che riconosce il privilegio, indipendentemente dalla qualifica di lavoratore subordinato o autonomo, al solo soggetto che lavora per il reperimento dei mezzi di sostentamento per sé e per la propria famiglia, estendendo lo stesso trattamento di favore, previsto per i lavoratori dipendenti, anche agli agenti di commercio, stanti le analogie riscontrabili nelle modalità di esecuzione del rapporto, svolto da entrambe le categorie in forma individuale, sia per la natura del compenso che costituisce remunerazione del lavoro personalmente svolto, anche ove i lavoratori abbiano costituito una società di persone. Deve ritenersi anche privilegiato il credito dell'agente anche se non iscritto al ruolo."

Il privilegio di cui all'art. 2751 bis n. 3 c.c. non spetta ai crediti:

- a) del procacciatore d'affari;
- b) del mandatario o del commissionario (ai quali spetta invece il privilegio di cui all'art. 2761 c.c. (13° mobiliare));
- c) di quelle agenzie (ad esempio di affari, di trasporto, cambio, viaggi, pubblicità ecc...) che in realtà sono imprese autonome che operano senza alcun vincolo di stabilità o di esclusiva;
- d) del mediatore (il cui credito ha natura chirografaria).

CAPITOLO XV I CREDITI DEGLI ARTIGIANI

L'art. 2751-bis n.5 dispone che i crediti dell'impresa artigiana e delle società od enti cooperativi di produzione e di lavoro, per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti, abbiano privilegio generale sui beni mobili del debitore. L'art. 2777 c.c., relativo all'ordine dei privilegi, colloca i crediti delle imprese artigiane dopo le spese di giustizia e dopo i crediti di cui ai numeri da 1 a 3 dell'art. 2751-bis, ma davanti ad ogni altro credito.

Il primo problema che l'articolo pone concerne le caratteristiche che deve avere l'impresa artigiana per godere del privilegio in questione.

Su questo problema si sono formate due contrapposte opinioni.

a) La prima ritiene che abbia diritto al privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 5 l'impresa che abbia i requisiti fissati dalla legge n. 443/1985 (c.d. legge quadro sull'artigianato) e non quella che sia tale ai sensi dell'art. 2083 c.c..

Secondo questa opinione per godere del privilegio, l'imprenditore deve provare ed il Giudice Delegato riconoscere:

- 1) che il credito insinuato sia il corrispettivo della prestazione di un servizio o della vendita di un manufatto.
- 2) che l'impresa artigiana abbia i requisiti qualitativi e dimensionali per essere qualificata tale e, cioè:

- che l'impresa sia costituita in una delle forme previste dal modificato art. 3;
- che il lavoro svolto dall'artigiano nell'impresa sia rivolto in misura prevalente al processo produttivo, e solo in misura marginale ad attività amministrative e dirigenziali; in caso di impresa collettiva, la prevalenza

del lavoro personale deve essere della maggioranza dei soci o di uno, se la società è formata da due soci; se si tratta di società a responsabilità unipersonale o di accomandita semplice, che il socio unico o i soci accomandatari abbiano i requisiti indicati dall'art. 2 e non siano soci in altre società di questo tipo;

- che il lavoro del titolare o della maggioranza dei soci sia anche manuale, in modo da dare l'impronta al bene prodotto o al servizio reso;
- che il fattore lavoro, globalmente considerato, sia preminente sul capitale investito;
- che l'impresa, oltre ad avere per oggetto una delle attività previste dalla legge, non superi i limiti dimensionali dalla stessa indicati e che, pur rientrando essa in tali limiti (perché se li supera il problema viene meno in radice), sia possibile all'imprenditore di dirigere personalmente i dipendenti, tenuto conto del numero degli addetti e delle modalità di lavorazione.

Solo ove sia stata fornita la dimostrazione - che compete all'imprenditore interessato (cui spetta, appunto, l'onere della prova del credito e del privilegio richiesto) tramite bilanci, conti economici, dichiarazioni IVA, dichiarazioni IRPEF, IRPEG ecc. - della ricorrenza di tutte le condizioni di cui sopra, nel significato spiegato, l'impresa deve essere considerata artigiana e i suoi crediti sono beneficiari del privilegio mobiliare di cui all'art. 2751-bis n. 5 c.c. (così, per tutti, G. BOZZA).

b) La seconda opinione ritiene, invece, che tanto per l'attribuzione della qualità di impresa artigiana, quanto per l'attribuzione del privilegio ex art. 2751-bis n. 5, bisogna far riferimento all'art. 2083 c.c., cioè alla figura del

piccolo imprenditore, connotata dalla prevalenza del lavoro proprio ed altrui, sul capitale investito nell'impresa.

Questa opinione è stata di recente condivisa da Cass. 27/07/1999, n. 7366 (in *Giust. Civ.* 1999,1, p. 799) per la quale: *“in tema di impresa artigiana, il coordinamento tra la disciplina codicistica e quella contenuta nella legge speciale (l. 8/08/1985, n. 443) deve essere realizzato (tenuto conto che, alla luce delle rispettive normative, una impresa può avere i requisiti previsti dalla l. n. 443/1985 e non essere tuttavia conforme al modello delineato dall'art. 2083 c.c.), ritenendo che i criteri richiesti dall'art. 2083 c.c., ed in genere dal codice civile, valgano per l'identificazione dell'impresa artigiana nei rapporti interprivati, mentre quelli posti dalla legge speciale siano, invece, necessari per fruire delle provvidenze previste dalla legislazione (regionale) di sostegno, con la conseguenza che l'iscrizione all'albo di una impresa artigiana, legittimamente effettuata ai sensi dell'art. 5 della ricordata L. n. 443 del 1985, pur avendo natura costitutiva, nei limiti sopra indicati, non spiega alcuna influenza ex se, ai fini dell'applicazione dell'art. 2751-bis n. 5 c.c., dettato in tema di privilegi dovendosi, a tal fine, ricavare la relativa nozione alla luce dei criteri fissati, in via generale, dall'art. 2083 c.c..”*

Il privilegio afferente i crediti delle cooperative di produzione e di lavoro

La seconda parte dell'art. 2751-bis, n. 5 c.c. attribuisce lo stesso privilegio artigiano ai crediti *“della società ed enti cooperativi di produzione e di lavoro per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti.”*

Secondo l'opinione assolutamente prevalente il privilegio in esame va riconosciuto alle sole cooperative di cui agli artt. 12-14 e 23 del d.Lgs. C.p.S. 14/12/1947, n. 1577 (c.d. Legge Basevi), come modificato dall'art. 14 della l. n. 59/1992.

Queste sono composte esclusivamente da lavoratori che esercitano l'arte o il mestiere corrispondenti alle specialità delle cooperative di cui fanno parte o affini, nonché da elementi tecnici ed amministrativi nel numero strettamente necessario al loro buon funzionamento.

Secondo il S.C. (Cass. 07/04/1997, n. 2984) *“i requisiti essenziali perché una cooperativa di produzione e lavoro goda del privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 5 c.c. sono, per un verso, correlati alla effettività e pertinenza professionale del lavoro dei soci, e, per altro verso, alla prevalenza del lavoro di questi ultimi rispetto a quello dei non soci; tali requisiti sono ricavabili, oltre che dall'art. 23 d.Lgs. C.p.S. n. 1577 del 1947, anche dalla genesi normativa dell'art. 2751-bis n. 5 c.c. e dalla natura dei crediti assistiti dal privilegio, che, per essere relativi esclusivamente alla vendita dei manufatti e alla somministrazione dei servizi, appaiono strettamente correlati al lavoro personale e diretto dei soci. Ne consegue che non tutti gli enti qualificabili come cooperativi a fini fiscali e previdenziali possono ritenersi ammessi al beneficio del credito, e che, ai fini del beneficio mobiliare, non è necessario il ricorso a parametri diversi da quelli relativi all'apporto lavorativo dei soci, e collegati invece a canoni dimensionali o funzionali, ovvero a comparazioni, di difficile effettuazione, tra lavoro e capitale investito”*.

Il privilegio in esame non va riconosciuto:

- 1) ai crediti delle società cooperative aventi ad oggetto la trasformazione e la vendita dei prodotti agricoli, nelle quali i soci si

limitano a conferire il prodotto da trasformare (Tribunale di Reggio Emilia, 21/11/ 1980, in *Giur. comm.* 1982, II, p. 141);

2) al credito per corrispettivo di un contratto d'appalto per la costruzione di fabbricati (Cass. 21/10/1980, n. 5640); Cass. 14/01/1995, n. 430);

3) al credito per forniture vantato da una cooperativa agricola di trasformazione nella quale i soci non prestino alcuna attività di lavoro, ma si limitino a conferire il prodotto da trasformare (App. Roma, 30 aprile 1981, in *Giur. Comm.* 1982, II, p. 141); ai fini della prova del diritto al riconoscimento del privilegio in esame, è sufficiente la produzione, da parte della società creditrice, dello statuto sociale dal quale però risulti che i soci svolgono in essa una attività lavorativa, esercitando un mestiere corrispondente all'oggetto sociale (App. Bologna, 12/05/1981, in *Giur. Comm.* 1982, II, p. 141), mentre è irrilevante la mancata iscrizione nel registro prefettizio.

Ai fini del riconoscimento del privilegio *ex art. 2751-bis n. 5) c.c.*, l'iscrizione del creditore all'albo *ex art. 2512 co 2.º c.c.* ha solo valore di presunzione semplice - non già natura costitutiva - e il Giudice deve comunque accertare l'effettivo possesso dei requisiti di legge da parte del soggetto iscritto, in particolare la prevalenza del lavoro della maggioranza dei soci e la preminenza del lavoro sul capitale.

II privilegio afferente i crediti delle società cooperative agricole ed i loro consorzi per i corrispettivi della vendita dei prodotti

L'art. 18 della l. n. 59/1992 ha introdotto nell'art. 2751-bis c.c un numero 5 bis) che riconosce alle cooperative agricole una nuova forma di privilegio, con ambito di applicazione autonomo rispetto al precedente numero 5, che

prescinde dalla presenza del requisito della prevalenza dell'opera dei soci rispetto al capitale investito. L'unica condizione cui soggiace il privilegio è la verifica del fatto che i crediti, per i quali si richiede detto privilegio, siano relativi a cessione dei prodotti che i consorzi abbiano ricevuto dalle cooperative agricole consorziate, per essere messi in commercio, ovvero dei quali i consorzi abbiano curato la trasformazione.

Nel richiedere l'ammissione al passivo e il riconoscimento del privilegio *ex* art. 2751-bis n. 5-bis c.c., la cooperativa agricola che vanti crediti nei confronti di un soggetto fallito dovrà allegare alla propria istanza la seguente documentazione:

1. certificato di iscrizione all'albo *ex* art. 2512 co. 2 c.c.;
2. copia dei bilanci sociali degli ultimi 2 anni, nelle cui note integrative gli amministratori e i sindaci documentano l'effettivo svolgimento di attività agraria, da parte dell'impresa, nonché, a norma dell'art. 2513 c.c., la condizione di prevalenza della mutualità e, in particolare, il rapporto tra lavoratori cooperatori e lavoratori esterni, in termini quantitativi e di valore delle remunerazioni;
3. copia delle dichiarazioni fiscali degli ultimi 2 anni della società;
4. copia della relazione annuale sul carattere mutualistico della cooperativa, redatta a norma dell'art. 2545 c.c., nella quale gli amministratori e i sindaci indicano i criteri seguiti nella gestione sociale per il conseguimento dello scopo mutualistico;
5. copia dello statuto sociale (art. 2521 n. 3 c.c.), per accertare con precisione l'oggetto sociale;
6. fatture e qualsiasi altro documento atto a comprovare l'esistenza del credito e ad indicare che i crediti insinuati derivano effettivamente da corrispettivi di vendita dei prodotti.

Ai fini del riconoscimento del privilegio ex art. 2751-bis n. 5-bis c.c., l'indagine deve essere principalmente indirizzata alla verifica dell'effettivo svolgimento di un'attività agraria, da parte dell'impresa istante.

Sono irrilevanti, ai fini dell'esistenza del privilegio, la dimensione quantitativa e la struttura organizzativa dell'impresa, avendo l'art. 2751-bis n. 5-bis c.c. sostituito, al criterio della tutela del lavoro dei soci, quello oggettivo derivante dalla natura del credito, in tal modo agevolando indistintamente tutte le cooperative e i consorzi esercenti attività agricole e prescindendo dall'apporto lavorativo dei soci (Cass. 29.3.01, n. 4585). Condizioni per il riconoscimento del privilegio delle cooperative agricole e dei loro consorzi sono l'iscrizione all'albo ex art. 2512 co. 2 c.c., la prevalenza dell'apporto dei prodotti dei soci, rispetto agli acquisti da terzi, prescindendo dal concorso di altri fattori di produzione (lavoro altrui, capitale), potendo anche mancare del tutto la partecipazione diretta dei soci all'attività lavorativa dell'ente, e l'appartenenza dei soci, in prevalenza, a categorie di soggetti che a loro volta godrebbero del privilegio, secondo i criteri di attribuzione propri di ciascuna categoria (Tribunale di Padova 09/05/2001).

Per il riconoscimento della collocazione privilegiata al credito di una società cooperativa agricola, occorre inoltre che questa, nella domanda di insinuazione al passivo, produca valida documentazione, quale il proprio statuto, al fine di verificare l'effettiva qualità mutualistica della società e la sua effettiva costituzione in forma di cooperativa o di consorzio tra cooperative (Tribunale di Roma, 11/11/1999). Il privilegio generale sui mobili di cui al n. 5-bis dell'art. 2751-bis c.c., si colloca - vista, tra l'altro, la scelta del numero 5-bis anziché 6 - nello stesso grado del n. 5 del medesimo articolo (crediti dell'impresa artigiana e delle cooperative di produzione

agricola), avendo il legislatore inteso superare la pregressa distinzione tra cooperative agricole di produzione e lavoro in agricoltura e cooperative agricole per la trasformazione dei prodotti costituite fra imprenditori agricoli, omettendo, intenzionalmente, di provvedere alla collocazione del nuovo privilegio, con integrazione dell'art. 2777 c.c.(Cass. 10/07/1998, n. 6704).

I crediti delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo (agenzie di somministrazione di lavoro)

Il n. 5-ter dell'art. 2751-bis c.c., introdotto dall'art. 117 co. 2 L. 23.12.00 n. 388 (legge finanziaria 2001), ha esteso il privilegio generale sui beni mobili a crediti per oneri retributivi e previdenziali, addebitati alle imprese utilizzatrici e da queste non rimborsate alle imprese fornitrici di lavoro temporaneo di cui alla L. 24.6.97 n. 196, oggi sostituite, a norma dell'art. 86 co. 4 d.Lgs. 10.9.03 n. 276 di attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla L. 14.2.03 n. 30, dalle agenzie di somministrazione di lavoro.

Nel richiedere l'ammissione al passivo e il riconoscimento del privilegio ex art. 2751-bis n. 5-ter c.c., l'impresa di somministrazione di manodopera che vanta crediti nei confronti di un'impresa utilizzatrice fallita dovrà allegare alla propria istanza la seguente documentazione:

1. contratto di somministrazione di manodopera, stipulato in forma scritta e contenente gli elementi di cui all'art. 21 d.Lgs. n. 276/03, che caratterizzano lo specifico rapporto di lavoro richiesto dall'impresa utilizzatrice;

2. estremi dell'autorizzazione alla somministrazione di lavoro rilasciata al somministratore, a norma dell'art. 4 d.Lgs. n. 276/03;

3. fatture e ogni altro documento idoneo a comprovare l'esistenza del credito.

Ai fini del riconoscimento del privilegio ex art. 2751-bis n. 5-ter c.c., l'indagine deve essere principalmente indirizzata all'individuazione - nell'ambito del corrispettivo complessivo dovuto all'impresa fornitrice - dei soli crediti per riaddebiti dei costi realmente sostenuti per contributi e retribuzioni pagate ai dipendenti, che devono essere mantenuti distinti dai ricavi convenuti contrattualmente e dovuti dalla società utilizzatrice fallita alla società fornitrice, quali remunerazioni dei servizi resi.

La preferenza prevista dal n. 5-ter dell'art. 2751-bis c.c. si estende, infatti, ai soli crediti per retribuzioni e oneri addebitati al soggetto utilizzatore della prestazione e non anche al cosiddetto ricarico - il margine di guadagno che rappresenta la componente lucrativa dell'impresa fornitrice - che, come tale, non merita la tutela prevista dall'art. 2751 bis c.c. Il privilegio generale sui mobili di cui al n. 5-ter dell'art. 2751-bis c.c. si colloca - vista, tra l'altro, la scelta del numero 5-ter, anziché 6 - nello stesso grado del n. 5 del medesimo articolo (crediti dell'impresa artigiana e delle cooperative di produzione agricola), avendo il legislatore intenzionalmente omissivo di provvedere alla collocazione del nuovo privilegio, con integrazione dell'art. 2777 c.c.

CAPITOLO XVI

LA VERIFICA DEI CREDITI PREVIDENZIALI

L'art. 2753 c.c. stabilisce che hanno privilegio generale - che l'art. 2778 c.c. colloca al grado primo - sui mobili del datore di lavoro, i crediti derivanti dal mancato versamento dei contributi ad istituti, enti o fondi speciali, compresi quelli sostitutivi o integrativi che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti. La normativa sui privilegi in materia è completata dall'art. 2754 c.c. che, in via residuale, attribuisce un privilegio generale - che l'art. 2778 c.c. colloca al grado ottavo sui mobili del datore di lavoro - ai crediti per i contributi dovuti ad istituti od enti per forme di tutela previdenziale ed assistenziale diversa dall'assicurazione per invalidità, vecchiaia e superstiti, nonché agli accessori, limitatamente al 50 per cento del loro ammontare, relativi a tali crediti e a quelli indicati nell'articolo precedente.

Crediti con collocazione in primo grado

Il privilegio di cui all'art. 2753 assiste i crediti per contributi dovuti per l'assicurazione obbligatoria per invalidità, inabilità vecchiaia e superstiti, normalmente gestita dall'INPS. La tutela per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti provvede alla liberazione dal bisogno che deriva da eventi ineluttabili per tutti i soggetti protetti, come la morte o la vecchiaia, o da eventi, quali l'invalidità o l'inabilità, non connessi con il lavoro, il fondamento di tale tutela risiede, quindi, *"nell'interesse pubblico a che vengano garantiti ad ogni cittadino i mezzi necessari per consentire l'effettivo godimento dei diritti civili e politici, tutte le volte che si verifichi*

una situazione di bisogno a cagione dell'età dello stato di invalidità o della morte del lavoratore".

Alle stesse finalità risponde l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, affidata alla gestione dell'INAIL e il cui onere è posto interamente a carico dei datori di lavoro. I rischi coperti dall'assicurazione sono quelli derivanti dall'infortunio sul lavoro e da malattie professionali. In conclusione, i crediti che godono del privilegio di primo grado sono quelli derivanti dall'omesso versamento dei contributi (e solo per la parte relativa ai contributi non versati) dovuti per l'assicurazione per invalidità, vecchiaia e superstiti, gestita, per la maggior parte dei casi, dall'INPS, e, per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, gestita in prevalenza dall'INAIL.

I crediti con collocazione in ottavo grado

Per il combinato disposto degli artt. 2754 e 2778 n. 8 c.c., trovano collocazione in ottavo grado tutti i crediti contributivi per forme di tutela previdenziale e assistenziale diverse dall'assicurazione contro l'invalidità, vecchiaia e superstiti (rientranti nella previsione dell'art. 2753) e dall'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (i cui premi, sebbene rientranti nella previsione di cui all'art. 2754, sono stati spostati dalla l. n. 389/1989 al primo grado, come visto).

Dato il valore residuale che assume la norma di cui all'art. 2754, tutti i crediti degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie che trovano la loro causa nei contributi dovuti per le varie forme di assicurazioni sociali, diverse da quelle indicate nell'art. 2753, godono, quindi, del privilegio generale di grado ottavo.

Queste assicurazioni sono, principalmente, quelle relative alle malattie, alla tubercolosi, alla disoccupazione involontaria, alla maternità, quelle relative alla cassa integrazione guadagni, alla cassa per il trattamento di richiamo alle armi degli impiegati privati, al fondo integrazione per le assicurazioni sociali, al fondo di solidarietà civile, alla cassa unica per gli assegni familiari ed altre, gestite dall'INPS o affidate ad altri enti, quali l'INPDAP, l'ENAOLI, la CNAIAF, l'ENASARCO, l'ENPALS, ecc.

I crediti per accessori

L'art. 2754 c.c. dispone che gli accessori relativi ai crediti per omesso versamento dei contributi dovuti per le forme assicurative indicate nello stesso articolo e in quello precedente (sostanzialmente tutti i contributi previdenziali ed assistenziali) sono assistiti da privilegio generale "*limitatamente al 50 per cento del loro ammontare*"; a sua volta l'art. 2778 c.c., nell'indicare la graduatoria dei privilegi, ribadisce espressamente, al n. 8, la collocazione in tale posizione, oltre che dei crediti per contributi di cui all'art. 2754, dei crediti per detti accessori, limitatamente al 50 per cento del loro ammontare, dal che si deduce chiaramente che il restante 50 per cento del credito per accessori non gode di alcun privilegio e trova collocazione chirografaria.

Individuazione degli accessori. — Sanzioni civili.

La giurisprudenza di merito e quella del Supremo Collegio si sono consolidate sui seguenti principi:

- 1) le sanzioni civili costituiscono un obbligo che sorge *ipso iure* per il fatto stesso dell'inadempienza;
- 2) sono di ammontare fisso, stabilito tassativamente dal legislatore in un importo esattamente pari a quello dei contributi omessi o tardivamente versati;
- 3) hanno natura esclusivamente civile di obbligazione nascente direttamente dalla legge (non da contratto), per effetto dell'omesso o anche solo ritardato versamento dei contributi;
- 4) hanno una duplice finalità:
 - a) di rafforzare l'obbligazione principale (e cioè quella di versare i contributi);
 - b) di risarcire - in misura predeterminata dalla legge con presunzione *iuris et de jure* - il danno che deriva all'istituto per il mancato o ritardato versamento dei contributi rispetto ai termini fissati dalla legge (in tal senso Cass. 12/03/1965, n. 888, in Prev. soc., 1966, p. 221; Cass. 03/01/1966, n. 25, in Mass. Foro it., 1966, p. 10; Cass. 26/01/1972, n. 179).

Se siano dovute le sanzioni civili per le omissioni contributive il cui termine di adempimento scade successivamente alla dichiarazione di fallimento

Qualora il termine per l'adempimento delle obbligazioni contributive scada il medesimo giorno della sentenza dichiarativa di fallimento, o in data successiva, la prevalente giurisprudenza di merito (Tribunale di Genova, 18/03/1978, in Fallimento, 1980, p. 128; Trib. Milano, 05/04/1982, INPS c. Fall. Barbato s.p.a., non edita) con l'avallo del Supremo Collegio (Cass.

04/10/1982, n. 5076, in Foro it. 1982,1, cc. 3028 ss.; Cass. 404/07/1981, n. 4376, in Giur. comm., 1981, II, 885 e in Fallimento, 1982, p. 62) ha ritenuto inapplicabile la sanzione civile, per difetto del suo presupposto fondamentale costituito dall'inadempimento.

Interessi

Il consolidato orientamento della S.C. escludeva gli interessi dalla prelazione di cui all'art. 2754 c.c..

L'esclusione non è più consentita a seguito della sentenza 28/05/2001, n. 162, della Corte costituzionale per la quale:

“È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 cost., l'art. 54, comma 3, r.d. 16 marzo 1942 n. 267, nella parte in cui non richiama, ai fini dell'estensione del diritto di prelazione agli interessi, l'art. 2749 c.c. In quanto tale norma, senza alcuna ragione giustificatrice, esclude che gli interessi su crediti privilegiati possano essere ammessi al passivo fallimentare in via principale, discriminando così i creditori privilegiati che agiscono in sede concorsuale da quelli che agiscono in sede esecutiva ordinaria”.

Spese

Eguale esulano dalla previsione dell'art. 2754 c.c. i crediti per spese, che trovano un'autonoma regolamentazione negli artt. 2749 e 2755 c.c., sicché sono esclusi dalla prelazione i crediti per le spese incontrate dagli istituti per ottenere il titolo (sentenza di condanna, decreto di ingiunzione, ordinanza di ingiunzione), che non sono assistiti da alcun privilegio,

neppure con riferimento al disposto dell'art. 2749 c.c. (che riguarda il privilegio per le spese giudiziali per l'intervento nel processo di esecuzione) o dell'art. 2755 c.c. (che concerne le spese di giustizia fatte nell'interesse comune dei creditori).

Le Casse Edili

Un breve accenno deve infine essere dedicato alle Casse Edili, che come è noto hanno uno scopo assistenziale e parzialmente mutualistico. Infatti presso le Casse sono accantonate delle somme, calcolate in percentuale sulle retribuzioni dei dipendenti delle imprese del settore edile, per il trattamento economico spettante agli operai per riposi annui, per le ferie e per la gratifica natalizia ed altro. Queste quote accantonate hanno indubbia natura retributiva, per cui i relativi crediti vanno ammessi col privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 1 c.c..

Inoltre alla Cassa competono i contributi per il funzionamento della stessa, per adesione contrattuale e per la scuola professionale, che sono, per una parte, a carico dei lavoratori (1/6 dell'intero) e, per la restante parte, a carico dei datori di lavoro. La quota di competenza dei lavoratori può ritenersi assistita dal privilegio di cui all'art. 2751- bis n. 1 c.c., in quanto tale contributo, essendo trattenuto sulla busta paga e versato alla Cassa dal datore di lavoro, integra gli estremi della cessione di credito rivolta alla soddisfazione del credito maturato dalla Cassa Edile in danno del lavoratore. La quota di competenza del datore di lavoro potrebbe rientrare nella previsione dell'art. 2754 c.c. (privilegio di ottavo grado), ma secondo parte della giurisprudenza di merito (Tribunale di Genova, 16/07/1993, in N.G.C.C, 1994,1,669; Tribunale di Bologna, 10/12/1992, Dir. fall. 1995,

11, 117) va ammesso in chirografo, essendo tali contributi imposti dalla contrattazione collettiva e non da disposizione di legge. Di recente tale posizione è stata ribadita da Tribunale di Modena, 22/09/2000, che ha statuito che *"gli accantonamenti ed i contributi alle casse edili non hanno natura retributiva, ma fanno parte di un rapporto previdenziale facoltativo, instaurato tra le parti volontariamente e non dovuto per legge; pertanto, il relativo credito non può essere ricompreso nell'ambito del privilegio accordato dall'art. 2751-bis n. 1 c.c., che riguarda esclusivamente somme aventi natura di retribuzione"* (Cassa Edile prov. Modena c. Fall. soc. Nappa, in Lavoro nella giur., (II) 2001, 657 nota di RONDO).

Secondo App. Bologna 18/02/1995 n. 1058: sono da ammettere in privilegio ex art. 2751-bis n. 1, in ragione della intervenuta cessione del credito da retribuzione maturato dal lavoratore in favore della Cassa medesima, i crediti della Cassa Edile per le quote gravanti sul lavoratore e relative a:

- Quota di 1/6 relativa al funzionamento della Cassa;
- Quota di 1/6 per adesione contrattuale;
- Quota di 1/6 per contributo Scuola professionale;
- relativi interessi moratori, calcolati sulle voci suddette;
- accantonamenti per gratifica natalizia;
- riposi annui;
- onere contrattuale per malattia e infortuni;
- contributo anzianità professionale;
- relativi interessi moratori calcolati sulle voci suddette.

Le quote relative alle stesse voci gravanti sull'impresa sono invece da ammettere in chirografo.

CAPITOLO XVII

IL PRIVILEGIO DEL LOCATORE (ART. 2764 C.C.)

L'art. 2764 c.c. dispone:

«Il credito delle pigioni e dei fitti degli immobili ha privilegio sui frutti dell'anno e su quelli raccolti anteriormente, nonché sopra tutto ciò che serve a fornire l'immobile o a coltivare il fondo locato.

Il privilegio sussiste per il credito dell'anno in corso, dell'antecedente e dei successivi, se la locazione ha data certa, e, in caso diverso, per quello dell'anno in corso e del susseguente.

Lo stesso privilegio ha il credito dipendente da mancate riparazioni le quali siano a carico del conduttore, il credito per i danni arrecati all'immobile locato, per la mancata restituzione delle scorte e ogni altro credito dipendente da inadempimento del contratto.

Il privilegio sui frutti sussiste finché si trovano nel fondo o nelle sue dipendenze. Esso si può far valere anche nei confronti del subconduttore.

Il privilegio sulle cose che servono a fornire l'immobile locato o alla coltivazione del fondo sussiste pure se le cose appartengono al subconduttore, nei limiti in cui il locatore ha azione contro il medesimo.

Il privilegio sulle cose che servono a fornire l'immobile locato ha luogo altresì nei confronti dei terzi, finché le cose si trovano nell'immobile, salvo che si provi che il locatore conoscesse il diritto del terzo al tempo in cui sono state introdotte.

Qualora le cose che servono a fornire la casa o il fondo locato ovvero a coltivare il medesimo vengano asportate dall'immobile senza il consenso del locatore, questi conserva su di esse il privilegio, purché ne domandi il sequestro, nei modi stabiliti dal codice di procedura civile per il sequestro

conservativo entro il termine di trenta giorni dall'asportazione, se si tratta di mobili che servono a fornire o a coltivare il fondo rustico, e di quindici giorni, se si tratta di mobili che servono a fornire la casa. Restano salvi in ogni caso i diritti acquistati dopo l'asportazione dai terzi che ignoravano l'esistenza del privilegio»

I crediti del locatore tutelati dal privilegio di cui al surriportato art. 2764 c.c. si possono distinguere in due categorie:

- 1) quelli indicati nel comma 1;
- 2) quelli indicati nel comma 3.

A) I crediti sub 1) comprendono le «pigioni» ed i «fitti» di immobili e cioè i corrispettivi dovuti dal conduttore per il godimento di immobili urbani e rustici.

Presupposto del privilegio in esame è quindi l'esistenza di un rapporto di locazione immobiliare riguardante beni produttivi (contratto d'affitto ex art. 1615 c.c.) o meno, sia urbani che rustici (es. affitto a coltivatore diretto). La norma presuppone una qualsiasi locazione avente ad oggetto beni immobili qualunque sia la loro destinazione. La locazione di beni mobili entra in considerazione al fine della prelazione in esame qualora si configuri come accessorio di locazione immobiliare (ad esempio, nel caso di appartamento ammobiliato, il privilegio copre l'intero credito del locatore). Risulta invece estraneo al privilegio *de quo* il credito relativo al canone per il contratto d'affitto d'azienda comprensiva dell'immobile; parimenti il privilegio che ci occupa non può ritenersi esteso al canone del contratto d'affitto di azienda, ancorché tra gli elementi di questa siano compresi beni immobili (v. Cass. 9 agosto 1973, n. 2339).

Ricavo dal PRATIS (*Della tutela dei diritti*, già citato), che il comma 1 dell'art. 2764 c.c. accorda lo speciale privilegio al credito delle pigioni e dei

fitti degli immobili. Il legislatore ha inteso riferirsi ai crediti del locatore di immobili urbani verso il conduttore ed a quelli del locatore di fondi rustici verso l'affittuario. Il privilegio in oggetto non può essere invocato nella locazione di cose mobili. Sono garantiti dal privilegio i crediti per pigione o fitti dell'anno in corso, di quello antecedente e di quelli successivi, se la locazione ha data certa; quelli per pigioni e fitti dell'anno in corso e del susseguente, se la locazione non ha data certa. La certezza deve risultare documentalmente a norma dell'art. 2704. Essa deve sussistere al momento della sentenza dichiarativa di fallimento.

B) I crediti sub 2).

Il 3° co. dell'art. 2764 c.c. estende (indipendentemente dalla certezza della data della locazione) il privilegio ad altri crediti del locatore verso il conduttore, e cioè:

a) a quello dipendente dalle mancate riparazioni, che siano a carico del conduttore, a norma degli artt. 1576, 1609 e 1621 c.c.;

b) a quello per danni arrecati all'immobile locato (artt. 1588, 1590, 1611 c.c.);

c) a quello per la mancata restituzione delle scorte (artt. 1640, 1645 c.c.);

d) ad «ogni altro credito dipendente da inadempimento del contratto».

I crediti sub a). Sono a carico del conduttore, ex art. 1576 e 1609, le spese per le riparazioni di piccola manutenzione; sono a carico dell'affittuario, ex art. 1621, le spese per le riparazioni ordinarie.

I crediti sub b). *«Il conduttore risponde della perdita o del deterioramento della cosa che avvengono nel corso della locazione, anche se derivanti da incendio, qualora non provi che siano accaduti per causa a lui non imputabile.»*

E' pure responsabile della perdita o del deterioramento cagionati da persone che egli ha ammesso anche temporaneamente, all'uso o al godimento della cosa» (art. 1588).

Il comma 1 della norma si riferisce solo all'incendio, ma si ritiene che vada applicato anche ad altre ipotesi, come ad esempio il danno provocato dallo scoppio di una bombola di gas.

Quanto al comma 2, si riferisce alle sole cose mobili, ma si estende la regola anche agli immobili di cui sia stata effettuata la stima.

Il privilegio *ex art. 2764* assiste anche il credito per i danni arrecati all'immobile locato, nei quali sono da ricomprendere anche quelli da deterioramenti e perdite imputabili al conduttore, per la mancata restituzione delle scorte.

I crediti sub c). Sono i crediti dell'affittante per la mancata restituzione delle scorte morte e per la mancata restituzione del bestiame, di cui rispettivamente agli artt. 1640 e 1645 c.c.

I crediti sub d). Sono ogni altro credito dipendente da inadempimento del contratto. Secondo Pratis sono da comprendersi i crediti per mancata restituzione delle anticipazioni fatte dal locatore al conduttore per la gestione del bene produttivo, per mancato corrispettivo di prestazione accessoria rientranti nella locazione, per spese dei giudizi di cognizione per ottenere il pagamento di quanto dovuto e per conseguire il rilascio dell'immobile.

Godono del predetto privilegio anche i crediti del locatore per la ritardata restituzione della cosa locata, in quanto derivano da inadempimento contrattuale.

L'oggetto del privilegio

Per quanto riguarda le cose gravate da privilegio si deve rilevare che questo ha una diversa ampiezza, a seconda che riguardi crediti per fitti di *fondi rustici*, oppure crediti per fitti di *fondi urbani*. Per questi ultimi il privilegio grava soprattutto su ciò che serve a rendere l'immobile idoneo all'uso per cui è locato, o si esercita soltanto sugli *inventata et illata*.

Occorre una destinazione stabile e diretta al servizio dell'immobile, che si concreta in un rapporto di funzionalità ed inerenza economica, in un vincolo di destinazione obiettiva normalmente conforme alle finalità economico-sociali ed anche del più comodo uso per il quale l'immobile è stato locato (Cass. 5 gennaio 1967, n. 48).

Per l'immobile ad uso abitazione, hanno destinazione al normale servizio dell'immobile i mobili di arredamento e le apparecchiature di uso domestico che non siano incorporate nell'immobile; per gli immobili locati ad uso industriale artigianale, sono da considerare destinati a fornire gli immobili, gli impianti asportabili, i macchinari, gli utensili da lavoro ecc., nonché le scorte di materie prime e di manufatti. Per gli immobili locati ad uso commerciale, rientrano nel suddetto concetto le apparecchiature di ogni genere (scaffali, banconi, registratori di cassa, macchine calcolatrici, ecc.), nonché le merci destinate alla vendita. Nell'ipotesi di immobile locato destinato a luogo di custodia, riparazione o deposito di cose appartenenti a terzi, il privilegio non può sussistere sulle cose ivi allocate. Al locatore non compete alcun diritto di ritenzione sulle cose che servono a fornire la casa o il fondo locato, ovvero a coltivare il fondo medesimo. Se il locatore ha fondato motivo di temere l'asporto delle cose che si trovano nell'immobile locato, può domandarne il sequestro conservativo, avvalendosi della norma

generale dell'art. 2769 c.c. Una volta ottenuto il sequestro, il privilegio rimane fermo anche quando le cose vengono asportate dall'immobile locato senza il consenso del locatore. Se invece le cose sono asportate dall'immobile con il consenso del locatore, viene meno il privilegio e il locatore non può neppure chiederne il sequestro.

Opponibilità del privilegio a terzi

Per quanto riguarda l'opponibilità del privilegio ai terzi, bisogna distinguere i subconduttori dagli altri terzi.

Per i subconduttori l'art. 2764 detta regole diverse, a seconda che si tratti del privilegio sui frutti o sulle cose che servono a fornire l'immobile locato o servono alla coltivazione del fondo; nel primo caso il comma 4 prevede che il privilegio può farsi valere nei confronti del subconduttore, senza alcun limite (ulteriore, oltre quelli già esaminati), mentre, nel secondo, il privilegio «*sussiste pure se le cose appartengono al subconduttore, nei limiti in cui il locatore ha azione contro il medesimo*», e, cioè, nei limiti entro cui il locatore ha azione diretta nei confronti del subconduttore a norma dell'art. 1595 comma 1 c.c. per esigere il prezzo della sublocazione, di cui questi sia ancora debitore al momento della domanda giudiziale, e per costringerlo ad adempiere tutte le altre obbligazioni derivanti dal contratto di sublocazione.

Per quanto riguarda l'opponibilità del privilegio agli altri terzi, occorre considerare che nell'immobile locato possono essere immesse, come frequentemente accade, cose di proprietà altrui che, a stretto rigore e in applicazione del principio sancito dall'art. 2747 comma 2 c.c., non potrebbero essere gravate dal privilegio stesso.

L'art. 2764 prevede una deroga a tale norma generale (che, come si sa, contiene la riserva di una diversa disposizione di legge), stabilendo, al comma 6, che *«il privilegio sulle cose che servono a fornire l'immobile locato (e solo su queste e non sui frutti) ha luogo altresì nei confronti dei terzi, finché le cose si trovano nell'immobile, salvo che si provi che il locatore conoscesse il diritto del terzo al tempo in cui sono state introdotte»*. Perciò l'opponibilità del privilegio *de quo* ai terzi proprietari di cose destinate stabilmente ed obiettivamente al servizio dell'immobile è sottoposta alla duplice condizione:

- 1) che il locatore non fosse a conoscenza della altruità al momento della loro introduzione nel fondo;
- 2) che tali cose vi permangano in funzione dell'uso o del godimento dell'immobile medesimo.

La norma, quindi, non vale a comportare, di fatto, il trasferimento della proprietà delle cose immesse nell'immobile locato dai terzi, che ne siano proprietari, al conduttore, ma si limita a dare prevalenza all'interesse del locatore rispetto a quello del proprietario, nel senso che il privilegio concesso al locatore, non a conoscenza dell'alienità della cosa, si estende anche alle cose mobili che non siano di proprietà del fallito, ma di terzi, purché si trovino nell'immobile locato.

Miglioramenti ed addizioni eseguite dal conduttore

Va infine ricordato che ai sensi dell'art. 1592, comma 1, c.c. il conduttore non ha diritto ad indennità per i miglioramenti apportati alla cosa locata, salvo che vi sia stato il consenso (e non la semplice conoscenza) del locatore, nel qual caso il conduttore ha diritto ad una indennità

corrispondente alla minor somma tra l'importo della spesa ed il valore del risultato utile al tempo della riconsegna.

Nella determinazione delle indennità per miglioramenti ed in relazione al risultato utile, va fatto riferimento al valore della cosa prima della esecuzione delle opere (Cass., n. 2476/1972); eseguita tale operazione ed individuata la indennità spettante al conduttore, deve calcolarsi la incidenza della eventuale svalutazione monetaria fino al momento della liquidazione (Cass., n. 1258/1972).

Anche nel caso il conduttore non abbia diritto ad indennità, il valore dei miglioramenti può compensare (in tutto o in parte) i deterioramenti che si sono verificati *senza colpa grave* del conduttore (art. 1592, comma 2, c.c.).

L'art. 1593 c.c., tratta infine delle «addizioni», cioè delle cose accessorie unite alla cosa principale.

Le addizioni possono essere tolte alla fine della locazione dallo stesso conduttore che le ha eseguite, se ciò può avvenire senza danno per la cosa, salvo che il locatore preferisca trattenerle, nel qual caso dovrà corrispondere una indennità pari alla minor somma tra l'importo della spesa ed il valore delle addizioni al tempo della riconsegna.

Il proprietario della cosa ha un incondizionato diritto a ottenere la rimozione dell'addizione, abbia o meno prestato il consenso alla realizzazione, perché il consenso acquista rilevanza giuridica nel solo caso in cui l'addizione non sia rimuovibile senza danno per la cosa ed inoltre costituisca miglioramento ai sensi dell'art. 1592 c.c. (Cass., 19 giugno 1971, n. 1891).

CAPITOLO XVIII

LA VERIFICA DEI CREDITI TRIBUTARI

Profili generali

Secondo la giurisprudenza di legittimità (v. per tutte Cass. 17 giugno 1998, n. 6032) condizione per l'ammissione al passivo del fallimento del contribuente, del credito tributario portato da cartella esattoriale (o da avviso di mora) è la notifica della stessa al curatore (e, secondo Cass. 26 settembre 2003 n. 14301, anche al fallito) in modo da consentire (in caso di sua inerzia o disinteresse) al fallito di contestare la pretesa tributaria avanti al Giudice tributario competente.

Il curatore deve quindi verificare:

- 1) la tempestività dell'iscrizione a ruolo;
- 2) la tempestività della notifica della cartella (o dell'avviso di mora).

La verifica da parte del curatore, della decadenza dell'Amministrazione Finanziaria dal diritto di verificare le dichiarazioni tributarie (per imposte dirette, iva ed altri tributi) e, quindi, insinuare o iscrivere a ruolo crediti tributari.

L'Agenzia delle Entrate dispone di due differenti strumenti al fine di provvedere alla rettifica delle dichiarazioni presentate:

- 1) Esiste innanzitutto la possibilità per gli Uffici dell'Amministrazione Finanziaria di provvedere ad accertamenti, anche per il tramite di metodi induttivi o sintetici, che conducano al controllo delle risultanze esposte nelle dichiarazioni dei redditi, con le risultanze delle scritture e dei documenti contabili dell'impresa, nonché di

provvedere, in certi casi normativamente determinati, anche prescindendo dalle risultanze del bilancio e delle scritture contabili, alla rettifica dei dati esposti nelle dichiarazioni fiscali per il tramite di presunzioni anche prive dei requisiti di gravità, precisione e concordanza. In tutti questi casi il termine per provvedere alla notifica dell'avviso di accertamento è quello previsto dall'art. 43 D.P.R. 600/1973;

- 2) Esiste poi la possibilità degli Uffici di controllare la coerenza delle risultanze delle dichiarazioni dei redditi presentate, con la tempestività dei versamenti delle imposte e con la coerenza delle deduzioni e detrazioni d'imposta espressi in dichiarazione. In questi casi gli Uffici dell'Agenzia delle Entrate provvedono alla verifica della coerenza, ad esempio, degli importi risultanti a debito esposti nelle dichiarazioni fiscali con i versamenti effettuati a mezzo dei modelli F 24, senza provvedere ad alcuna rettifica nel merito dei dati esposti nella stessa dichiarazione. I termini per l'accertamento sono quelli previsti dall'art. 36-bis, D.P.R. 600/1973. Esiste poi la possibilità concessa agli Uffici dell'Amministrazione Finanziaria di provvedere al controllo formale delle dichiarazioni presentate e, quindi, di provvedere, ad esempio, alla verifica delle risultanze delle differenti dichiarazioni presentate dal contribuente inerenti il medesimo periodo di imposta, o alla verifica della correttezza delle ritenute d'acconto indicate nella dichiarazione predisposta dal contribuente, con le stesse ritenute indicate nelle dichiarazioni presentate dai sostituti d'imposta. In questo caso i termini per l'accertamento sono quelli previsti dall'art. 36-ter, D.P.R. 600/1973.

Ne consegue quindi che le possibilità, a favore dell'Amministrazione Finanziaria, di rettifica e di accertamento delle dichiarazioni presentate dai contribuenti, sono, da un lato, correlate alla verifica formale della dichiarazione e dei versamenti effettuati dal contribuente (le norme di riferimento sono gli articoli 36-bis e 36-ter, D.P.R. 600/1973) e, dall'altro, correlate all'accertamento nel merito delle singole dichiarazioni reddituali per il tramite della verifica dei dati documentali, bancari e, nei casi espressamente previsti dalla legge, anche per il tramite dell'utilizzo di presunzioni (in questo caso la norma di riferimento per il maggior termine di decadenza dell'azione di accertamento dell'Amministrazione Finanziaria è contenuta nell'art. 43, D.P.R. 600/1973).

Per le imposte sui redditi, l'articolo 43 del D.P.R. 600/1973, stabilisce che gli avvisi di accertamento vanno notificati entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione.

Nei casi di omessa dichiarazione o di presentazione di dichiarazione nulla, l'avviso di accertamento può essere notificato fino al 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui la dichiarazione è stata presentata.

L'articolo 43, D.P.R. 600/1973, è stato modificato dall'art. 15, del D. Lgs. 9 luglio 1997, n. 241, con effetto per le dichiarazioni dei redditi presentate a decorrere dal 1° gennaio 1999.

Di conseguenza, quindi, per tutte le dichiarazioni dei redditi presentate prima del 1° gennaio 1999, l'avviso di accertamento può essere notificato entro il quinto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, mentre nel caso di dichiarazione da considerarsi omessa prima del primo gennaio 1999, l'avviso di accertamento può essere notificato entro il sesto anno successivo a quello in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 19854 del 5 ottobre 2004 hanno stabilito il seguente principio “la notificazione dell’avviso di accertamento tributario affetta da nullità, rimane sanata, con effetto *ex nunc*, dalla tempestiva proposizione del ricorso del contribuente avverso tale avviso (...). La tempestiva proposizione del ricorso avverso l’avviso di accertamento sana con effetto processuale *ex nunc* la nullità della notifica dell’avviso stesso, ma non determina il venir meno della decadenza – eventualmente verificatasi *medio tempore* – dell’Amministrazione Finanziaria dal potere sostanziale di accertamento. Il contribuente ha l’onere di eccepire l’avvenuta decadenza dell’Amministrazione dal potere di accertamento come motivo di impugnazione dell’avviso emanato fuori termine; e non è sufficiente che il contribuente deduca genericamente la nullità della notifica”.

Di conseguenza, la decadenza degli Uffici dell’Amministrazione Finanziaria dal potere di rettificare le dichiarazioni presentate dal contribuente (ad esempio per il decorso del termine perentorio previsto dall’art. 43, D.P.R. 600/1973) è un vizio dell’atto di accertamento che non può mai essere sanato neppure dalla tempestiva proposizione del ricorso del contribuente, ricorso in cui comunque il contribuente dovrà eccepire l’intervenuta decadenza dei poteri di rettifica dell’Amministrazione Finanziaria, decadenza che non può altrimenti essere rilevata d’Ufficio.

Il complesso di norme di cui sopra si complica per effetto di quanto disposto dall’art. 10, legge 289/2002, secondo cui “per i contribuenti che non si avvalgono delle disposizioni recate dagli articoli da 7 a 9 della presente legge (condoni fiscali), in deroga alle disposizioni dell’articolo 3, comma 3, della legge 27 luglio 2000, n. 212, i termini di cui all’art. 43 del

D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, e all'articolo 57 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni sono prorogati di due anni.”

In definitiva si può elaborare il prospetto che segue.

DICHIARAZIONI PRESENTATE – TERMINI PER LA NOTIFICA DELL'AVVISO DI ACCERTAMENTO IMPOSTE DIRETTE

Anno di imposta	Anno di presentazione della dichiarazione	Adesione ai condoni fiscali di cui alla legge 289/2002	Termine per la notifica dell'avviso di accertamento
1984	1985	Irrilevante	31 dicembre 1990
1985	1986	Irrilevante	31 dicembre 1991
1986	1987	Irrilevante	31 dicembre 1992
1987	1988	Irrilevante	31 dicembre 1993
1988	1989	Irrilevante	31 dicembre 1994
1989	1990	Irrilevante	31 dicembre 1995
1990	1991	Irrilevante	31 dicembre 1996
1994	1995	Irrilevante	31 dicembre 2000
1995	1996	Irrilevante	31 dicembre 2001
1996	1997	Irrilevante	31 dicembre 2002
1997	1998	Rilevante	31 dicembre 2003 – 31 dicembre 2005 se non ha aderito ai condoni
1998	1999	Rilevante	31 dicembre 2003 – 31 dicembre 2005 se non ha

			aderito ai condoni
1999	2000	Rilevante	31 dicembre 2004 – 31 dicembre 2006 se non ha aderito ai condoni
2000	2001	Rilevante	31 dicembre 2005 – 31 dicembre 2007 se non ha aderito ai condoni
2001	2002	Rilevante	31 dicembre 2006 – 31 dicembre 2008 se non ha aderito ai condoni
2002	2003	Rilevante	31 dicembre 2007 – 31 dicembre 2009 se non ha aderito ai condoni
2003	2004	Irrilevante	31 dicembre 2008
2004	2005	Irrilevante	31 dicembre 2009
2005	2006	Irrilevante	31 dicembre 2010

**DICHIARAZIONI OMESSE – TERMINI PER LA NOTIFICA
DELL'AVVISO DI ACCERTAMENTO IMPOSTE DIRETTE**

Anno di imposta	Anno in cui si sarebbe dovuta presentare la dichiarazione	Adesione ai condoni fiscali di cui alla legge 289/2002	Termine per la notifica dell'avviso di accertamento
1994	1995	Irrilevante	31 dicembre 2001
1995	1996	Irrilevante	31 dicembre 2002
1996	1997	Rilevante	31 dicembre 2003 – 31 dicembre 2005 se non ha aderito ai condoni
1997	1998	Rilevante	31 dicembre 2004 – 31 dicembre 2006 se non ha aderito ai condoni
1998	1999	Rilevante	31 dicembre 2004 – 31 dicembre 2006 se non ha aderito ai condoni
1999	2000	Rilevante	31 dicembre 2005 – 31 dicembre 2007 se non ha aderito ai condoni
2000	2001	Rilevante	31 dicembre 2006 – 31 dicembre 2008 se non ha aderito ai condoni
2001	2002	Rilevante	31 dicembre 2007 – 31

			dicembre 2009 se non ha aderito ai condoni
2002	2003	Rilevante	31 dicembre 2008 – 31 dicembre 2010 se non ha aderito ai condoni
2003	2004	Irrilevante	31 dicembre 2009
2004	2005	Irrilevante	31 dicembre 2010
2005	2006	Irrilevante	31 dicembre 2011

Controllo formale della dichiarazioni Imposte Dirette

Si ricorda che ai sensi dell'art. 36bis, D.P.R. 600/1973, l'Ufficio deve provvedere, entro l'inizio del periodo di presentazione delle dichiarazioni relative all'anno successivo, alla liquidazione automatica dell'imposta dovuta in base alle dichiarazioni presentate dal contribuente. Si tratta quindi in questo caso non delle rettifiche alla dichiarazione dei redditi, ma della liquidazione automatica della stessa dichiarazione.

L'articolo 28, Legge 27 dicembre 1997, n. 449 ha stabilito che tale termine deve ritenersi di carattere ordinatorio per tutte le dichiarazioni presentate anteriormente al primo gennaio 1999.

L'articolo 36-ter, D.P.R. 600/1973, stabilisce che gli Uffici provvedono al controllo formale delle dichiarazioni entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello di presentazione (il controllo formale, oltre all'attività di mera liquidazione di cui all'art.36-bis, prevede anche la possibile richiesta dei documenti giustificativi della dichiarazione ed il controllo dell'esattezza delle ritenute scomutate e quindi il controllo con i modelli 770).

L'articolo 9, Legge 23 dicembre 1998, n. 448 ha prorogato i termini per la liquidazione e per il controllo delle dichiarazioni che scadevano il 31 dicembre 1998 al 30 giugno 1999 ed ha inoltre stabilito che i termini per il controllo formale delle dichiarazioni dei redditi presentate negli anni dal 1994 al 1998 sono fissati al 31 dicembre 2000. Entro la stessa data devono essere resi esecutivi i relativi ruoli. E' stata a lungo dibattuta in giurisprudenza ed in dottrina la questione se i termini per il controllo delle dichiarazioni ex art. 36-bis e 36-ter, siano termini entro i quali l'Ufficio deve soltanto provvedere ad iscrivere a ruolo le somme o anche a notificare al contribuente gli importi dovuti.

La Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, con la sentenza n. 21498 del 12 novembre 2004, ha ritenuto che "l'articolo 28 della Legge 27 dicembre 1997, n. 449 ha efficacia interpretativa, inoltre la trasformazione del termine da perentorio in ordinario non comporta l'applicazione, in via analogica, della disciplina dettata dall'articolo 154 del codice di procedura civile. (...) Poiché l'esercizio dei poteri impositivi dell'Amministrazione Finanziaria deve essere sottoposto a termini certi, i ruoli predisposti a seguito delle rettifiche eseguite in forza dell'art. 36-bis, D.P.R. 600/1973 debbono essere notificati al contribuente entro il termine derivante dal combinato disposto degli articoli 17, D.P.R. 602/1973 e art. 43, comma 1, D.P.R. 600/1973 (applicabile *ratione temporis*) e non è sufficiente siano pervenuti nel medesimo termine all'Intendente di Finanza o all'esattore."

La controversia posta all'esame della Suprema Corte concerneva infatti la possibilità che il termine previsto dall'art. 36-bis, D.P.R. 600/1973 potesse essere ritenuto termine di carattere perentorio.

In effetti la Corte di Cassazione, sezione I, con la sentenza n. 7088 del 29 luglio 1997, aveva ritenuto di dover attribuire carattere perentorio il termine per la verifica delle dichiarazioni stabilito dall'art. 36-bis, D.P.R. 600/1973. A giudizio della Suprema Corte, infatti, tale termine doveva essere ritenuto stabilito a pena di decadenza per sua stessa natura, in quanto inteso a garantire sia lo svolgersi delle attività di controllo secondo i principi del buon andamento e dell'imparzialità dell'Amministrazione, sia gli interessi dei contribuenti; rilevato come esso riguardasse – in assenza di un formale ed autonomo atto di liquidazione dell'imposta – la stessa iscrizione a ruolo, mentre a giudizio della Suprema Corte, l'ulteriore termine previsto dal comma 1, dell'art. 17, D.P.R. 600/1973, andasse limitato al momento della riscossione delle imposte nell'ammontare risultante dalla dichiarazione del contribuente, senza che la stessa fosse in alcun modo rettificata.

In tale contesto è poi intervenuta la norma interpretativa dell'art. 28, comma 1, L. n. 449/1997, secondo cui “il primo comma dell'articolo 36-bis, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, nel testo da applicare sino alla data stabilita dall'art. 16, D. Lgs. 9 luglio 1997, n. 241, deve essere interpretato nel senso che il termine in esso indicato, avendo carattere ordinatorio, non è stabilito a pena di decadenza”.

Questa disposizione di legge è stata investita da molteplici sospetti di illegittimità, dichiarati tutti infondati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 229 dell'undici giugno 1999.

In particolare, il Giudice delle Leggi, nell'escludere il contrasto con l'articolo 97 della Costituzione, ha osservato, in generale, come il principio di buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione, non comporti necessariamente che tutti i termini ad essa imposti per il compimento delle proprie attività debbano avere carattere perentorio, ed ha

chiarito, d'altronde, che la qualificazione del termine dell'art. 36-bis, come ordinatorio, "non lascia priva di termine decadenziale l'attività di controllo formale delle dichiarazioni, trovando comunque applicazione l'articolo 17, D.P.R. 602/1973".

Ai sensi dell'art. 17, D.P.R. 602/1973, le somme dovute a seguito della liquidazione della dichiarazione ex art. 36-bis, devono essere iscritte in ruoli resi esecutivi a pena di decadenza entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione (stesso termine è previsto dall'art. 2, D.Lgs. 462/1997 nella formulazione in vigore dal 12 agosto 2003).

Ai sensi dell'art. 17, D.P.R. 602/1973, le somme dovute a seguito della liquidazione della dichiarazione ex art. 36-ter, devono essere iscritte in ruoli resi esecutivi a pena di decadenza entro il 31 dicembre del terzo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione.

La Corte di Cassazione, Sezione Tributaria, con la sentenza n. 19865 del 5 ottobre 2004, aveva ritenuto che "i ruoli predisposti a seguito delle rettifiche eseguite in forza dell'art. 36-bis, D.P.R. 600/1973, debbono essere consegnati all'esattore entro il termine derivante dal combinato disposto dell'art. 17, D.P.R. 602/1973 e 43, D.P.R. 600/1973, e non è sufficiente siano pervenuti nel medesimo termine all'Intendente di Finanza".

Rispetto a tale pronuncia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 21498 del 12 novembre 2004, fanno un ulteriore passo in avanti stabilendo che il termine di decadenza per la rettifica formale delle dichiarazioni dei redditi ai sensi degli articoli 36-bis e 36-ter, D.P.R. 600/1973, debba essere ricercato in un termine non peggiorativo di quello previsto per la rettifica sostanziale delle dichiarazioni (art. 43, D.P.R.

600/1973), e quindi, in accordo con la sentenza della Corte Costituzionale n. 229/1999.

Ritiene quindi la Suprema Corte che tale termine vada ricercato nel disposto dell'art. 17 D.P.R. 602/1973, ritenendo inoltre che i termini di decadenza posti dallo stesso articolo 17, se riguardassero soltanto la formazione del ruolo e non anche la notifica dello stesso ruolo al contribuente, risulterebbero irragionevolmente più ampi dei termini previsti dall'art. 43 per la notifica degli accertamenti in rettifica delle dichiarazioni.

Di conseguenza il termine per la formazione dei ruoli ex art. 36-bis ed art. 36-ter, D.P.R. 6002/1973, previsto dall'articolo 17, D.P.R. 602/1973, deve essere inteso anche quale termine ultimo per la notifica della cartella esattoriale al contribuente.

RIEPILOGO

Termini all'iscrizione a ruolo a titolo definitivo:

Il credito tributario si estingue se l'Amministrazione Finanziaria non lo iscrive a ruolo entro i termini decadenziali.

In particolare:

- le somme da riscuotere a seguito di liquidazione, *ex art. 36-bis D.p.r. n. 600*, delle imposte dovute in base alla dichiarazione, devono essere iscritte a ruolo entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione;
- le somme da riscuotere a seguito di controllo formale della dichiarazione, *ex art. 36-ter del D.p.r. n. 600*, entro il 31 dicembre

del terzo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione;

- le somme dovute in base ad accertamento devono essere iscritte a ruolo entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui l'accertamento è divenuto definitivo.

Tali termini valgono anche per l'imposta sul valore aggiunto. Entro le date predette i ruoli devono essere resi esecutivi, vale a dire sottoscritti dal titolare dell'Ufficio.

L'art. 17 è stato abrogato dal D.L. 17 giugno 2005 n. 106, convertito nella legge 31 luglio 2005 n. 156 che ha anche modificato l'art. 25 del D.P.R. 602/1973.

“ Il nuovo articolo 25, D.P.R. 602/1973, modificato dal Decreto Legge 17 giugno 2005, n. 106, convertito dalla Legge 31 luglio 2005, n. 156, prevede che il concessionario della riscossione deve notificare la cartella di pagamento, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del terzo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, per le somme dovute a seguito dell'attività di liquidazione prevista dall'art. 36-bis, D.P.R. 600/1973 ed entro il quarto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione per le somme dovute a seguito dell'attività di controllo formale prevista dall'art. 36-ter, D.P.R. 600/1973.

Tale intervento legislativo, particolarmente atteso dagli operatori, ha chiarito che mai le cartelle esattoriali concernenti il controllo formale delle dichiarazioni dei redditi ai sensi degli articoli 36-bis e 36-ter, D.P.R. 600/1973, potranno essere notificate oltre i tempi di rettifica delle dichiarazioni già previsti dall'art. 43, D.P.R. 600/1973 (31 dicembre del quarto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione).

Le norme di cui sopra sono pienamente applicabili anche in tema di

controllo formale delle dichiarazioni Iva per espressa previsione normativa (art. 23, D. Lgs 26 febbraio 1999, n. 46).

E' stato inoltre stabilito dalla stessa disposizione di legge che, per le dichiarazioni presentate dal 1° gennaio 2004 al 10 agosto 2005, la notifica della cartella di pagamento deve avvenire entro il 31 dicembre del terzo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, per le dichiarazioni presentate nel corso degli anni 2002 e 2003 le cartelle esattoriali dovranno comunque essere notificate a pena di decadenza entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, mentre per le dichiarazioni presentate fino al 31 dicembre 2001, le cartelle di pagamento possono essere notificate entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione.

Va opportunatamente rimarcato che, in sede fallimentare, presupposto indefettibile dell'ammissione al passivo del credito portato dalla cartella esattoriale è la preventiva notifica della stessa al curatore, al fine di consentirgli di proporre ricorso contro il ruolo, così che i tributi iscritti siano ammessi con la riserva" proposta dall'art.45, 2° co. del D.P.R. n. 602/1973 (Cass. 17 giugno 1998 n. 6032).

Qualora però il curatore non voglia o non abbia elementi per proporre ricorso, deve immediatamente trasmettere la cartella esattoriale al fallito che, com'è noto, in caso di inerzia degli organi fallimentari è legittimato a proporre ricorso al Giudice tributario.

Anzi, la più recente giurisprudenza di legittimità, pone a carico dell'Amministrazione Finanziaria (e quindi del concessionario alla riscossione) l'obbligo di notificare la cartella tanto al curatore, quanto al fallito.

A proposito, è utile conoscere tessuto argomentativi di Cass. 26 settembre 2003 n. 14301:

(OMISSIS)

“ Questa Suprema Corte ha avuto modo di ribadire più volte il principio secondo cui "l'accertamento tributario in materia di I.V.A., ove inerente a crediti i cui presupposti si siano determinati prima della dichiarazione di fallimento del contribuente o nel periodo d'imposta in cui tale dichiarazione è intervenuta, deve essere notificato non solo al curatore - in ragione della partecipazione di detti crediti al concorso fallimentare, o, comunque, della loro idoneità ad incidere sulla gestione delle attività e dei beni acquisiti al fallimento - ma anche al contribuente, il quale non è privato, a seguito della dichiarazione di fallimento, della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario e resta esposto ai riflessi, anche 411 carattere sanzionatorio, che conseguono alla "definitività" dell'atto impositivo. Da ciò deriva che il fallito, nell'inerzia degli organi fallimentari - ravvisabile, ad es., nell'omesso esercizio, da parte del curatore, del diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti dell'atto impositivo - è eccezionalmente abilitato ad esercitare egli stesso tale tutela alla luce dell'interpretazione sistematica del combinato disposto degli art. 43 L.F. e dell'art. 16, D.P.R. n. 636/1972, conforme ai principi, costituzionalmente garantiti (art. 24, comma primo e secondo), del diritto alla tutela giurisdizionale ed alla difesa" (Cass. n. 6937/2002; n. 3427/2002; n.14987/2000 ; n. 3667/1997; n. 7561/1996; n. 7161/1995; n. 3094/1995; n. 3321/1993). La ragione della necessità della notificazione dell'avviso di accertamento al fallito, sta nel fatto che l'omissione della stessa verrebbe a privare il contribuente della possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa, tant'è che "allorquando il curatore si sia disinteressato del rapporto tributario sorto nei confronti del fallito, il termine per impugnare l'atto di accertamento non decorre nei suoi confronti se

non dal momento in cui l'accertamento stesso sia portato a sua conoscenza" (Cass. n. 3667/1997: cfr. anche, in questa prospettiva, Cass. n. 3321/1993). [...]"

I termini per l'imposta di registro

La norma di riferimento che regola la decadenza dell'azione di accertamento dell'Amministrazione Finanziaria è contenuta nell'art. 76, d.p.r. n. 131 del 1986.

Atti non presentati per la registrazione: l'imposta deve essere richiesta dall'Ufficio entro 5 anni (termine di decadenza) dal giorno in cui avrebbe dovuto essere richiesta la registrazione (o la stessa registrazione avrebbe dovuto essere eseguita d'ufficio ai sensi delle lett. *c)*, *d)* ed *e)* dell'art. 15, d.p.r. n. 131 del 1986). Lo stesso termine di decadenza di 5 anni vale nel caso di omessa denuncia di eventi successivi alla registrazione di cui all'art. 19> d.p.r. n. 131 del 1986 (denunce di avveramento condizioni, ecc. ...).

Atti presentati per la registrazione o (dal 14 novembre 2000) registrati in via telematica: l'avviso di rettifica e di liquidazione della maggiore imposta ai sensi dell'art. 52, d.p.r. n. 131 del 1986, deve essere notificato entro il termine di decadenza di 2 anni dal pagamento dell'imposta proporzionale.

In ogni caso, fatto salvo quanto sopra esposto, l'imposta deve essere richiesta a pena di decadenza entro 3 anni decorrenti dalla data della richiesta di registrazione per l'imposta principale, dalla data in cui è stata presentata la denuncia di cui all'art. 19, se si tratta di imposta complementare, dalla data della notificazione della decisione delle Commissioni Tributarie ovvero dalla data in cui la stessa è divenuta

definitiva nel caso in cui sia stato proposto ricorso avverso l'avviso di rettifica e di liquidazione della maggiore imposta.

Nel caso di occultazione di corrispettivo di cui all'art. 72, d.p.r. n. 131 del 1986, il termine di 3 anni decorre ugualmente dalla data di registrazione dell'atto.

Il termine di decadenza per gli Uffici, per la revoca dei benefici sull'acquisto della prima casa è triennale ai sensi dello stesso art. 76, d.p.r. n. 131 del 1986 e non decennale (Corte di Cassazione, sentenza n. 1196 del 21 novembre 2000, sentenza n. 14504 del 11 ottobre 2002).

Tale termine decorre dalla data di registrazione dell'atto di acquisto, qualora venga accertata la falsità della dichiarazione rilasciata dall'acquirente in sede di acquisto, dallo spirare dell'anno (18 mesi successivi alla data di acquisto a decorrere dal 1 gennaio 2001 ai sensi dell'art. 38, comma 12, 1. n. 388 del 2000) successivo alla data di acquisto, o, infine, dallo spirare dell'anno successivo al trasferimento a titolo oneroso o gratuito dell'immobile, qualora sia stato violato il divieto di vendita entro i 5 anni dall'acquisto.

Per quanto riguarda infine le sanzioni, queste devono essere contestate (ai sensi dello stesso art. 76, d.p.r. n. 131 del 1986) nel termine stabilito per richiedere l'imposta cui si riferiscono. Nel caso non sia dovuta alcuna imposta, ma siano dovute soltanto sanzioni, queste devono essere notificate nel termine di 5 anni dal momento in cui è avvenuta la violazione.

Una volta accertata l'imposta di registro nei termini di cui sopra, il diritto a riscuoterla si prescrive nel termine di 10 anni dal momento in cui è divenuto definitivo l'accertamento.

In pratica, quindi, gli uffici dispongono di un termine variabile da 2 a 5 anni per notificare gli atti relativi all'imposta di registro a pena di decadenza, poi

il diritto si prescrive nei 10 anni successivi al momento in cui è divenuto definitivo l'accertamento.

<i>Tipo di atto</i>	<i>Termine di decadenza dell'accertamento</i>	<i>Termine di prescrizione dell'imposta</i>
Atti non presentati alla registrazione	L'imposta deve essere richiesta dall'Ufficio entro 5 anni (termine di decadenza) dal giorno in cui avrebbe dovuto essere richiesta la registrazione (o la stessa registrazione avrebbe dovuto essere eseguita d'ufficio ai sensi delle lett. e), d) ed e) dell'art. 15, d.p.r. n. 131 del 1986). Lo stesso termine di decadenza di 5 anni vale nel caso di omessa denuncia di eventi successivi alla registrazione di cui all'art. 19, d.p.r. n. 131 del 1986 (denunce di avveramento condizioni, ecc.	10 anni dal momento in cui l'accertamento è divenuto definitivo
Atti presentati alla registrazione - rettifica di maggior valore ex art. 52, d.p.r. n. 131 del 1986	L'avviso di rettifica e di liquidazione della maggiore imposta ai sensi dell'art. 52, d.p.r. n. 131 del 1986, deve essere notificato entro il termine di decadenza di 2 anni dal pagamento dell'imposta proporzionale	10 anni dal momento in cui l'accertamento è divenuto definitivo
Atti presentati alla registrazione - imposta principale	L'imposta deve essere richiesta a pena di decadenza entro 3 anni decorrenti dalla data della richiesta di registrazione	10 anni dal momento in cui l'accertamento è divenuto definitivo
Atti presentati alla registrazione - occultazione di corrispettivo	L'avviso deve essere notificato entro 3 anni dalla data di registrazione dell'atto	10 anni dal momento in cui l'accertamento è divenuto definitivo
Atti presentati alla registrazione - imposta suppletiva	L'avviso deve essere notificato entro 3 anni dalla data di registrazione dell'atto ovvero dalla data di presentazione della denuncia di cui all'art. 19, d.p.r. n. 131 del 1986	10 anni dal momento in cui l'accertamento è divenuto definitivo

I termini ordinari per la rettifica della dichiarazione Iva

Anche per la rettifica delle dichiarazioni Iva, così come già esplicitato in tema di rettifica delle dichiarazioni per imposte dirette, due sono le norme principali di riferimento: l'art. 54-bis D.P.R. 633/1972 che disciplina le modalità di controllo formale delle dichiarazioni iva e gli articoli 54 e 57, D.P.R. 633/1972, che riguardano invece tutti i casi di controllo nel merito delle dichiarazioni presentate, di verifica dei libri e dei documenti contabili, o di ogni altra documentazione ritenuta idonea, in ossequio alla norma di legge.

L'articolo 57, D.P.R. 633/1972, prevede che gli avvisi di rettifica delle dichiarazioni Iva devono essere notificati entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione. Nel caso di dichiarazione omessa il termine è prolungato di un anno e quindi si estende fino al 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui avrebbe dovuto essere presentata la dichiarazione.

Di conseguenza per le dichiarazioni presentate fino all'intero anno 1998, i termini per la rettifica delle dichiarazioni per imposte dirette erano più lunghi di un anno rispetto ai termini per la rettifica della dichiarazione Iva.

All'uniformazione dei termini hanno provveduto gli articoli 15 e 16 del decreto legislativo 241/1997, che hanno ridotto di un anno i termini per la rettifica delle dichiarazioni dei redditi a far corso dalle dichiarazioni presentate nel corso dell'anno 1999.

Valgono quindi le tabelle riassuntive che seguono.

Dichiarazioni presentate – termini per la notifica dell’avviso di rettifica

Iva

Anno di imposta	Anno di presentazione della dichiarazione	Adesione ai condoni fiscali di cui alla legge 289/2002	Termine per la notifica dell’avviso di accertamento
1984	1985	Irrilevante	31 dicembre 1989
1985	1986	Irrilevante	31 dicembre 1990
1986	1987	Irrilevante	31 dicembre 1991
1987	1988	Irrilevante	31 dicembre 1992
1988	1989	Irrilevante	31 dicembre 1993
1989	1990	Irrilevante	31 dicembre 1994
1990	1991	Irrilevante	31 dicembre 1995
1991	1992	Irrilevante	31 dicembre 1996
1992	1993	Irrilevante	31 dicembre 1997
1993	1994	Irrilevante	31 dicembre 1998
1994	1995	Irrilevante	31 dicembre 1999
1995	1996	Irrilevante	31 dicembre 2000
1996	1997	Irrilevante	31 dicembre 2001
1997	1998	Irrilevante	31 dicembre 2002
1998	1999	Rilevante	31 dicembre 2003 – 31 dicembre 2005 se non ha aderito ai condoni
1999	2000	Rilevante	31 dicembre 2004 – 31 dicembre 2006 se non ha aderito ai condoni

2000	2001	Rilevante	31 dicembre 2005 – 31 dicembre 2007 se non ha aderito ai condoni
2001	2002	Rilevante	31 dicembre 2006 – 31 dicembre 2008 se non ha aderito ai condoni
2002	2003	Rilevante	31 dicembre 2007 – 31 dicembre 2009 se non ha aderito ai condoni
2003	2004	Irrilevante	31 dicembre 2008
2004	2005	Irrilevante	31 dicembre 2009
2005	2006	Irrilevante	31 dicembre 2010

Dichiarazioni omesse – termini per la notifica dell'avviso di rettifica Iva

Anno di imposta	Anno in cui si sarebbe dovuta presentare la dichiarazione	Adesione ai condoni fiscali di cui alla legge 289/2002	Termine per la notifica dell'avviso di accertamento
1984	1985	Irrilevante	31 dicembre 1990
1985	1986	Irrilevante	31 dicembre 1991
1986	1987	Irrilevante	31 dicembre 1992
1987	1988	Irrilevante	31 dicembre 1993
1988	1989	Irrilevante	31 dicembre 1994
1989	1990	Irrilevante	31 dicembre 1995
1990	1991	Irrilevante	31 dicembre 1996
1991	1992	Irrilevante	31 dicembre 1997

1992	1993	Irrilevante	31 dicembre 1998
1993	1994	Irrilevante	31 dicembre 1999
1994	1995	Irrilevante	31 dicembre 2000
1995	1996	Irrilevante	31 dicembre 2001
1996	1997	Irrilevante	31 dicembre 2002
1997	1998	Rilevante	31 dicembre 2003 – 31 dicembre 2005 se non ha aderito ai condoni
1998	1999	Rilevante	31 dicembre 2004 – 31 dicembre 2006 se non ha aderito ai condoni
1999	2000	Rilevante	31 dicembre 2005 – 31 dicembre 2007 se non ha aderito ai condoni
2000	2001	Rilevante	31 dicembre 2006 – 31 dicembre 2008 se non ha aderito ai condoni
2001	2002	Rilevante	31 dicembre 2007 – 31 dicembre 2009 se non ha aderito ai condoni
2002	2003	Rilevante	31 dicembre 2008 – 31 dicembre 2010 se non ha aderito ai condoni
2003	2004	Irrilevante	31 dicembre 2009
2004	2005	Irrilevante	31 dicembre 2010
2005	2006	Irrilevante	31 dicembre 2011

Controllo formale della dichiarazione Iva

Si ricorda che ai sensi dell'art. 54-bis, D.P.R. 633/1972, l'Ufficio deve provvedere entro l'inizio del periodo di presentazione delle dichiarazioni relative all'anno successivo alla liquidazione automatica dell'imposta dovuta in base alla dichiarazioni presentate dal contribuente. Si tratta quindi in questo caso non delle rettifiche alla dichiarazione Iva, ma della liquidazione automatica della stessa dichiarazione.

In questo caso se dai controlli automatici eseguiti dall'Ufficio emerge un risultato diverso da quello indicato nella dichiarazione, l'esito della liquidazione è comunicato al contribuente che può fornire all'Amministrazione i chiarimenti necessari nei trenta giorni successivi. Se il contribuente non si attiva le somme vengono iscritte a ruolo a titolo definitivo. L'articolo 9, Legge 23 dicembre 1998, n. 448 ha prorogato i termini per la liquidazione delle dichiarazioni che scadevano il 31 dicembre 1998 al 30 giugno 1999 ed ha inoltre stabilito che i termini per il controllo formale delle dichiarazioni Iva per gli anni dal 1995 al 1998 sono fissati al 31 dicembre 2000. Entro la stessa data devono essere resi esecutivi i relativi ruoli.

Ai sensi dell'art. 2, D.Lgs. 462/1997, nella formulazione in vigore dal 12 agosto 2003, le somme dovute che derivano dalla liquidazione ex art. 54-bis D.P.R. 633/1972, sono iscritte in ruoli a titolo definitivo entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione.

Sono applicabili anche in materia Iva le considerazioni già svolte circa i tempi di notifica degli atti dell'Amministrazione Finanziaria in tema di Imposte Dirette.

La verifica dei singoli crediti tributari

A seguito dell'emanazione del Decr. Legisl. 26/02/1999 l'art. 2752 c.c., comma 1, è stato modificato come segue "Hanno privilegio generale sui mobili del debitore i crediti dello Stato per l'imposta sul reddito delle persone fisiche, per l'imposta sul reddito delle persone giuridiche e per l'imposta locale sui redditi, diversi da quelli indicati nel comma 1 dell'art. 2771, iscritti nei ruoli resi esecutivi nell'anno in cui il concessionario del servizio di riscossione procede o interviene nell'esecuzione e nell'anno precedente".

Il legislatore, quindi, ha portato chiarezza nella interpretazione della temporalità privilegiata espressa dalla norma, attribuendo il privilegio generale ai crediti dello Stato, in relazione al momento in cui il concessionario della riscossione procede o interviene nell'esecuzione.

Il privilegio di cui al comma 2 dell'art. 2752 c.c.

Il d.lgs. n. 46/1999 ha anche abrogato il comma 2 dell'art. 2752 che, in precedenza, prevedeva che: "Se si tratta di ruoli suppletivi, e si procede per imposte relative a periodi d'imposta anteriori agli ultimi due, il privilegio non può esercitarsi per un importo superiore a quello degli ultimi due anni, qualunque sia il periodo cui le imposte si riferiscono".

Il privilegio di cui al comma 3 dell'art. 2752 c.c.

I crediti dello Stato indicati dal comma 3 dell'art. 2752 c.c. sono collocati ai n. 19 dell'art. 2778 c.c. L'art. 2752 (quale risulta sostituito dall'art. 3 della l. n. 426/ 1975) stabilisce al comma 3 che hanno privilegio generale sui mobili del debitore i crediti dello Stato per le imposte, le pene pecuniarie e le soprattasse dovute secondo le norme relative all'imposta sul valore aggiunto.

A seguito della riforma del sistema sanzionatorio tributario attuata con i decreti legislativi n. 471 e n. 472 del 1997, si deve ritenere che in tema di imposta sul valore aggiunto, il privilegio di cui al comma 3 dell'art. 2752 si estende, non alle pene pecuniarie e soprattasse, che non sono più contemplate nel nuovo sistema sanzionatorio, ma alle sanzioni.

Gli accessori del credito tributario

Le sanzioni

Il nuovo sistema **sanzionatorio**, che è entrato in vigore il 1° aprile 1998, ad opera dei decreti legislativi n. 471 e n. 472 del 1997, prevede, quali accessori del credito tributario, soltanto le sanzioni amministrative e gli interessi. Di fatto, quindi, le sanzioni amministrative sostituiscono le precedenti soprattasse e pene pecuniarie, previste dalle abrogate norme tributarie, e, solo nei casi espressamente previsti delle singole leggi, potranno essere irrogate anche sanzioni accessorie. Fino all'entrata in vigore della legge di riforma del sistema sanzionatorio tributario, era molto dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza il problema della natura della

soprattassa e delle pene pecuniarie, e tale problema veniva disusso proprio in ragione della riconoscibilità o meno del medesimo privilegio del tributo a tali accessori del tributo stesso.

In sintesi, una parte della dottrina ravvisa nella soprattassa e nelle pene pecuniarie la stessa natura dell'imposta (o, perlomeno, l'identità di causa) e tendeva a riconoscere il privilegio in applicazione del presunto principio "accessorium sequitur principale"; al contrario, un'altra parte della dottrina, tendeva a sottolineare le caratteristiche di sanzionarietà e di afflittività proprie delle soprattasse e delle pene pecuniarie, osteggiando quindi la teoria dell'identica natura e disciplina, e facendone quindi derivare una disciplina autonoma e, ove la legge taceva, la natura chirografaria di tale credito.

Su quest'ultima posizione si era attestata anche la giurisprudenza più recente, proprio in considerazione del fatto che negli unici casi in cui la legge ha espressamente voluto riconoscere il privilegio alle pene pecuniarie alle soprattasse, il caso dell'IVA, di cui all'art. 2752, comma 3 (oggi comma 2), del codice civile, la stessa legge ha espressamente disposto la natura di tale privilegio secondo il noto principio "*ubi lex voluit dixit*".

Questa opinione è stata condivisa da Cass. Sez. UU. 06/05/1993 n. 5246 per la quale non spetta il privilegio di cui al 1° comma dell'art. 2752 al credito per soprattassa per omesso versamento dell'IRPEF, in quanto questa ha natura non risarcitoria (e, quindi, non tributaria), ma affittiva.

Gli interessi di mora

Ai sensi dell'art. 30 del d.P.R. n. 602/1973, "decorso inutilmente il termine previsto dall'art. 25, comma 2, sulle somme iscritte a ruolo si applicano a

partire dalla data della notifica della cartella e fino alla data del pagamento, gli interessi di mora al tasso determinato annualmente con decreto del Ministero delle Finanze con riguardo alla media dei tassi bancari attivi".

In tema di privilegio sugli interessi di mora di cui all'art. 30 del d.P.R. n. 602/1973, si deve segnalare il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui il privilegio di cui è fornito il credito dello Stato si estende agli interessi di mora accessori all'imposta. (Cass. 22/05/1992 n. 6155 ; Cass. 28/06/1994 n. 62; Cass. 13/12/1994 n. 10619; Cass. 25/01/1997 n. 780).

Ad avviso della Suprema Corte, l'indennità di mora è dovuta sempre sia per i ruoli precedenti che per i ruoli successivi alla dichiarazione di fallimento, *trattandosi di un accessorio dovuto indipendentemente da qualunque considerazione di colpa del contribuente*: a nulla rileva, pertanto, la considerazione che il curatore può pagare i creditori soltanto nel rispetto delle disposizioni e delle formalità della legge fallimentare, per cui la mora post-fallimentare non è ad esso imputabile (vedasi: Cass., 28 giugno 1994, n. 6214 in *Corriere trib.*, 1994, 31, 3073; 22 maggio 1992, n. 6155, in *Corriere trib.*, 1992, 38, 2741).

Interessi per ritardata iscrizione a ruolo

Sono gli interessi calcolati dall'erario su imposte o maggiori imposte dovute in base alla liquidazione e controllo della dichiarazione od all'accertamento d'ufficio, a partire dalla scadenza del termine di presentazione della dichiarazione e fino alla data di esecutorietà dei ruoli (art. 20 Dpr. 602/73).

In virtù della già citata sentenza della Corte Costituzionale nr. 162 del 28/5/01, gli interessi maturati sulle imposte dirette sia ante che post fallimento devono essere ammessi al passivo con collocazione privilegiata.

Contributo unificato

Si evidenzia che gli importi insinuati dal Concessionario, in chirografo, a fronte delle spese relative al contributo unificato non vengono ammessi al passivo. (*Sent. 3652/03 e 3653/03 Trib. di Bologna*).

Si evidenzia infine, che ai sensi dell'art. 6 della L. 410 del 29.11.1997 per le procedure concorsuali già aperte alla data del 29 novembre 1997, qualora le imposte dovute (dirette ed indirette) vengano interamente pagate in sede di riparto fallimentare, non sono dovute sanzioni ed interessi ancorché ammessi allo stato passivo.

Le spese ed i diritti di remunerazione

L'art. 17, 1° co. del d.lgs. 13 aprile 1999 n. 112 stabilisce che "L'attività dei concessionari viene remunerata con un aggio sulle misure iscritte a ruolo, riscosse ...".

Il 3° co. specifica che "L'aggio di cui al comma 1 è a carico del debitore in misura non superiore al 4,65 per cento della misura iscritta a ruolo la restante parte dell'aggio è a carico dell'ente creditore. L'aggio a carico del debitore è dovuto soltanto in caso di mancato pagamento entro la scadenza della cartella di pagamento e la sua misura è determinata con decreto (del Ministro delle finanze)...".

Il sesto comma aggiunge: “Al concessionario spetta il rimborso delle spese relative alle procedure esecutive, sulla base di una tabella approvata con decreto del Ministero delle finanze, con il quale sono altresì stabilite le modalità di erogazione del rimborso stesso. Tale rimborso è a carico:

a) dell'ente creditore, se il ruolo viene annullato per effetto di provvedimenti di sgravio o se il concessionario ha trasmesso la comunicazione di inesigibilità di cui all'articolo 19, comma 1;

b) del debitore, negli altri casi.”

In caso di delega di riscossione, i compensi, corrisposti dall'ente creditore al delegante, sono ripartiti in via convenzionale fra il delegante ed il delegato in proporzione ai costi da ciascuno sostenuti.

Il Ministero delle Finanze ha fissato “la misura del rimborso delle spese relative alle procedure esecutive spettante al concessionario, con il decreto 21 novembre 2000.

E' disputato se il credito del concessionario sia privilegiato o chirografario. La giurisprudenza del Tribunale di Milano e di Torino lo ritiene chirografario; lo ritiene privilegiato il Tribunale di Monza.

Il privilegio di cui al comma 3 dell'art. 2752 c.c.

I crediti dello Stato indicati dal comma 3 dell'art. 2752 c.c. sono collocati al n. 19 dell'art 2778c.c.

L'art. 2752 (quale risulta sostituito dall'art. 3 della l. n. 426 del 1975) stabilisce al comma 3 che hanno privilegio generale sui mobili del debitore i

crediti dello Stato per le imposte, le pene pecuniarie e le soprattasse dovute secondo le norme relative all'imposta sul valore aggiunto.

Detta norma riproduce quanto già disposto dal comma 3 dell'art. 62 del d.p.r. n. 633 del 1972 secondo cui i crediti dello Stato per le imposte, le pene pecuniarie e le soprattasse dovute ai sensi del decreto istitutivo dell'IVA hanno privilegio generale sui mobili del debitore con grado successivo a quello indicato al n. 15 dell'art. 2778 c.c.

Soggetto attivo del privilegio in esame è lo Stato, mentre l'oggetto del privilegio è costituito oltre che dall'imposta dovuta, dalle relative pene pecuniarie e soprattasse.

A seguito della riforma del sistema sanzionatorio tributario attuata con i dd.lgs. n. 471 e n. 472 del 1997, si deve ritenere che in tema di imposta sul valore aggiunto; il privilegio di cui al comma 3 dell'art. 2752 si estende, non alle pene pecuniarie e soprattasse, che non sono più contemplate nel nuovo sistema sanzionatorio, ma alle sanzioni.

Il sistema dei tributi locali

Si ripartisce in:

- A) tributi regionali;
- B) tributi comunali e provinciali.

Sub A): *Tributi regionali* sono:

- 1) l'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP);
- 2) l'addizionale regionale sull'IRPEF;
- 3) l'imposte sulle concessioni statali dei beni del demanio e del patrimonio indisponibile;

- 4) la tassa sulle concessioni regionali;
- 5) la tassa regionale di circolazione;
- 6) la tassa regionale per il diritto allo studio universitario;
- 7) il tributo speciale per il deposito in discarica.

Sub B): *Tributi comunali e provinciali* sono:

- 1) l'imposta comunale sugli immobili (ICI);
- 2) l'imposta sulla pubblicità ed i diritti sulle pubbliche affissioni;
- 3) l'imposta provinciale di trascrizione, iscrizione ed annotazione di veicoli;
- 4) la tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche (TOSAP);
- 5) la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (TARSU);
- 6) l'addizionale comunale all'IRPEF

Il privilegio dei tributi locali è identico a quello che assiste i tributi statali diretti: conseguentemente è soggetto al limite biennale sancito dall'art. 2752. Tuttavia dal momento che molti tributi locali non vengono riscossi a mezzo ruolo, appare in questi casi dubbio il rispetto del termine del biennio. È opportuno spendere poche parole sul tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi (dovuto alla Regione), istituito con l. n. 549 del 1999. Il suo presupposto è costituito dal deposito in discarica dei rifiuti solidi ed è determinato diversamente per tipologie di rifiuti conferiti. Le tariffe sono adottate attraverso legge regionale entro il 31 luglio di ogni anno con effetto dall'anno successivo, nel rispetto di limiti massimi e minimi fissati con legge dello Stato (art.3, comma 29,1. n. 549 *dd* 1995). Il tributo è dovuto dal gestore dell'impresa di stoccaggio definitivo con *obbligo* di rivalersi nei confronti del soggetto che effettua il

conferimento in discarica: in particolare, il gestore della discarica, entro il mese successivo alla scadenza del trimestre solare in cui sono state effettuate le operazioni di deposito, è *tenuto* al versamento del tributo alla regione in cui trovasi la discarica; inoltre il gestore deve altresì presentare una dichiarazione annuale contenente la descrizione delle quantità complessive dei rifiuti conferiti nell'anno e dei versamenti effettuati.

Quanto all'IRAP (imposta regionale sulle attività produttive) il suo presupposto è dato dall'esercizio di un'attività autonomamente organizzata per la produzione di beni e servizi nel territorio della Regione. Trattasi di imposta a carattere reale, diretta a colpire una base imponibile assai ampia a mezzo di una aliquota ragionevolmente bassa.

Soggetti passivi sono gli imprenditori individuali, gli esercenti arti e professioni, le società ed altri soggetti.

Assai articolata è la disciplina della base imponibile.

I crediti dei comuni e delle province per imposte, tasse e tributi (art. 2752, comma 4, c.c.)

« Hanno lo stesso privilegio, 'subordinatamente a quello dello Stato, i crediti per le imposte» tasse, e tributi dei comuni e delle province previsti dalla legge per la finanza locale e dalle norme relative all'imposta comunale sulla pubblicità e ai diritti sulle pubbliche affissioni ».

L'interpretazione della norma è contestata. Secondo una corrente di pensiero la norma deve essere interpretata in senso restrittivo. L'espressione “legge per la finanza locale” si riferisce alle sole imposte contemplate nel “Testo unico per la finanza locale” emanato con R.D. 14 settembre 1931, n. 1175.

Per di più le disposizioni che attribuiscono i privilegi hanno carattere eccezionale e come tali non sono suscettibili di interpretazione analogica ex art. 14 disp. Prel c.c.

A favore di tale impostazione sono state fornite le seguenti argomentazioni: se il legislatore, che è intervenuto in più di un'occasione sul testo dell'art. 2752 c.c. prima nell'anno 1975, poi nel 1999, avesse inteso accordare il privilegio a tutti i crediti per tributi locali, non avrebbe avuto senso l'ulteriore aggiunta dell'espressione «previsti dalla legge per la finanza locale».

Quando il legislatore ha inteso attribuire il privilegio a tributi non compresi nel Testo Unico. Io ha fatto in modo espresso» come per l'imposta comunale sulla pubblicità ed i diritti di pubblica affissione.

Secondo questa corrente di pensiero godono del privilegio de quo soltanto i tributi previsti dal D.Lgs 507/93 e segnatamente:

- Imposta comunale sulla pubblicità e diritto sulle pubbliche affissioni (esplicitamente considerate nel comma 4 dell'art. 2752 ex.);
- tassa per lo smaltimento dei rifiuti, richiamata nel Testo unico per la finanza locale (RD 1175/1931);
- tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche richiamata nel Testo unico per la finanza locale.

Altra corrente di pensiero interpreta ed applica estensivamente la disposizione surriportata e ritiene che all'espressione “legge per finanza locale” va attribuito significato di genere e non di specie. Il Testo unico comprende infatti molte leggi specifiche istitutive delle singole imposte richiamate dall'art. 2752, ultimo comma c.c. in via riassuntiva con il sostantivo reso al singolare. Al richiamo deve attribuirsi effetto di rinvio

all'atto astrattamente generatore dell'imposizione, non ad una legge specifica istitutiva della singola imposta.

Secondo *questa* impostazione, tutti i tributi locali, devono avere collocazione privilegiata ai sensi del comma 3 dell'art. 2752 c.c.

Secondo Batistoni Ferrara sono assistiti dal privilegio di cui all'art. 2752, comma 4, c.c., l'imposta di pubblicità (così anche A. Patti), i diritti sulle pubbliche affissioni (A. Patti), le tasse sulle concessioni comunali, la tassa raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani (Tarsu) (così anche A. Patti e Trib. Milano 11 febbraio 2002, in *11 Fall* 2002, p. 791), la tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (in senso conforme, A. Patti); non hanno natura tributaria e quindi non sono assistiti dal privilegio in esame, i corrispettivi di pubblici servizi ed i canoni per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche.

Va poi opportunamente rimarcato che il privilegio per i tributi locali spetta a condizione che i ruoli siano stati resi esecutivi nell'anno in cui il concessionario della riscossione si insinua al passivo fallimentare e nell'anno precedente. In tal senso depone il tenore della legge che, nell'affermare che «hanno lo stesso privilegio», fa chiaramente riferimento al privilegio previsto per le imposte di cui al primo comma. La formulazione originaria della norma - prima delle modifiche apportate nell'anno 1975 -, infatti, non prevedeva la disciplina del privilegio IVA e pertanto lo «stesso privilegio» era, ed è, chiaramente riconducibile a quello previsto per le imposte sui redditi. (Tribunale di Milano 11/02/2002 in *Il Fall*. 2002, n.7/02).

Se il privilegio ex art. 2752, comma 4, ex afferisce anche ai tributi regionali

Scriva F. Batistoni Ferrara:

« Si discute se il privilegio generale possa esser riferito anche ai tributi regionali. La questione è certamente delicata, se si pensa che le norme sui privilegi non sono suscettibili di integrazione analogica e se si tiene conto, d'altra parte, che la legge finanziaria regionale (l. 16 maggio 1970, n. 281) è stata emanata vari anni prima della modifica apportata all'art. 2752, c.c. nel quale non si fa parola dei crediti tributali della Regione. Mi sembra, tuttavia, che si debba operare una distinzione: rispetto alle tasse sulle concessioni regionali, alla tassa di circolazione (ora sul possesso) di veicoli e alla tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, gli artt. 3, 4 e 5 della l. n. 281 del 1970 rinviano, per quanto non espressamente disposto, alle norme statali che disciplinano gli stessi tributi. Ritengo perciò che i corrispondenti privilegi statali e provinciali possano trovare applicazione ai relativi crediti della Regione, mentre non mi par configurabile un privilegio riferibile alle somme dovute per imposta sulle concessioni statali del demanio e del patrimonio indisponibile.

Neppure mi pare possibile riferire il privilegio all'imposta regionale sulle attività produttive. Vero è che l'art. 25 d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 prevede che, fino a che le Regioni non abbiano disciplinato le procedure applicative del tributo, si applichino, per l'accertamento e la riscossione, le disposizioni proprie delle imposte erariali sui redditi e che, per gli artt. 26 e 27, parte del gettito viene attribuito allo Stato ed è prevista la compartecipazione delle province e dei comuni al gettito medesimo, ma è problematico ricondurre le norme sui privilegi alla nozione di disposizioni

per l'accertamento e la riscossione, mentre la parziale attribuzione del gettito allo Stato e agli altri enti territoriali non trasforma il tributo regionale in un tributo erariale, comunale o provinciale »

Relativamente all'IRAP, diversa è l'opinione dell'Amministrazione Finanziaria che, interpretando estensivamente (e non analogicamente) il 1° comma dell'art. 2752 c.c., ritiene che il credito per IRAP gode del privilegio previsto da questa norma, trattandosi di tributo reale erariale (si veda Risoluzione 05/04/2005 n. 41/E dell'Agenzie delle Entrate).

In particolare: 1) il credito relativo alla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (TARSU)

Ad avviso di Tribunale di Monza 3 dicembre 1990, in *II Fall.* 1991, p. 632, il credito ha natura chirografaria.

Ritiene invece Trib. Milano 5 maggio 2004, in causa Esatri contro fall. Trans Alpine Express s.r.l., che il credito sia assistita dal privilegio di cui al comma 4 dell'art. 2752 c.c., con il limite temporale biennale fissato dal comma 1 dello stesso articolo.

In particolare: 2) il credito per ICI

Com'è noto, l'imposta comunale sugli immobili è stata istituita dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 e, quindi, non è compresa nel Testo Unico per la finanza locale, approvato dal RD. 14 settembre 1931, n. 1175. E poiché il comma 4 dell'art. 2752 c.c. riconosce il privilegio ai crediti dei comuni e delle province per le imposte, tasse e tributi previsti dalla legge per la

finanza beale (cioè dal predetto TU.), ne dovrebbe conseguire che non possa essere riconosciuto il privilegio in esame all'ICI ed alla ICIAP (così, per l'ICI, Trib. Padova 2 maggio 2002, in *Giur. merito* 2001. 1148 s.m. e per l'ICIAP Trib. Torino 13 marzo 2000, in *Fall.* 2000,922; Trib. Perugia 12 maggio 1998, in *Rass. g. umbra* 1999, 379; Trib. Reggio Emilia 25 luglio 1995, in *Dir. Fall.*, 1996, H, 553; Trib. Grosseto 9 ottobre 1995, in *Corr. Trib.* 1996, 498 e Trib. Milano 29 aprile 2002 in causa Comune di Varazze contro Fall. COFIM s.rl).

Dopo la pubblicazione del T.U. della legge per la finanza locale, il legislatore ha espressamente attribuito il privilegio di cui al comma 4 dell'art. 2752 ad alcuni tributi commerciali (come l'imposta sulla pubblicità ed i diritti sulle pubbliche affissioni, la tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche e la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani), ma non anche all'ICIAP ed all'ICI e le norme attributive del privilegio noi sono suscettibili di applicazione analogica, anche perché l'art. 2752, comma 4, fa riferimento alla legge (al singolare) per la finanza locale (cioè al TU. approvato dal R.D. 14 settembre 1931, n. 1175) e non alle leggi (anche successive) riguardanti la predetta finanza.

Opposte sono, invece, le conclusioni e le argomentazioni di Trib. Milano 2 ottobre 2000 e di Appello Milano 10 marzo 2003, che riconoscano al credito per ICI il privilegio in esame. La Corte ritiene che la locuzione "Legge per la finanza locale" usata dal comma 4 dell'art. 2752"possiede una manifesta funzione designativi non solo e non tanto di uno specifico testo normativo, quanto e piuttosto del compendio categoriale di norme che riferiscono con organicità alla Finanza locale nel loro progressivo evolversi". (in senso conforme Trib. Milano 05/05/2004 in causa Esatri c. Fall. Trans Alpine Express s.r.l.)

Abbiamo detto che il privilegio dei tributi locali (ai sensi del comma 4 dell'art. 2752 c.c.) è identico a quello che assiste i tributi statali diretti; è soggetto al limite biennale sanato dall'art. 2752. Tuttavia dal momento che molti tributi locali non vengono riscossi a mezzo ruolo, appare in questi casi un dubbio: il rispetto del termine del biennio.

Si segnala comunque che, a seguito dell'approvazione del d.lgs, n. 46 del 26 febbraio 1999, l'art. 17 del medesimo decreto ha esteso la riscossione mediante ruolo a tutte le entrate coattive dello Stato anche diverse dalle imposte sui redditi e a quelle degli enti pubblici previdenziali esclusi quelli economici. Come già esplicitato, quindi, tale sistema della riscossione tramite ruolo diviene il sistema prioritario di riscossione delle entrate dello Stato.

Ma come abbiamo visto il sistema di riscossione a mezzo ruolo non è obbligatorio, ma facoltativo, per gli Enti locali.

Se esso è utilizzato, allora opera sicuramente il limite biennale di cui all'art. 2752.

Ciò è stato statuito da Trib. Milano 11/02/2002 in causa Esatri contro fall. Trans. Alpine Express s.r.l. e da Trib Milano 05/05/2004 in causa Comune di Orio Sotto c. Fall. Edilgest Finanziaria S.p.a. che. Però, fa decorrere il biennio dalla data di dichiarazione di fallimento.

Il credito del comune e della Regione per le spese di bonifica e di ripristino ambientale

Il Decr. Legisl. 05/02/1997 n. 22 disciplina la gestione dei rifiuti (vietandone l'abbandono ed il deposito incontrollato sul suolo nonché l'immissione nelle acque) e stabilisce, che il Sindaco possa disporre con

ordinanza le operazioni necessario al ripristino ambientale, previa fissazione di un termine per l'adempimento, decorso il quale, l'ente pubblico (il Comune, o la Regione ove il primo non provveda) procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate (vedasi artt.14 e 17 D. Lgs. 22/1997).

La giurisprudenza amministrativa da tempo è orientata a ritenere, che l'ordine di ripristino ambientale possa essere rivolto unicamente al soggetto obbligato, per tale dovendosi intendere, colui il quale abbia tenuto un comportamento commissivo od emissivo nell'abbandono di rifiuti qualificato almeno dalla colpa, con esclusione quindi di una responsabilità oggettiva ricollegabile alla mera consapevolezza dell'esistenza dei rifiuti.

Dal complesso di tali disposizioni, ai fini che qui interessano, si desume, che nel caso di abbandono di rifiuti la P.A. non può ordinare al Curatore dell'impresa fallita di smaltirli a proprie spese, perché la normativa attuale esclude, che al Curatore sia addebitabile direttamente un comportamento colposo e che in qualità di organo della procedura sia destinatario di un obbligo di ripristino aziendale (si escludono l'ipotesi di rifiuti prodotti per effetto dell'esercizio dell'attività in corso di procedura ex art. 90 L.F. e la corresponsabilità con il proprietario almeno a titolo colposo nella condotta illecita dell'abbandono).

Ad ulteriore conferma di tale assunto va evidenziato che le disposizioni in vigore prevedono che l'ente pubblico possa procedere all'esecuzione d'ufficio delle opere di ripristino e l'art. 18 del D.M. 25 ottobre 1999 n. 47 dispone che, ove il sito inquinato sia oggetto di procedura esecutiva immobiliare ovvero di procedura concorsuale di cui al RD. 267/1942, il Comune debba domandare l'ammissione al passivo per la somma corrispondente all'onere di bonifica preventivamente determinato in via

amministrativa.

Dal complesso di tali disposizioni si desume che, non essendo addebitabile al curatore fallimentare alcun comportamento colposo nell'abbandono dei rifiuti, lo stesso non può considerarsi destinatario dell'obbligo di ripristino ambientale.

L'obbligazione derivante dalla necessità di bonifica, pertanto, deve considerarsi concorsuale e quindi l'ente pubblico dovrà provvedere all'esecuzione della stessa salvo poi il diritto di chiedere l'insinuazione al passivo secondo le regole di cui agli artt. 93 e 101 L.F.

In forza dell'art. 17 D. Lgs. 22/1997 le spese di ripristino hanno carattere privilegiato.

Il punto 11 dell'art. 17 D. Lgs. 22/1997, infatti così recita: «... Le spese sostenute per la messa in sicurezza, la bonifica ed il ripristino ambientale delle aree inquinate di cui ai commi 2 e 3 sono assistite da privilegio speciale immobiliare sulle aree medesime, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2748, secondo comma, del codice civile. Detto privilegio si può esercitare anche in pregiudizio dei diritti acquisiti dai terzi sull'immobile... ».

Il privilegio che assiste il credito dello Stato per le imposte sulla produzione e sui consumi (c.d. accise)

Il d.lgs. 26 ottobre 1995 n. 504 ha riorganizzato l'arcipelago delle imposte di fabbricazione e di consumo. Esso è suddiviso in quattro titoli: il primo, dedicato alla disciplina generale delle « accise » (artt. 1-51); il secondo riguarda l'imposta di consumo sull'energia elettrica (artt. 52-60); il terzo le norme sulle altre imposte indirette (artt. 61- 62); l'ultimo le disposizioni transitorie e finali (artt. 63-68).

Il 3° comma dell'art. 16 dispone: « I crediti vantati dai soggetti passivi dell'accisa verso i cessionari dei prodotti per i quali i soggetti stessi hanno assolto tale tributo, *possono* essere addebitati *a titolo di rivalsa* ed hanno *privilegio generale sui beni mobili del debitore con lo stesso grado del privilegio generale stabilito dall'art. 2752 c.c., cui tuttavia è posposto, limitatamente ad un importo corrispondente all'ammontare dell'accisa, qualora questa risulti separatamente evidenziata nella fattura relativa alla cessione* ».

Questa disposizione può essere interpretata in senso letterale o in senso sostanziale.

L'interpretazione letterale (più immediata ed agevole) porta a ritenere che il privilegio previsto dalla norma nasce o comunque può essere riconosciuto *solo se* (cioè *alla condizione che* l'ammontare dell'accisa pagata dal soggetto passivo « *risulti separatamente evidenziata nella fattura relativa alla cessione* »).

Chi, invece, interpreta la norma in senso sostanziale, ritiene che ciò che interessa è che, attraverso un semplice calcolo aritmetico della cifra globale indicata nella fattura relativa alla cessione, si possa esattamente determinare e scorporare l'accisa pagata dal soggetto passivo ed addebitata, in via di rivalsa, al cessionario; quindi, ciò che rileva, non è che l'accisa risulti separatamente evidenziata nella fattura relativa alla cessione », quanto l'avvenuto pagamento.

Comunque, essendo il cedente un sostituto d'imposta, egli, effettuato il pagamento dell'accisa allo Stato, si surroga a questo (anche nel privilegio di cui al comma 1 dell'art. 16), ai sensi dell'art. 1203, n. 3, c.c.

Il privilegio speciale mobiliare afferente i crediti dello Stato per tributi indiretti (art. 2758 c.c.)

Il comma 1 dell'art. 2758 dispone che "i crediti dello Stato per i tributi indiretti hanno privilegio sui mobili ai quali i tributi si riferiscono e sugli altri beni indicati dalle leggi relative, con l'effetto da esse stabilito".

Secondo Cass. 12/01/1999 n. 244:

- a) se il bene non sia né acquisito né acquisibile alla massa, non essendo possibile espropriare il bene al fine di ricavarne una somma, la prelazione è preclusa;
- b) se il bene sia acquisito alla massa è possibile l'espropriazione e quindi la prelazione opera;
- c) se il bene sia acquisibile alla massa perché operi la prelazione è necessaria la (previa) acquisizione del bene. (...)

Nel caso in cui il bene non sia acquisito ma sia acquisibile alla massa perché operi la prelazione occorrerebbe, come si è visto, prima esperire positivamente azioni intese all'acquisizione del bene e poi procedere all'espropriazione di questo.

Circa il momento in cui deve rilevarsi l'esistenza fisica dei beni nel patrimonio del fallito al fine dell'esistenza del privilegio speciale, sono risultati diversi gli orientamenti della Suprema Corte circa la necessità di valutare l'esistenza fisica dei beni al momento della verifica dello stato passivo o al momento del riparto dell'attivo.

In alcuni casi la Suprema Corte ha ribadito il concetto secondo cui "l'accertamento della esistenza del bene sul quale è dato il privilegio speciale ... deve essere compiuto in sede di verifica dello stato passivo non

in sede di attuazione del piano di riparto", e che " in caso di mancato reperimento ... non v'è privilegio" (Cass. 02/02/1995, n. 1227).

Altre sentenze della Suprema Corte sono invece nel senso di ritenere che l'accertamento dell'esistenza del privilegio deve essere questione del giudice del riparto e non del giudice della verifica (cfr. Cass. 18/06/1982, n. 3728).

Il privilegio in tema di imposta di registro

Tra i tributi indiretti un posto particolare merita l'imposta di registro, attualmente disciplinata dal d.P.R. n. 131/1986.

Il comma 4 dell'art. 56 del d.P.R. citato stabilisce che « lo Stato ha privilegio secondo le norme stabilite dal c.c. » e quindi secondo le norme dettate dall'art. 2758 e dall'art. 2747 c.c.

Il credito dello Stato per l'imposta di registro è assistito da privilegio speciale mobiliare. Oggetto dello stesso è « il bene trasferito o permutato con i suoi accessori (frutti e pertinenze) e non il corrispettivo » (così RUISSI). Quindi « in quegli atti che hanno per contenuto lo scambio fra cose mobili ed un corrispettivo in denaro, oggetto del privilegio sono le cose mobili; in quelli in cui il contenuto è lo scambio di cose mobili (specificate) con altre cose mobili (specificate), il privilegio grava su tutte le cose che costituiscono oggetto di scambio. Quando il contenuto della contrattazione si identifica in una cessione di credito, il privilegio grava sul credito stesso. Il privilegio non trova invece applicazione nel caso di atti che abbiano come contenuto lo scambio di servizi contro un corrispettivo in denaro; si applica, invece, nel caso che il corrispettivo sia pattuito e dato in cose mobili di specie, nel qual caso il privilegio grava su queste ultime » (così PRATIS). Il privilegio si estende alle sanzioni.

Il privilegio in tema di credito di rivalsa IVA

Hanno privilegio speciale mobiliare « i crediti di rivalsa verso il cessionario ed il committente, previsti dalle norme relative all'imposta sul valore aggiunto, sui beni che hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio » (art. 2758, comma 2 c.c.).

Egual privilegio hanno i crediti di rivalsa, verso il cessionario ed il committente, previsti dalle norme relative all'imposta sul valore aggiunto, sugli immobili che hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio (art. 2772, comma 3 c.c.).

Va opportunamente notato che il credito di rivalsa per IVA è previsto dall'art. 18 d.P.R. n. 633 il quale, a seguito della modifica apportata dal d.P.R. 23 dicembre 1974, n. 687, risulta così teorizzato « il credito di rivalsa... se è relativo alla cessione di beni mobili, ha privilegio sulla generalità dei mobili del debitore con lo stesso grado del privilegio generale stabilito dall'art. 2752 c.c., cui tuttavia è posposto».

Quindi, mentre l'art. 18, cit., prevede per i crediti di rivalsa, per IVA il privilegio generale mobiliare, l'art. 2758, comma 2 c.c., a seguito della modifica apportata dalla l. 28 luglio 1975, n. 426, prevede per tale credito di rivalsa il privilegio speciale mobiliare. La presenza di due norme contrastanti e successive nel tempo, ha posto il problema della individuazione del tipo di privilegio che assiste i crediti di rivalsa del cessionario o del committente, per le cessioni dei beni mobili o per i servizi relativi agli stessi.

La giurisprudenza del Tribunale di Milano (v. sentenze 20/01/1977, in *Dir. fall.*, 1977, II, p. 236, 28/04/1977, in *Boll. Trib.*, 1977, p. 1023; 16/04/1981 in causa Cartiere Burgo s.p.a. c. Fallimento Istituto Editoriale Italiano;

02/02/1981 in causa Cartiere Burgo c. Fallimento Printeco s.p.a.) si è consolidata nel ritenere il credito di rivalsa per IVA assistito da privilegio speciale mobiliare (o immobiliare).

Va ricordato che il creditore che invochi una causa legittima di prelazione ha l'onere di dimostrare non solo l'astratta natura privilegiata del credito, ma anche i presupposti necessari per il concreto esercizio del privilegio, indicando i beni che ne sono oggetto e provandone resistenza tra quelli assoggettati all'espropriazione (Cass. 25/07/1975, n. 2901. in *Dir. fall.*, 1976, II, p. 89).

Ne consegue che il creditore che voglia partecipare al concorso deve, nella domanda di ammissione, indicare non solo la causa e l'entità del credito, ma anche i beni sui quali il privilegio viene fatto valere (Cass. 20/03/1972, n. 843).

Se si accerta che il bene non è più nel patrimonio del fallito, il credito di rivalsa per IVA va ammesso in chirografo.

Il privilegio in tema di credito di rivalsa IVA dei professionisti

Ai sensi dell'art. 6, comma 3, d.P.R. n. 633/1972, "Le prestazioni di servizi si considerano effettuate all'atto del pagamento del corrispettivo". Questa norma non identifica il momento in cui si è concluso il servizio, ma individua soltanto a fini fiscali il momento in cui le operazioni effettuate diventano imponibili a fini IVA, e l'IVA diventa esigibile.

Non può quindi dipendere dalla facoltà data al professionista di emettere la propria fattura all'atto del compimento del servizio richiesto o nel momento, generalmente successivo, di incasso dei corrispettivi, l'ammissione dello stesso credito IVA in prededuzione o al chirografo.

La giurisprudenza della S.C. (Cass. 04/06/1994 n. 5429; Cass. 02/02/1995 n. 1227) si è consolidata nel ritenere che il credito del professionista per l'IVA di rivalsa è concorsuale e non prededucibile in quanto: l'evento generatore dello stesso si è verificato e concluso prima della dichiarazione di fallimento ed ha riguardato il fallito, perché inoltre il curatore non ha assunto alcuna obbligazione nei confronti del professionista e quindi subentra soltanto negli adempimenti relativi all'IVA e non anche nei rapporti obbligatori che ne costituiscono la fonte.

Crediti dello Stato per imposte doganali

La materia doganale è attualmente disciplinata dal d.P.R. 23/01/1973, n. 43. Per imposte doganali si intendono tutti quei « diritti » (diritti doganali, diritti di confine, dazi di importazione e di esportazione, diritti di monopolio sovrainposte di confine di esportazione) che la dogana riscuote in forza di legge, in relazione alle operazioni doganali (art. 34).

Presupposto dell'imposta è il compimento dell'operazione doganale.

Solidalmente obbligati al pagamento del tributo sono: il proprietario effettivo della mercé, colui che la presenta in dogana o la detiene al momento dell'entrata nel territorio doganale o dell'uscita dal medesimo ed infine tutti coloro per conto dei quali la mercé è stata importata od esportata (artt. 38 e 56).

Non è soggetto passivo del tributo chi acquista la mercé dopo l'importazione.

In caso di fallimento del soggetto passivo, il credito dello Stato per imposte doganali sarà ammesso al passivo del fallimento in via privilegiata o in prededuzione, a seconda che l'operazione doganale sia stata compiuta prima

della procedura concorsuale o dopo la stessa, dal curatore, se del caso, previamente autorizzato dal giudice delegato.

I crediti dello spedizioniere doganale (artt.da 40 a 54 TULD)

Lo spedizioniere doganale è una figura professionale, specializzata in questa materia, che rappresenta il proprietario della merce nelle operazioni presso L'Autorità doganale (art. 1, L. n. 213/2000).

Con l. 20 dicembre 1960 n. 1612 è stato istituito l'*Albo degli Spedizionieri doganali*, che consente agli stessi di poter operare; è altresì previsto sia dalle normative comunitaria che da quella nazionale l'esercizio all'attività anche degli spedizionieri doganali non iscritti all'Albo, purché si tratti di un dipendente del proprietario della merce (art. 43 TULD, come modificato dalla L. n. 146/98), ed iscritti nell'apposito elenco formato e tenuto aggiornato dal competente Collegio compartimentale degli spedizionieri doganali, al quale viene segnalata di volta

In volta ogni variazione, compresa quella del personale ausiliario dello spedizioniere stesso.

Gli spedizionieri iscritti all'Albo e quelli dipendenti dalla Ditta, possono rappresentare il proprietario della merce presso l'Autorità doganale nella fase della presentazione della dichiarazione scritta e/o nel compiere determinati atti o di osservare o di compiere determinati obblighi (art. 40 TULD come modificato da l. n. 146 del 8 maggio 1998; artt. 5 e 64 CDC).

Prima dell'entrata in vigore delle disposizioni del CDC, lo spedizioniere doganale era la sola figura cui poteva essere conferita la rappresentanza per il compimento delle operazioni doganali (art. 40 TULD), pertanto egli costituiva l'unico filtro tra operatore e l'Autorità pubblica; attualmente

invece ogni operatore può provvedervi in proprio o farsi rappresentare da un qualsiasi soggetto in grado di effettuare le operazioni richieste.

Lo spedizioniere non è più tenuto al pagamento in via sussidiaria dei maggiori diritti doganali dovuti a seguito di rettifica dell'accertamento o di revisione della liquidazione, come prevedeva il 2° comma dell'art. 41 del TULD, ora abrogato dalla l. n. 146/98; egli, tuttavia, è obbligato in solido con il proprietario della merce nella rappresentanza diretta (art. 5, comma 4, 2° capoverso CDC). E' considerato errore scusabile (ai sensi dei d.lgs nn. 471 e 472 del 1997), ai fini delle sanzioni, l'errore dello spedizioniere commesso in buona fede, quando presenta una dichiarazione con elementi falsi o inesatti (cir. N. 292/D del 23 dicembre 1998).

Nel caso di omesso pagamento dell'imposta sul valore aggiunto a fronte di dichiarazione di intento presentata in dogana, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.l. 29 dicembre 1983, n. 746, convertito, con modificazioni, in l. 27 febbraio 1984, n. 17, rispondono soltanto i cessionari, i committenti e gli importatori che hanno sottoscritto la dichiarazione d'intento, e non anche lo spedizioniere doganale che l'ha presentata (art. 8, l. n. 213/2000).

Si discute se lo spedizioniere che abbia anticipato per conto del committente le somme dovute allo Stato per operazioni doganali possa essere surrogato convenzionalmente (artt. 1201, 1202, c.c.) o legalmente (art. 1203, n. 3, c.c.) nel particolare privilegio dello Stato, indipendentemente dal possesso delle cose sdoganate (art. 2758, primo comma, c.c.).

Al quesito, a nostro avviso, deve essere data risposta affermativa, in particolare per quanto riguarda la surrogazione legale e ciò perché disponendo la legge doganale che lo spedizioniere, per le operazioni da lui compiute, è tenuto, in via sussidiaria, al pagamento dell'imposta doganale

in luogo del proprietario della merce, pone un obbligo a carico dello spedizioniere stesso, derivante dall'esercizio della operazione di spedizione della merce per conto e nell'interesse del committente (così ancora Asquini).

In senso contrario v. però Trib. Vicenza 6 dicembre 1989 in *Foro it.*, 1990, p. 839 che nega il diritto alla surrogazione legale nel privilegio dello Stato per le somme a questo versate per le operazioni doganali, ritenendo che lo spedizioniere doganale non è tenuto né con altri né per altri al pagamento del tributo.

Qualora però lo spedizioniere doganale, nello svolgimento delle operazioni doganali per conto del proprietario della merce si avvalga della facoltà di differire il pagamento dei tributi doganali, ai sensi degli artt. 78 e 79 della legge doganale, stipulando a tal fine con una società di assicurazione una polizza fideiussoria sostitutiva della cauzione, la società che abbia prestato la fideiussione e sia stata costretta al pagamento dei tributi, ha diritto di regresso nei confronti del proprietario della merce che, sebbene si sia avvalso dell'opera dello spedizioniere doganale, rimane pur sempre soggetto passivo del rapporto tributario e, quindi, dell'obbligazione garantita.

Così la consolidata giurisprudenza della S.C. della quale si riportano le seguenti massime:

Quando lo spedizioniere doganale, nell'eseguire le operazioni in dogana per conto del proprietario della merce, ancorché in forza di subdelega ricevuta dal mandatario di quest'ultimo, si avvalga della facoltà di differire il pagamento dei tributi doganali, ai sensi degli artt. 78 e 79 d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43, stipulando all'uopo con società di assicurazioni una polizza fideiussoria, sostitutiva della cauzione ed identificante l'obbligazione

garantita nel debito inerente a detti tributi, a tale società, che per il suddetto titolo sia stata escussa dall'amministrazione finanziaria, deve essere riconosciuto diritto di surrogazione e regresso (artt. 1949-1951 c.c.) nei confronti del proprietario-importatore, il quale, nonostante il ricorso all'attività dello spedizioniere (che assume la veste di condebitore in solido), è soggetto passivo del rapporto tributario e, quindi, dell'obbligazione garantita. Poiché l'indicata surrogazione avviene in tutti i diritti e le azioni spettanti all'amministrazione, sulle somme pagate il fideiussore ha diritto, a partire dal giorno del pagamento, agli interessi nella misura di cui all'art. 86 del citato d. P.R. (*Cass. civ., sez. III, 24 gennaio 2002, n. 845, Soc. Vimatex c. Soc. La Fondiaria assic. e altro*, Giust. civ. Mass., 2002, 125, Giust. civ., 2002, I, 1243).

Lo spedizioniere doganale che, nell'eseguire le operazioni in dogana per conto del proprietario della merce (ancorché in forza di subdelega ricevuta dal mandatario di quest'ultimo), si avvalga della facoltà di differire il pagamento dei tributi doganali (artt. 78 e 79 d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43) può stipulare, all'uopo, una polizza fideiussoria in sostituzione delle cauzione con una società di assicurazioni che, ove escussa per il suddetto titolo dall'Amministrazione finanziaria, ha diritto di surrogazione e regresso (artt. 1949-1951 c.c.) nei confronti del proprietario-importatore, il quale nonostante il ricorso all'attività dello spedizioniere (che assume la veste di condebitore in solido), è soggetto passivo del rapporto tributario e, quindi, dell'obbligazione garantita. Il coinvolgimento del proprietario-importatore della merce nell'obbligazione insorta a carico dello spedizioniere ed a favore del fideiussore, difatti, non discende direttamente dalla garanzia fideiussoria assunta dall'operatore doganale, ma dal rapporto fra lo stesso proprietario-importatore e lo spedizioniere mandatario (o submandatario)

incaricato dell'operazione (*Cass. civ., sez. I, 19 febbraio 1999, n. 1399, Soc. Italiana cauzioni c. Soc. Ranx Xerox*, Giust. civ. Mass., 1999, 443; *conferma Cass. civ., sez. I 12 giugno 1998, n. 878, Soc. Assitalia assicur. C. Soc. Fiocchi*, Giust. it., 1999, 197).

Ciò premesso si discute sulla individuazione del privilegio che assiste il credito dello spedizioniere doganale, per la sua attività. Secondo Trib. Torino, 8 gennaio 1969, in *Dir. fall.*, 1969, p. 315, lo spedizioniere doganale non solo rappresenta il proprietario della merce ed agisce in suo nome per suo conto ed in sua voce, ma si obbliga, anche in nome proprio, pur rimando il proprietario della merce medesima obbligato in via principale. La responsabilità dello spedizioniere doganale è quindi sussidiaria, non essendo lo stesso tenuto in solido con il proprietario, come risulta dal combinato disposto degli artt. 17 l. doganale e 1924 c.c.. Da ciò consegue che, essendo egli un mandatario, per i diritti doganali e per le imposte generali sull'entrata, egli può vantare il privilegio del mandatario, ma soltanto sulle cose di proprietà del mandante, in quanto detenute per l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 2761, secondo comma c.c..

Ciò è stato contestato da Trib. Milano, 30 aprile- 2 luglio 1970, n. 3831 (in causa Ditta Merlo Enrico e figlio, c. fallimento Cotonificio Valle di Susa) e da App. Milano 1972 (nella medesima causa). I giudici milanesi hanno ritenuto di qualificare lo spedizioniere doganale professionista, prestatore d'opera intellettuale.

In particolare la Corte, dopo aver rivelato che la l. 22 dicembre 1980, n. 1612 ha, tra l'altro, fissato l'obbligo del segreto professionale, l'interdizione ad esercitare altre professioni, l'iscrizione necessaria all'albo, le formalità pubblicistiche della norma, l'onere di sottostare alla liquidazione delle parcelle ad opera di un ente parastatale, l'obbligo di

sottoporsi a controllo disciplinare, ecc., ha affermato che tutto ciò è “consono con la natura intellettuale dello spedizioniere doganale, il quale non si occupa, per così dire, del trasporto delle cose, bensì assume su di sé tutti quei complessi oneri e quei delicati adempimenti burocratici nonché quei difficoltosi incarichi di carattere prettamente giuridico e finanziario inerenti al trasporto, che vanno dai rapporti col trasportatore, ai contatti con le banche e ai collegamenti con gli uffici doganali italiani ed esteri. La risultanza di questa congerie di compiti, ma soprattutto la loro natura tecnica, culturale, decisionale, in funzione di una retta indipendenza operativa, fanno nettamente dello spedizioniere doganale una moderna figura di prestatore d’opera intellettuale”.

Ne consegue che il credito dello spedizioniere doganale va ammesso al passivo del fallimento in via privilegiata ai sensi dell’art. 2751 *bis* c.c.

Condividiamo questa conclusione per quanto riguarda il credito dello spedizioniere doganale-persona fisica, mentre riteniamo che il detto privilegio non possa essere riconosciuto al credito dello spedizioniere doganale-persona giuridica, non potendo a quest’ultima essere riconosciuta la qualità di prestatore d’opera intellettuale, propria delle sole persone fisiche.

Viceversa riteniamo che il privilegio si debba riconoscere nell’ipotesi di società di persone, costituita da due o più soggetti che svolgono tutti l’attività di spedizioniere doganale (ma su ciò, lo riconosciamo, è lecito nutrire qualche dubbio).

I crediti di imposta contestati

A decorrere dal 1° luglio 1999 la normativa in vigore è quella posta dal D.Lgs.

22/02/1999, IL 46 (Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo), che ha sostituito il titolo II del D.P.R. 29-9-1973, n. 602.

In seguito alla sostituzione così operata, il nuovo testo dell'art. 87 del D.P.R. n. 602/1973 prevede che, se il debitore è dichiarato fallito (ovvero sottoposto a liquidazione coatta amministrativa), il concessionario chiede, sulla base del ruolo, l'ammissione al passivo della procedura.

Se sorgono contestazioni sulle somme iscritte a ruolo, il credito è ammesso al passivo con riserva, anche nel caso in cui la domanda di ammissione sia presentata in via tardiva, ex art. 101 L.F.

Nel fallimento, la riserva è sciolta dal giudice delegato con decreto, su istanza del curatore o del concessionario, quando è inutilmente decorso il termine prescritto per la proposizione della controversia davanti al giudice competente, ovvero quando il giudizio è stato definito con decisione irrevocabile o risulta altrimenti estinto (art. 88 del D.P.R. n. 602/1973).

Il provvedimento di scioglimento della riserva è comunicato al concessionario dal curatore, o dal commissario liquidatore, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Contro di esso il concessionario — nel termine di 10 giorni dalla comunicazione — può proporre reclamo al tribunale, che decide in camera di consiglio con decreto motivato, sentite le parti.

La verifica dei crediti del vettore, del mandatario, del depositario e del sequestratario

L'art. 2761 testualmente dispone: « I crediti dipendenti dal contratto di trasporto e quelli per le spese di imposta anticipate dal vettore hanno privilegio sulle cose trasportate finché queste rimangono presso di lui ».

Crediti del vettore

Il privilegio che assiste i crediti del vettore riguarda il solo contratto di trasporto di cose per via terrestre o per via d'acqua interna. Esso non si applica invece al trasporto di persone (e quindi neppure a quello dei bagagli che il viaggiatore, affidatosi ad un terzo vettore, è autorizzato a trasportare con sé) né, in genere, al trasporto marittimo o aeronautico. Il privilegio assiste i crediti per il prezzo del trasporto e per ogni spesa accessoria anticipata dal vettore, relativa a riparazioni, conservazione, deposito (ivi comprese le tasse per sosta), ecc., della cosa trasportata. Esso assiste inoltre i crediti per le spese di imposta anticipate dal vettore. Non rientrano fra queste le spese per imposte che siano a carico esclusivo del vettore, come tale. Vi rientrano invece quelle che colpiscono il trasporto e le merci trasportabili e sono a carico del proprietario, mittente o destinatario, come ad esempio le imposte doganali ed i relativi diritti, le imposte di consumo ecc. Il vettore che ha anticipato le imposte può altresì avvalersi, se del caso, del privilegio che gli compete in surrogazione del fisco, avendo pagato l'imposta quale responsabile di essa. Il privilegio è limitato ai crediti derivanti da ciascun trasporto con l'esclusione, perciò, dei crediti per precedenti trasporti e ciò per l'inerenza del credito e del privilegio alla cosa

trasportata. Il privilegio è condizionato alla conservazione della detenzione da parte del vettore. Tale detenzione non viene meno se questi depositi le cose presso un terzo che le detenga in suo nome; così ad esempio quando le cose siano depositate nei magazzini generali. La riconsegna delle cose al destinatario fa venir meno il privilegio.

Crediti del mandatario

Mandatario è ogni persona che si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto di un altro (mandante). In questa figura rientrano perciò anche il commissionario e lo spedizioniere. Non rientra invece nel concetto di mandatario il rapporto di mediazione e di agenzia, e di lavoro subordinato. Cass., 23 luglio 1966, n. 2035 e GIORDANO, IANELLI, SANTORO, *Il contratto di agenzia*, Torino, 1993, pag. 346 ritengono che, nel caso in cui il preponente abbia conferito all'agente, oltre all'incarico di promuovere la conclusione di contratti, anche quello di stipularli in nome e per conto suo, sul rapporto di agenzia si innesta quello di mandato che conferisce all'agente la facoltà di soddisfarsi sui crediti sorti dall'esecuzione del mandato, con precedenza sul mandante e sui creditori di questo (art. 1721) in aggiunta al privilegio generale sui mobili ed a quello speciale sui mobili (art. 2761, secondo comma, c.c.) ed al diritto di ritenzione (art. 2761, ultimo comma e 2756, ultimo comma, c.c.).

Per crediti derivanti dall'esecuzione del mandato si intendono il compenso dovuto al mandatario, le anticipazioni, le spese da lui fatte per conto del mandante ed inoltre il risarcimento dei danni subiti a causa dell'incarico (art. 1720 c.c.).

Il privilegio previsto dal secondo comma dell'art. 2761 c.c., a tutela dei crediti del mandatario derivanti dall'esecuzione del mandato, trova la sua lontana origine nell'esigenza di proteggere il commissionario che, su piazze diverse da quelle del committente, acquistava e vendeva merce per conto od anche, a volte, a nome di questo ultimo (v. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, pag. 179).

Tale essendo la *ratio* dell'art. 2761, secondo comma, c.c., il privilegio in esame *non* può essere riconosciuto ai prestatori di lavoro subordinato, ai prestatori d'opera intellettuale, agli institori, agli amministratori, ai sindaci di società di capitali (così Ruisr, *I privilegi, op. cit.*, pag. 217), all'agente ed al mediatore, a meno che quest'ultimo non dimostri di aver acquistato i crediti nell'esecuzione dell'incarico di rappresentanza previsto dall'art. 1761 c.c. Il privilegio in oggetto va invece riconosciuto ai crediti del commissionario e dello spedizioniere (che sono dei sottotipi di mandatari), degli amministratori di società di persone ed ai liquidatori di *società di persone* e di capitali.

Sono escluse dal privilegio in esame le cose illegittimamente detenute dal mandatario e quelle acquistate dal mandatario senza rappresentanza per conto del mandante fino a quando non siano state a questo trasferite o da questo rivendicate, a norma dell'art. 1706, primo comma, c.c. (così ANDRIOLI e RUISI).

Il privilegio di cui al secondo comma dell'art. 2761 grava sui beni mobili specifici (e non sul denaro già appartenente o destinato al mandante, in quanto soggetto a confondersi con il patrimonio del mandatario: così SEMIANI BIGNAR-DI, in *Riv. dir. proc.*, 1962, pag. 137) che siano ancora detenuti dal mandatario per l'esecuzione del mandato.

Oltre a questo privilegio, il mandatario ha il diritto di ritenzione su tali beni mobili; il diritto di farli vendere con la procedura semplificata prevista dall'art. 2727 ed il potere di opporre tale « ritenzione privilegiata » anche ai terzi che vantino diritti sui detti beni (e ciò per il rinvio che l'art. 2761 fa al secondo e terzo comma dell'art. 2756 c.c.).

Si discute se il privilegio in questione si eserciti sulle cose detenute nel corso dell'intero rapporto o solo su quello riguardante le singole operazioni.

La dottrina (MINERVINI e LUMINOSO) dà risposta affermativa in relazione ai casi nei quali si tratti di affari trattati in esecuzione del medesimo mandato e risposta negativa rispetto ai casi di affari formanti oggetto di distinti mandati.

Anche per il mandatario l'efficacia del privilegio è subordinata alla detenzione della cosa mobile al momento dell'inizio dell'esecuzione. Tale detenzione può essere mantenuta anche per tramite di un terzo.

Il mandatario ha altresì il diritto di soddisfarsi sui crediti pecuniari sorti dagli affari che ha concluso, con precedenza sul mandante e sui creditori di questo (art. 1721 ex.).

Trattasi, com'è evidente, di uno strumento di autotutela legale (e non già di un privilegio) che consiste nel diritto di riscuotere direttamente dal terzo il credito derivato dall'esecuzione del 1 mandato e nel diritto di soddisfarsi sulle somme incassate, con il meccanismo della compensazione (così MINERVINI, MIRABELLA BILE, TILOCCA, PETEAN; LUMINOSO ritiene invece trattarsi di pegno di credito).

È disputato se lo strumento di autotutela legale previsto dall'art. 1721 c.c. operi nel caso di fallimento del mandante.

Nessun dubbio per quanto riguarda la facoltà del mandatario di esigere il credito direttamente dal terzo.

È invece dubbio il diritto di soddisfacimento immediato sulle somme incassate.

Condizione per il soddisfacimento è l'ammissione con prelazione del credito del mandatario al passivo del fallimento del mandante. Secondo Cass. n. 79/1968, il soddisfacimento del credito assistito da pegno o dal privilegio *ex artt.* 2756 e 2761 deve avvenire nell'ambito della procedura concorsuale ed è differito al momento del riparto, ma ciò non toglie che la somma revocata rimanga vincolata al pagamento preferenziale del creditore tutelato dal diritto di ritenzione, così come l'acquisizione delle cose gravate da pegno non estingue la garanzia del creditore pignoratizio (in senso contrario VENDITTI, RUISI, RUSSO, PETEANI).

Crediti del depositario

Ogni tipo di depositario può avvalersi del privilegio in esame. Possono avvalersene quindi l'albergatore, il prestatore d'opera al quale il bene fu affidato per la riparazione ed anche i magazzini generali ai quali il cpv. dell'art. 1789 riconosce altresì uno speciale diritto di prededuzione. Tale diritto è in relazione alla facoltà, riconosciuta dal primo comma dell'art. 1789 di vendere le merci nelle forme previste dall'art. 1515. Quando la vendita sia conclusa, il deposito delle merci si trasforma in deposito irregolare, con immediato e contestuale trasferimento del danaro ai magazzini generali. Da ciò deriva un debito di restituzione, dal quale essi possono detrarre, mediante compensazione, quanto loro dovuto a causa del deposito.

Il privilegio non opera nel caso di deposito cauzionale (art. 1851 c.c.), di deposito irregolare (art. 1782 c.c.) e di deposito bancario di denaro (art.

1834 c.c.), in quanto le cose depositate, essendo beni fungibili, passano in proprietà del depositario ed è quindi configurabile il diverso meccanismo della prededuzione (così RUISI, GAETANO, TUCCI).

Il privilegio assiste qualsiasi credito nascente dal rapporto e specialmente i crediti per il compenso per la custodia (nel deposito oneroso) e quelli per spese di conservazione e riparazione della cosa o per i danni da questa prodotti senza colpa del depositario e del sequestratario. A proposito dei crediti per spese relative alla conservazione si deve ricordare che al depositario e sequestratario convenzionale di cose mobili, non spetta il privilegio contemplato dall'art. 2756, che è invece riservato in caso di custodia non contrattuale o quando il titolo contrattuale non possa essere fatto valere.

La verifica di altri crediti ritenuti chirografari

In giurisprudenza si è statuito che hanno natura chirografaria i crediti

- per indennità supplementare per i dirigenti industriali (Tribunale di Como 06/12/1998 in *Il Fall*, 1992, p. 721);
- del componente dell'impresa familiare per suddivisione degli utili (Tribunale di Milano 13/01/00 in *Il Fall*, 2000, p. 576);
- del dipendente dell'imprenditore appaltante, che abbia agito nei confronti del committente ai sensi dell'art. 1676 ce, in forza del vincolo di solidarietà previsto in questa norma (Tribunale di Torino 17/01/1997 in *Il Fall* 1997, p. 544);
- per contributi sindacali che l'imprenditore è tenuto a versare ai sensi dell'art. 26 della legge 20/05/1970 n. 300 (Tribunale di Torino

- 07/05/1991 in *Il Fall*, 1991, p. 872 e Tribunale di Genova 06/02/1989 in *Il Fall*, 1989, p. 933);
- da rivalsa dell'INAIL nei confronti del datore di lavoro responsabile del danno subito dal lavoratore, a seguito d'infortunio (Tribunale di Milano 13/04/1992 in *Il Fall*, 1992, p. 759);
 - per contributi a favore del Fondo Anzianità professionale Edile (Tribunale di Genova 23/06/1992 in *Il Fall*, 1992, p. 1191);
 - per prestazioni professionali o per servizi resi da una società di capitali (Tribunale di Roma 11/07/1995 in *Il Fall*, 1996, p. 204);
 - per prestazioni professionali eseguite dal legale di controparte (Tribunale di Milano 20/07/1995 in *Il Fall*, 1996, p. 96);
 - relativo al compenso spettante all'amministratore sociale (Tribunale di Monza, 26/05/03 in *Il Fall* 2004, p. 453);
 - per soprattasse per mancato pagamento di tributi diretti (Tribunale di Alba 20/10/1993 in *Il Fall*, 1994, p. 632);
 - per contributi in materia di concessione edilizia (Tribunale di Milano 16/01/1999 in *Il Fall*, 1999, p. 570);
 - per ICIAP (Tribunale di Grosseto 09/10/1995 in *Il Fall* 1996, p. 204);
 - per spese di urbanizzazione (Tribunale di Grosseto 29/09/2000 in *Il Fall*, 2001, p. 112);
 - per tassa raccolta rifiuti ed utilizzo di passi carrai;
 - per imposte comunali di pubblicità;
 - per imposta di registro corrisposta su decreto ingiuntivo (Tribunale di Milano 20/03/1989 in *Il Fall* 1989, p. 857);
 - spese di registrazione del decreto ingiuntivo e per iscrizione dell'ipoteca giudiziale (Tribunale di Grosseto 18/01/1993 in *Il Fall*, 1993, p. 670);
 - per contributi dovuti al F.A.S.I.;

- per contributi assicurativi e previdenziali per i quali non è previsto il requisito dell'obbligatorietà (Tribunale di Genova 08/11/1994 in *II Fall*, 1995, p. 326);
- per spese processuali sostenute in un giudizio di cognizione, anche a seguito di distrazione in favore del professionista (Tribunale di Roma 09/09/1998 in *II Fall*, 1999, p. 458);
- per sanzioni amministrative erogate in seguito al mancato pagamento di contributi assicurativi e previdenziali (Tribunale di Torino 03/06/1989 in *II Fall*, 1989, p. 1173);
- per sanzioni erogate a causa della irregolarità dei documenti di accompagnamento dei beni viaggianti (Tribunale di Milano 12/01/1995 in *II Fall*, 1995, p. 783);
- crediti cartolari (Tribunale di Modena 14/01/1985, in *II Fall*, 1985, p. 795);
- relativo al canone per la prestazione del servizio radiotelegrafico a bordo delle navi (Tribunale di Palermo 02/06/1998 *II Fall*, 1999, p. 575);
- credito del CONAI (Tribunale di Monza; Tribunale di Milano)

CAPITOLO XIX
LA VERIFICA DEI CREDITI NEL FALLIMENTO DELLE
SOCIETÀ DI PERSONE E DEI SOCI ILLIMITATAMENTE
RESPONSABILI

L'art. 148, terzo comma, 1. fall., dopo aver precisato che nel caso previsto dall'art. 147 1. fall, il Tribunale nomina sia per il fallimento della società, sia per quello dei soci, un solo giudice delegato e un solo curatore, dispone al terzo comma che «il credito dichiarato dai creditori sociali nel fallimento della società s'intende dichiarato per l'intero e con il medesimo eventuale privilegio generale anche nel fallimento dei singoli soci».

L'interpretazione della norma ha condotto giurisprudenza e dottrina prevalenti ad escludere la necessità di formulare tante istanze d'ammissione quanti sono gli stati passivi ritenendo che la dichiarazione di credito fatta nel fallimento della società si estende automaticamente al fallimento dei singoli soci illimitatamente responsabili ancorché solo successivamente scoperti.

Quella del terzo comma dell'art 148 1. fall, è una norma di carattere *processuale* che riguarda la *presentazione* della domanda e non il suo accoglimento; ne consegue che non tutti i crediti insinuati nel passivo sociale fanno parte del passivo dei singoli soci, ma soltanto quelli per i quali sussiste anche la responsabilità sodale del socio.

Quindi nel caso di:

- 1) fallimento del socio escluso, receduto o defunto, poiché questo è responsabile delle obbligazioni contenute dalla società fino al giorno in cui diventa operativo lo scioglimento del rapporto sociale, vanno

ammessi nello stato passivo del detto socio solo i crediti sociali *fino* a tale giorno;

- 2) di trasformazione di società di capitale, i soci falliti (non liberati ex art. 2499 c.c.) rispondono solo dei debiti sorti prima della stessa e, di conseguenza, la posizione dei creditori sociali che abbiano presentato la domanda soltanto al passivo della società, va individualizzata negli stati dei soci, limitando l'ammissione ai soli crediti sorti prima della trasformazione (così G. BOZZA). Nel caso di fallimento della società di persone e dei suoi soci illimitatamente responsabili, le masse rimangono distinte (e per ognuna di esse può essere nominato un diverso comitato dei creditori) a causa dell'autonomia patrimoniale della società (d'altra parte, se è vero che i creditori sociali sono anche creditori dei singoli soci, è pur vero che i creditori dei singoli soci non sono necessariamente anche creditori della società).

Ne consegue che:

- a) deve procedersi alla *formazione di distinti stati passivi* ed il decreto con il quale viene dichiarato esecutivo lo stato passivo del fallimento del singolo socio ha efficacia preclusiva solo nell'ambito della massa di tale debitore;
- b) *per i creditori della società*, la domanda di insinuazione al passivo della società medesima vale anche come dichiarazione di insinuazione ai passivi dei singoli soci (la riferibilità dei crediti alla società va specificamente accertata in sede di verifica dello stato passivo e spetta al creditore l'onere di dimostrare che il suo credito si riferisce ad attività svolta dall'impresa sociale);

c) *per i creditori particolari dei soci*, l'insinuazione è limitata al fallimento dei soci loro debitori;

d) il pegno, l'ipoteca e i privilegi speciali, in quanto garanzie aventi per oggetto beni determinati, se concernono beni di proprietà della società, non possono ovviamente estendersi ai beni dei soci (e viceversa).

Conservazione nelle masse personali del privilegio spettante ai creditori sociali

In passato si erano formate due opinioni:

a) *la prima* per la quale «l'automatica ammissione al passivo dei fallimenti dei soci dei crediti ammessi al passivo della società non comporta prelazione, la quale non può infatti prescindere dalla *fonte causale* e dall'individuazione del soggetto obbligato. Pertanto il credito vantato nei confronti della società non conservava la prelazione in sede d'ammissione al passivo *dei* fallimenti personali dei soci (App. Torino, 20 dicembre 1982, in *Fallimento*, 1983, p. 979; nello stesso senso, App. Torino, 1° dicembre 1972 e Trib. Torino, 20 gennaio 1971, in *Dir. fall*, 1974, p. 120; Trib. Torino, 15 giugno 1986, in *Fallimento*, 1989, p. 1392; Trib. Como, 12 novembre 1974, in *Dir. fidi*, 1975, p. 117), diversa essendo la causa delle responsabilità dei soci rispetto a quelli della società. b) *la seconda* opinione sosteneva invece che «il credito che gode di privilegio generale nel fallimento della società di persone conserva tale qualità anche nel fallimento del socio illimitatamente responsabile» (Trib. Milano, 16 ottobre 1975, in *Dir. Fall*, 1976, p. 571; Trib. Milano, 26 maggio 1986, in *Fallimento*, 1986, p. 1273).

Il presupposto logico di questo orientamento si rinveniva nella considerazione che le società di persone sono prive di personalità giuridica e che la loro parziale autonomia patrimoniale non consente di «sostenere che le obbligazioni sociali non siano obbligazioni dirette dei soci, contrattualmente tra di loro legale per un'intrapresa commerciale, e che la posizione di questi ultimi sia invece sussidiaria, nel senso che essi rispondono in modo diverso dalla società» (App. Milano, 7 novembre 1975, in *Banca, borsa. Ut cred.*, 1976, p. 341).

Ne conseguiva, pertanto, che, una volta «accertato che il debitore del socio illimitatamente responsabile è lo stesso debitore della società, non si vede per quale ragione i privilegi generali, e tra questi, quello che assiste il credito dell'appellante, non devono estendersi ai beni personali del socio illimitatamente responsabile» (App. Milano, 7 novembre 1975, *cit*). Il legislatore della riforma ha recepito questa seconda opinione ed ha disposto che «il credito dichiarato nel fallimento della società si intende dichiarato per l'intero e con il medesimo eventuale privilegio generale anche nel fallimento dei singoli soci».

Quid iuris nel caso in cui il giudice delegato, pur avendo ammesso il creditore sociale al passivo del fallimento della società, in via privilegiata, abbia ommesso analogo provvedimento nella massa passiva del socio illimitatamente responsabile dichiarato fallito *ex art. 147 l. fall.* Secondo Cass., 21 giugno 1996, n. 5776:

«Le procedure concorsuali che coinvolgono una società di persone ed i soci illimitatamente responsabili ancorché strutturalmente coordinate dall'unicità del giudice delegato e del curatore, restano separate, essendovi una necessaria distinzione delle masse e degli stati passivi. Ne consegue che, affinché un credito verso la società possa considerarsi ammesso in via

privilegiata nello stato passivo del fallimento di un socio illimitatamente responsabile, occorre che il riconoscimento del privilegio sia avvenuto in sede di formazione di detto stato passivo, atteso che il credito d'esecutività dello stato passivo, emesso dal giudice delegato ai sensi dell'art. 97 l. fall, e divenuto definitivo, svolge effetti preclusivi nell'ambito della procedura fallimentare.

Nelle ipotesi in cui si determini un contrasto di interessi fra le distinte masse dei creditori (ad esempio, per l'assegnazione di un bene determinato) si può ricorrere alla nomina di un *curatore speciale* che assista il fallimento del socio *nel compimento dell'atto* per il quale si è manifestato il conflitto (Cass., 26 giugno 1964, n. 1702, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1730). Tale curatore sociale può rappresentare il fallimento del socio nello specifico contratto con gli interessi del fallimento della società, ma non difendere gli interessi personali del socio contro il suo fallimento (Cass., 15 aprile 1980, n. 2446, in *Foro it.*, 1981, I, c. 184). Il patrimonio della società e quello dei singoli soci sono posti, in seguito alla dichiarazione del fallimento, sullo stesso piano di responsabilità, sicché il *socio dichiarato fallito non ha diritto di ottenere che la liquidazione dei beni sociali preceda la liquidazione di quelli suoi personali* (così in dottrina: DE RTTIS, GHIDINI, MAFFEI ALBERTI, PROVINCIALI, RAGUSA MAGGIORE, ROCCO DI TORREPADULA, TARZIA): deve ritenersi pertanto non operante, nel fallimento, il *beneficium excussionis* del patrimonio sociale, previsto dagli artt. 2268 e 2304 c.c. (in senso contrario: COSTI, DI SABATO e NIGRO). I terzi creditori della società fallita partecipano quindi a tutte le ripartizioni fino all'integrale pagamento, salvo il regresso fra i fallimenti dei soci per la parte pagata in più della quota rispettiva (art. 148,3° comma, l. fall.). A norma dell'art. 148, ultimo comma, l. fall., «*ciascun creditore ha diritto di*

contestare i crediti dei creditori con i quali si trova in concorso». Ciò significa che:

i creditori sociali possono contestare, nel fallimento sociale, gli altri creditori sociali e i creditori particolari dei soci;

i creditori particolari, invece, possono contestare, nel fallimento individuale, gli altri creditori particolari ed i creditori ed i creditori sociali solo in quanto concorrono in quel fallimento personale.

Il concordato del singolo socio, infine, rimane ininfluenza sul fallimento della società.

CAPITOLO XX
QUADRO SINTETICO DELL'ORDINE DEI PRIVILEGI SUI
MOBILI E SUGLI IMMOBILI

Quadro sintetico dell'ordine dei privilegi sui mobili

- 1) Crediti in prededuzione, ex art. 111 L.F. (spese, comprese quelle anticipate all'erario, e debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questa è stata autorizzata);
- 2) crediti per spese di giustizia fatte per atti conservativi o per l'espropriazione di beni mobili, nell'interesse comune dei creditori (art. 2755 cod. civ. — privilegio speciale);
- 3) crediti per le retribuzioni e indennità dovute ai lavoratori subordinati — senza limite di tempo — e crediti degli stessi lavoratori per il trattamento di fine rapporto di lavoro; per il risarcimento del danno conseguente al mancato versamento dei contributi da parte del datore di lavoro e per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile (artt. 2777 e 2751 *bis*, n. 1, cod. civ. — privilegio generale).

La Corte Costituzionale — con sentenza 28 novembre 1983, n. 326 — ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2751 *bis*, n. 1 cod. civ. nella parte in cui non estende il privilegio generale sui mobili in esso previsto al *credito del lavoratore subordinato per danni conseguenti ad infortunio sul lavoro, del quale sia responsabile il datore di lavoro*, nei limiti in cui il creditore non sia soddisfatto della percezione delle indennità

previdenziali ed assistenziali obbligatorie dovute in dipendenza dello stesso infortunio;

4) (A) crediti per le retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera *per gli ultimi due anni di prestazione* (artt. 2777 e 2751 *bis*, n. 2, cod. civ. — privilegio generale).

L'art. 2751 *bis*, n. 2 cod. civ. accordava il privilegio generale sui mobili del debitore esclusivamente ai creditori del prestatore *d'opera intellettuale* ma la Corte Costituzionale — con sentenza 29 gennaio 1998, n. 1, in *Fallimento*, 1998, 465 — ha dichiarato tale norma incostituzionale nella parte in cui non estende il privilegio medesimo *anche ai prestatori d'opera e di servizi non aventi natura intellettuale*, «attesa l'omogeneità delle categorie di soggetti (e di crediti), riconducibili allo stesso tipo contrattate delineato dall'art. 2222 cod. civ.»;

(B) crediti dell'agente per le provvigioni derivanti dal rapporto di agenzia *relative all'ultimo anno di prestazione*, nonché per l'indennità di cessazione del rapporto di agenzia (artt. 2777 e 2751 *bis*, n. 3, cod. civ. — privilegio generale);

5) (A) crediti del coltivatore diretto, per i corrispettivi della vendita dei prodotti, nonché crediti del colono e del mezzadro indicati dall'art. 2765 cod. civ. (artt. 2777 e 2751 *bis*, n. 4, cod. civ. — privilegio generale);

(B) crediti dell'impresa artigiana e delle società od enti cooperativi di produzione e lavoro per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti (artt. 2777 e 2751 *bis*, n. 5 cod. civ. — privilegio generale);

- (C) crediti delle società cooperative agricole e dei loro consorzi per i corrispettivi della vendita dei prodotti (art. 275 *ibis*, n. 5 *bis* cod. civ. — privilegio generale);
- (D) crediti delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo, di cui alla legge 24-6-1997, n. 196, per gli oneri retributivi e previdenziali addebitati alle imprese utilizzatrici (art. 2751 *bis*, n. 5 *ter* cod. civ. — privilegio generale);
- 6) crediti con privilegi che le leggi speciali dichiarano preferiti rispetto al pegno (art. 2781 cod. civ. — privilegio speciale);
- 7) crediti garantiti da pegno (artt. 2748, 1° comma, e 2784 e segg. cod. civ. — privilegio speciale);
- 8) crediti con privilegi che le leggi speciali dichiarano preferiti ad ogni altro credito (art. 2777, ultimo comma, cod. civ. — privilegio speciale).
- 9) crediti per contributi dovuti per assicurazioni obbligatorie per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti (artt. 2778, n. 1 e 2753 cod. civ. — privilegio generale);
- 10) crediti dello Stato per le imposte sui redditi immobiliari (cioè per IRPEF, IRPEG, ILOR, *limitatamente all'imposta o alla quota proporzionale d'imposta imputabile ai redditi immobiliari*, compresi quelli di natura fondiaria non determinabili catastalmente), *per la parte in cui il privilegio si esercita separatamente sopra i frutti, i fitti e le pigioni degli immobili* (artt. 2778, n. 2 e 2771 cod. civ. — privilegio speciale).

11) (A) crediti per prestazioni e spese relative alla conservazione o al miglioramento di beni mobili (artt. 2778, n. 4 e 2756 cod. civ. — privilegio speciale);

(B) crediti del contraente l'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta (art. 1891, ultimo comma, cod. civ. — privilegio speciale);

12) crediti per le mercedi dovute ai lavoratori impiegati nelle opere di coltivazione e di raccolta dell'annata agricola (artt. 2778, n. 5 e 2757 cod. civ. — privilegio speciale).

13) crediti per le somministrazioni di sementi, fertilizzanti, antiparassitari ed acqua per irrigazione, nonché per lavori di coltivazioni e di raccolta dell'annata agricola (artt. 2778, n. 6 e 2757 cod. civ. — privilegio speciale).

14) (A) crediti dello Stato per tributi indiretti (imposta di registro, imposta di successione) e crediti di rivalsa per IVA pagata dai fornitori (artt. 2778, n. 7 e 2758, 1° e 2° comma, cod. civ. — privilegio speciale). Il privilegio si esercita sui beni mobili ai quali i tributi si riferiscono e, per la rivalsa IVA, sui beni che hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio prestato;

(B) crediti dello Stato per IRPEF. IRPEG ed ILOR, *limitatamente all'imposta o alla quota d'imposta imputabile al reddito d'impresa* (artt. 2778, n. 7 e 2759 cod. civ. — privilegio speciale). Il privilegio si esercita sopra i mobili che servono all'esercizio di imprese commerciali e sopra le merci che si trovano nel locale adibito all'esercizio stesso o nell'abitazione dell'imprenditore.

Esso è limitato alle imposte dovute per i due anni anteriori a quello in cui è stata pronunciata la sentenza dichiarativa del fallimento;

- 15) crediti per contributi dovuti ad istituti ed end per forme di tutela previdenziale e assistenziale (es.: INPS, INADL) diverse da quella obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti (artt. 2778, n. 8 e 2754 cod. civ. — privilegio generale).

Il privilegio opera, *in questo grado* (art. 2778, n. 8, cod. civ.), anche relativamente al 50% degli *accessori* di tali contributi, nonché al 50% degli accessori dei contributi dovuti per assicurazione obbligatoria per invalidità, vecchiaia e superstiti (contributi che hanno collocazione preferenziale ex art. 2753 cod. civ.: vedi n. 9);

- 16) crediti dello Stato e degli altri soggetti indicati dagli artt. 189 e 190 cod. pen. (persone danneggiate dal reato, difensore dell'imputato, istituti sanitari per le cure e gli alimenti forniti all'imputato) dipendenti da reato, qualora *il sequestro conservativo penale* sia stato autorizzato ed eseguito prima del fallimento dell'imputato (artt. 2778, n. 10 e 2768 cod. civ. — privilegio speciale). L'ordine di preferenza di tali crediti privilegiati è fissato dall'art. 191 cod. pen.;

- 17) crediti garantiti da ipoteche sugli autoveicoli (artt. 2779 e 2810 cod. civ. — privilegio speciale);

- 18) crediti per risarcimento di danni contro l'assicurato (artt. 2778, n. 11 e 2767 cod. civ. — privilegio speciale). Il privilegio del danneggiato riguarda l'indennità dovuta dall'assicuratore all'assicurato danneggiarne;

- 19) crediti ai quali le leggi speciali attribuiscono il privilegio del creditore pignoratizio (art. 236 disp. attuaz. cod. civ. — privilegio speciale);

- 20) crediti dell'albergatore verso le persone albergate (artt. 2778, n. 12 e 2760 cod. civ. — privilegio speciale). Il privilegio riguarda le cose che sono

state portate dall'albergato nell'albergo e che in esso continuano a trovarsi;

21) crediti del vettore, del mandatario, del depositario e del sequestratario (artt. 2778, n. 13 e 2761 cod. civ. — privilegio speciale);

22) crediti del venditore di macchine e delle banche autorizzate all'esercizio di prestiti con garanzia sul macchinario (artt. 2778, n. 14 e 2762 cod. civ. — privilegio speciale);

23) crediti per canoni enfiteutici (artt. 2778, n. 15 e 2763 cod. civ. — privilegio speciale);

24) (A) crediti del locatore di immobili (artt. 2778, n. 16 e 2764 cod. civ. — privilegio speciale);

(B) crediti del concedente derivanti da contratti di mezzadria e colonia (artt. 2778, n. 16 e 2765 cod. civ. — privilegio speciale);

25) crediti per spese funebri, d'infermità e alimenti (artt. 2778, n. 17 e 2751 cod. civ. — privilegio generale).

La Corte Costituzionale — con sentenza 21 gennaio 2000, n. 17 — ha considerato esteso tale privilegio anche al *credito di mantenimento del coniugo separato o divorziato*;

26) crediti dello Stato per IRPEF, IRPEG ed ILOR, *limitatamente all'imposta o alla quota d'imposta non imputabile ai redditi immobiliari e a quelli di natura fondiaria non determinabile catastalmente, ne imputabile al reddito di impresa* (artt. 2778, n. 18 e 2752.1° e 2° comma cod. civ. — privilegio generale). *Il privilegio è generale sui mobili del debitore. Esso è limitato alle imposte iscritte nei ruoli resi esecutivi nell'anno in cui il concessionario del servizio di riscossione procede o*

interviene nell'esecuzione e nell'anno precedente (art. 2752, 1° comma, cod. civ., come modificato dall'alt. 33 del D.Lgs. 26-2-1999, n. 46).

- 27) crediti dello Stato per IVA: imposta, pene pecuniarie, soprattasse, somme indebitamente rimborsate (artt. 2778, n. 19 e 2752, 3° comma, cod. civ. — privilegio generale);
- 28) crediti degli Enti locali per i tributi previsti dalla legge per la finanza locale e dalle norme relative all'imposta comunale sulla pubblicità e ai diritti sulle pubbliche affissioni (artt. 2778, n. 20 e 2752, 4° comma, cod. civ. — privilegio generale).

Quadro sintetico dell'ordine dei privilegi sugli immobili

- 1) Crediti in prededuzione, ex art. 115 L.F. (spese, comprese quelle anticipate dall'erario, e debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questa è stata autorizzata);
- 2) crediti per le spese di giustizia fatte per atti conservativi o per l'espropriazione degli immobili, nell'interesse comune dei creditori (art. 2770 cod. civ. — privilegio speciale);
- 3) crediti con privilegi che le leggi speciali dichiarano preferiti ad ogni altro credito (art. 2777, ultimo comma, cod. civ. — privilegio speciale);
- 4) crediti dello Stato per le imposte sui redditi immobiliari (cioè per IRPEF, IRPEG ed DLOR, *limitatamente all'imposta o alla quota proporzionale d'imposta imputabile ai redditi immobiliari*, compresi quelli di natura fondiaria non determinabili catastalmente: artt. 2780, n. 1 e 2771 cod. civ. - privilegio speciale). Il privilegio si estende agli immobili tutti del contribuente fallito situati nel territorio del comune in

cui il tributo si riscuote, nonché ai frutti, i fitti e le pigioni degli stessi immobili. Esso è limitato alle imposte iscritte nei ruoli resi esecutivi nell'anno in cui il concessionario del servizio di riscossione procede o interviene nell'esecuzione e nell'anno precedente (art. 2771, 2° comma, cod. civ., come modificato dall'art. 34 del D.Lgs. 26-2-1999, n. 46).

- 5) crediti relativi a contributi erogati per opere di bonifica e di miglioramento fondiario (art. 2780, n. 2 e 2775 cod. civ. — privilegio speciale). Tale privilegio riguarda i soli immobili che traggono beneficio dalle opere di bonifica e di miglioramento;
- 6) crediti dello Stato per concessioni di acque pubbliche con privilegio sui relativi impianti (art. 2780, n. 3 e 2774 cod. civ. — privilegio speciale);
- 7) crediti dello Stato per tributi indiretti (imposta di registro, I.V.A.: artt. 2780, n. 4 e 2772 cod. civ. — privilegio speciale). Tale privilegio riguarda soltanto gli immobili ai quali il tributo si riferisce (immobili trasferiti);
- 8) crediti dello Stato per INVIM, imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili (artt. 2780, n. 5 e 2772 cod. civ. — privilegio speciale). Tale privilegio riguarda soltanto gli immobili ai quali il tributo si riferisce;
- 9) crediti del promissario acquirente in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto (artt. 2780, n. 5 *bis* e 2775 *bis* cod. civ., introdotti dall'art. 3 della legge 28-2-1997, n. 30 — privilegio speciale). Tale privilegio riguarda il solo bene immobile oggetto del contratto preliminare

trascritto, «sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto di data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nella esecuzione promossa *d3* terzi» (art. 2775 *bis*, 1° comma, cod. civ.). Il privilegio immobiliare in esame non è opponibile ai creditori garantiti *da* ipoteca del creditore fondiario per finanziamento edilizio ed ai «creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile» (art. 2775 *bis*, 2° comma, cod. civ.);

- 10) crediti assistiti da privilegio speciale sugli immobili, per i quali la legge non disponga il grado di preferenza (art. 2783 cod. civ. — privilegio speciale);
- 11) crediti garantiti da ipoteca (artt. 2808 e segg. cod. civ. — privilegio speciale). L'art. 2748, 2° comma, cod. civ. stabilisce che i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente;
- 12) crediti relativi al trattamento di fine rapporto di lavoro ed alla indennità prevista dall'art. 2118 cod. civ. (art. 2776, 1° comma, cod. civ.). Tali crediti sono *collocati solo sussidiariamente*, in caso di infruttuosa esecuzione sui mobili, sul prezzo degli immobili;
- 13) (A) crediti indicati dagli artt. 2751 e 2751 *bis* cod. civ. (ad eccezione di quelli già descritti al n. 12), e cioè:
 - a) crediti per spese funebri, d'infermità e alimenti (art. 2751);
 - b) crediti per le retribuzioni e indennità dovute ai lavoratori subordinati — *senza limite di tempo* — e crediti degli stessi

lavoratori per il risarcimento del danno conseguente al mancato versamento dei contributi da parte del datore di lavoro e per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile (art. 2751 *bis*, n. 1);

c) crediti per le retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera *per gli ultimi due anni di prestazione* (art. 2751 *bis*, n. 2);

d) crediti dell'agente per le provvigioni derivanti dal rapporto di agenzia

relative all'ultimo anno di prestazione, nonché per l'indennità di cessazione del rapporto di agenzia (art. 2751 *bis*, n. 3);

e) crediti del coltivatore diretto, per i corrispettivi della vendita dei prodotti, nonché crediti del colono e del mezzadro indicati dall'art. 2765 cod. civ. (art. 2751 *bis*, n. 4);

f) crediti dell'impresa artigiana e delle società od enti cooperativi di produzione e lavoro (art. 2751 *bis*, n. 5);

g) crediti delle società cooperative agricole e dei loro consorzi, per i corrispettivi della vendita dei prodotti (art. 2751 *bis*, n. 5 *bis*);

(B) crediti per contributi dovuti per assicurazioni obbligatorie per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti di cui all'art. 2753 cod. civ. (art. 2776, 2° comma, cod. civ.). Tutti i crediti dianzi elencati sono *generalmente e vengono collocati solo sussidiariamente*, in caso di infruttuosa esecuzione sui mobili, sul prezzo degli immobili;

14) crediti dello Stato per IVA e relative pene pecuniarie e soprattasse, nonché per le somme indebitamente rimborsate, previsti dall'art. 2752, 3° comma, cod. civ. (art. 2776, 3° comma, cod. civ.). Anche

tali crediti sono *generali e* trovano *collocazione sussidiaria* sul prezzo degli immobili solo in caso di infruttuosa esecuzione sui mobili.

Va opportunamente ricordato che per dottrina e giurisprudenza concordi e consolidate, la definitiva ammissione al passivo del saldo del conto corrente non preclude il successivo esercizio dell'azione revocatoria delle singole rimesse effettuate dal fallito o da terzi.

Il provvedimento di ammissione e l'azione revocatoria si collocano, infatti, su piani diversi: il primo si sostanzia nel riconoscimento della legittimazione del creditore a partecipare alla distribuzione dell'attivo; la seconda tende alla ricostituzione del patrimonio del fallito.

In definitiva, in seguito all'ammissione al passivo del credito residuo, restano incontestabili il titolo giuridico del credito stesso e la sua esistenza in misura pari a quella che ne risulta. Ma non è vietata la contestazione di pagamenti parziali anteriori, la quale non si riflette sul provvedimento del giudice delegato e non incontra la preclusione di un giudicato implicito discendente dall'ammissione. Il giudice delegato, di fronte ad una domanda fondata non può che ammetterla, mentre, se successivamente risulta che il credito residuo si era ridotto a quel dato ammontare perché l'obbligazione era stata parzialmente estinta con pagamenti revocabili a norma dell'art. 67 L.F., deve autorizzare, il curatore ad esercitare l'azione revocatoria; se all'esito di questo giudizio il creditore restituisce determinate somme, può chiedere di essere ammesso al passivo fallimentare per l'ulteriore credito.

CAPITOLO XXI

LA VERIFICA DEI CREDITI BANCARI

Per poter ottenere l'ammissione del suo credito al passivo del fallimento del suo cliente-debitore, la banca deve documentalmente provare:

- 1) che il contratto da cui deriva il suo credito è stato stipulato per iscritto (l'art. 117 del T.U.L.B. richiede infatti la prova scritta a pena di nullità);
- 2) che il credito risulta dall'estratto conto integrale e non dal semplice "saldoconto" previsto dall'art. 50 T.U.L.B. che, a partire da Cass. Sez. U.U. 18 luglio 1994 n. 6707, è un documento in base al quale la banca può chiedere ed ottenere un decreto ingiuntivo contro il correntista suo debitore in sede di opposizione a decreto ingiuntivo o per ottenere l'ammissione a passivo, in caso di fallimento del correntista.

Le Sezioni Unite hanno dato in premessa decisivo rilievo alla considerazione che, diversamente dall'estratto conto disciplinato dall'art. 1832 c.c., l'estratto dei saldoconti è invece un documento appositamente formato dalla banca per la finalità di cui all'art. 102 L.F. e nel quale viene indicato soltanto il saldo debitore del conto, senza che sia riportata l'evoluzione delle operazioni attive e passive che l'hanno determinato; inoltre, malgrado la denominazione, non è un «estratto» in senso tecnico perché non è riferito in modo specifico ad una determinata scrittura in esso parzialmente riprodotta e si risolve perciò in un atto dichiarativo del credito della banca verso il cliente, la cui esistenza viene affermata in base ad un'attività ricognitiva della partita contabile da cui deriva.

L'anatocismo nei contratti bancari

Premetto che per anatocismo si intende la maturazione degli interessi sugli interessi già acquisiti, ovvero, secondo altra formulazione, la capitalizzazione degli interessi maturati su un credito pecuniario di restituzione, con conseguente produzione di ulteriori interessi.

La materia è regolata dall'art. 1283 cc, che determina i presupposti dell'anatocismo facendo però salvi gli usi contrari. In particolare gli interessi possono produrre altri interessi solo se sono dovuti per almeno sei mesi, quindi per il primo semestre gli interessi scaduti non possono produrre ulteriori interessi.

Inoltre la fruttuosità degli interessi non è automatica, ma dipende o dalla proposizione di una domanda giudiziale, che sia espressamente rivolta ad ottenerne il pagamento e che non può essere avanzata per la prima volta in appello contrastando con il divieto dello *ius novorum*, ex art. 345 c.p.c. (Cass., Sez. Un., 14 ottobre 1998, n. 10156), o dalla stipulazione di un'apposita convenzione posteriore alla scadenza che ne disponga la corresponsione.

Nei contratti di conto corrente bancario da vari decenni si è inserita la clausola delle capitalizzazioni trimestrali degli interessi stipulati alle banche per gli scoperti di conto.

La predetta convenzione di capitalizzazione non è stipulata dopo la scadenza degli interessi, ma contestualmente alla conclusione del contratto di conto corrente. Di qui il problema della legittimità di tale convenzione che si potrebbe affermare solo in presenza di un uso normativo, secondo la previsione dell'art. 1283 c.c. che fa salvo gli usi contrari. Sul problema la giurisprudenza di legittimità ha sviluppato nel tempo differenti orientamenti.

Nelle sentenze degli anni settanta, essa ha statuito che la capitalizzazione trimestrale a favore della banca non fosse giustificata, visto che le norme bancarie uniformi erano prive di efficacia normativa e, d'altra parte, non si poteva affermare l'esistenza di una consuetudine in tal senso, perché i clienti accettavano simili clausole solo in quanto inserite nel contratto predisposto dalla banca, ma senza la convinzione della loro obbligatorietà giuridica. In definitiva le determinazioni unilaterali dell'A.B.I. in materia di anatocismo, applicate dalle banche nei singoli rapporti, dovevano essere considerate delle condizioni generali di contratto, da assoggettare alla disciplina degli artt. 1341 e 1342 ce, ma in sé inidonee a giustificare una deroga all'art. 1283 c.c.

L'interpretazione cambia radicalmente negli anni ottanta (Cass., 15 dicembre 1981, n. 6631 e Cass., 5 giugno 1987, n. 4920), quando la Suprema Corte afferma che nel campo delle relazioni tra istituti di credito e clienti sussiste un generale riconoscimento della legittimità della pretesa degli interessi non solo sul capitale, ma anche sugli interessi che derivano dal capitale, pur nell'assenza dei presupposti dell'art. 1283 c.c.. Insomma, la Cassazione rovescia radicalmente la precedente impostazione ed afferma l'esistenza di un uso normativo che giustifica il meccanismo del doppio binario.

Questa interpretazione viene ribadita fino al 1999, quando la Cassazione, con tre sentenze (Cass., 16 marzo 1999, n. 2374; Cass., 30 marzo 1999, n. 3096; Cass., 11 novembre 1999, n. 12507) torna alla primitiva impostazione, affermando che la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente non corrisponde ad un uso normativo, ma ad un semplice uso negoziale, inidoneo ad integrare la previsione dell'art 1283 c.c., con conseguente nullità della relativa pattuizione perché anteriore alla scadenza degli interessi e con il conseguente obbligo per le banche di restituire quanto percepito a titolo di interessi anatocistici (salva l'estinzione per prescrizione del credito

restitutorio) in quanto la nullità incide ab origine su contratti travolgendone gli effetti eventualmente prodotti.

Sulla questione è però intervenuto il legislatore con il d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, introducendo altri due commi nell'art 120 del tu. delle leggi in materia bancaria e creditizia, contenuto nel d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

In particolare il secondo comma dell'art. 25, del d.lgs. n. 342, disciplina l'anatocismo in materia bancaria prevedendo che spetta al C.I.C.R. stabilire le modalità e i criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nell'esercizio dell'attività bancaria, assicurando però ai clienti la stessa periodicità nel conteggio degli interessi a debito e a credito. Sul punto il C.I.C.R. ha adottato la delibera del 9 febbraio 2000 entrata in vigore il 22 aprile 2000.

Viceversa il terzo comma dell'art. 25, del d.lgs. n. 342, dispone una generale sanatoria per le clausole anatocistiche inserite nei contratti già stipulati, stabilendo che rispetto ai contratti anteriori all'entrata in vigore della delibera del C.I.C.R., e fino a questa data, le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi già maturati sono efficaci, mentre per il futuro vanno adeguate alle determinazioni del C.I.C.R., a pena di inefficacia rilevabile solo dal cliente.

Sulla questione è però intervenuta la Corte Costituzionale che con la sentenza n. 425 del 17 ottobre 2000, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 25 del d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, per eccesso di delega, visto che la legge 24 aprile 1998, n. 128, aveva delegato il governo ad emanare disposizioni integrative e correttive del tu. in materia bancaria, senza legittimare l'introduzione di una disciplina retroattiva e genericamente validante.

Dopo l'intervento della Corte Costituzionale può trovare nuovamente applicazione il più recente orientamento della Corte di Cassazione, con conseguente nullità delle clausole che nei contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della delibera del C.I.C.R. stabiliscono la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente.

L'invalidità della clausola di capitalizzazione degli interessi, inserita nei contratti stipulati prima del Decr. Legisl. N. 342/1999 è anche statuita da Cass. Sez. U.U. 4 novembre 2004 n. 21095.

Mutuo bancario ordinario e convenzione anatocistica degli interessi

Va opportunamente ricordato che secondo Cass. 20 febbraio 2003 n. 2593 “in ipotesi di mutuo ordinario per il quale sia previsto un piano di restituzione differito nel tempo, mediante il pagamento di rate costanti comprensive di parte del capitale e degli interessi, questi ultimi conservano la loro natura e non si trasformano in capitale da restituire, cosicché la convenzione, contestuale alla stipulazione del mutuo la quale stabilisce che sulle rate scadute decorrono gli interessi sull'intera somma, integra un fenomeno anatocistico vietato dall'art. 1283 c.c. (in senso conforme Cass. N. 3479/1971 e Cass. 06 maggio 1977 n. 1724).

In particolare: della “commissione c.d. di massimo scoperto”

La legittimità della clausola contrattuale che prevede questa commissione è negata da Trib. Milano 04 luglio 2002 cit. Nello stesso senso B. Inzitari per l'assorbente considerazione della indeterminatezza dell'oggetto della obbligazione (criteri ad ammontare dell'applicazione).

CAPITOLO XXII

LA VERIFICA DEI CREDITI CAMBIARI

Abbiamo visto che, per disposizione dell'art. 93 l. fall., la domanda di ammissione al passivo del fallimento deve contenere anche l'indicazione del titolo da cui il credito origina.

E' controverso in dottrina e giurisprudenza se, per ottemperare al disposto dell'art. 93 l. fall., sia sufficiente il richiamo al documento cambiario oppure si debba indicare e produrre il rapporto causale che ne ha determinato l'emissione.

Essendo la cambiale titolo letterale astratto ed autonomo, la sua produzione soddisfa l'onere di cui all'art. 93 l. fall.; spetterà invece al curatore proporre eccezioni a quel titolo o provare l'inesistenza o l'intervenuta estinzione del credito portato dalla cambiale.

Essendo il titolo di credito anche un documento cartaceo, la sua utilizzabilità in sede di verifica dei crediti, richiede la data certa (nell'eccezione di cui all'art. 2704 c.c.) anteriore al fallimento.

Se il titolo di credito è munito di siffatta data certa, il curatore può proporre, in relazione allo stesso:

- a) eccezioni reali;
- b) eccezioni personali.

Le eccezioni reali

Per eccezioni reali si intendono quelle opponibili a qualunque portatore e che, pertanto, incidono sul diritto di credito in ogni fase della circolazione del titolo.

Le eccezioni reali si fondano su circostanze inerenti oggettivamente al documento e, pertanto, sono opponibili al portatore del titolo per la sua oggettiva qualità di portatore dello stesso.

Le eccezioni reali sono:

- 1) quelle che riguardano vizi di forma del titolo;
- 2) quelle fondate sul contesto laterale del titolo;
- 3) quelle che dipendono da falsità della firma.

Ogni qualvolta la sottoscrizione non sia riferibile al soggetto che sul titolo figura come emittente, il debitore può opporre, nei confronti di qualunque portatore del titolo, l'eccezione reale di falsità della propria firma.

Poiché i titoli di credito costituiscono delle scritture private non autenticate, il debitore cartolare può limitarsi a disconoscere la sottoscrizione del titolo, mentre è onere del portatore per poter superare tale eccezione, di proporre l'istanza di verifica ai sensi degli artt. 216 ss. c.p.c. (v. Trib. Napoli, 4 aprile 1963, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1963, II, p. 281; ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, Roma, 1964, p. 439).

Si discute se sia o no valida la sottoscrizione cambiaria non autografa, effettuata mediante timbro a stampa.

Per la validità si esprime Pret. Alba, 24 novembre 1992, in causa Viberti e Mazzone c. s.r.l. Sofimpa, il quale rileva che mancano al nostro ordinamento norme che impongono l'autografia delle sottoscrizioni cambiarie (nello stesso senso, in dottrina, CHIOMENTI).

Per l'invalidità si esprime invece Trib. Torino, 26 ottobre 1994, in causa IFIRO s.p.a. c. fall. IFIP, il quale rileva che in materia cartolare la regola della sottoscrizione è l'autografia, mentre hanno natura eccezionale le norme che consentono la sottoscrizione non autografa (in senso conforme, in dottrina, ANGELONI, PELLIZZI, MARTORANO).

4) Quelle che dipendono da difetto di capacità del debitore al momento dell'emissione del titolo.

Per difetto di capacità si intendono tutte quelle situazioni, quali la minore età, l'interdizione e l'inabilitazione, normalmente previste come cause legali di esclusione o limitazione della capacità di agire della persona fisica. Per quanto concerne le situazioni di incapacità naturali di intendere o di volere, previste dall'art. 428 c.c., si ritiene in dottrina che le stesse non possono dar luogo ad eccezioni reali, ma solo ad eccezioni personali nei confronti del primo prenditore e dei terzi in malafede e colpa grave, qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 428 c.c.

5) Quelle che dipendono da difetto di rappresentanza.

Il difetto dei poteri di rappresentanza, sia nel caso in cui tali poteri non esistano, come nel caso in cui il rappresentante ecceda i limiti quantitativi o qualitativi del potere conferitogli, consente, pertanto, al rappresentato di proporre eccezioni di natura reale nei confronti di qualunque portatore del titolo di credito.

L'art. 11 l. camb. stabilisce che «chi appone la firma sulla cambiale quale rappresentante di una persona per la quale non ha il potere di agire, è obbligato cambiariamente come se avesse firmato in proprio e, se ha pagato, ha gli stessi diritti che avrebbe avuto il presunto rappresentato. La stessa disposizione si applica al rappresentante che abbia ecceduto i suoi poteri ».

E l'art. 12 aggiunge:

«La facoltà generale di obbligarsi in nome e per conto altrui non fa presumere, salvo prova contraria, la facoltà di obbligarsi cambiariamente.

La facoltà generale di obbligarsi in nome e per conto di un commerciante comprende anche quella di obbligarsi cambiariamente, salvo che l'atto di rappresentanza, pubblicato a norma dell'art. 9 non disponga diversamente».

Il conferimento della rappresentanza cambiaria necessita di una procura speciale *ad hoc*, salvo il caso di cui al secondo comma dell'art. 12.

Il potere di rappresentanza deve sussistere al momento dell'emissione della cambiale.

6) Quelle che dipendono dalla mancanza delle condizioni necessarie per l'esercizio dell'azione.

Le eccezioni in esame sono quelle che derivano da tutte le situazioni in cui le norme di legge o gli accordi tra le parti pongono come condizione per l'azionabilità del diritto cartolare il compimento di determinate formalità e condizioni.

Le eccezioni personali. - Mentre le eccezioni «reali» sono opponibili dal debitore cartolare nei confronti di ogni portatore del titolo di credito, le eccezioni «personali» sono proponibili solo nei confronti di una persona determinata, ma non nei confronti dei successivi portatori del titolo.

L'art. 1993 c.c., se indica in termini analitici le eccezioni reali, si limita, invece, ad indicare in termini del tutto generici le eccezioni personali, prevedendo semplicemente che il debitore «può opporre al possessore soltanto le eccezioni a questo personali».

Il legislatore intende, infatti, richiamare tutte le situazioni derivanti dal diritto comunque dalle quali possa derivare un'eccezione fondata sui

rapporti intervenuti tra il debitore e il portatore del titolo, che sia idonea ad incidere sull'obbligazione cartolare.

L'ipotesi più diffusa in cui sia opponibile un'eccezione di natura personale e quella in cui tale eccezione derivi dal rapporto causale.

L'obbligazione, che l'emittente di un titolo di credito assume con la sottoscrizione dello stesso, non rappresenta, infatti, che l'incorporazione in un documento di un debito preesistente nei confronti del primo prenditore del titolo.

Pertanto, nei confronti del primo prenditore potranno sempre essere proposte tutte le eccezioni derivanti e, comunque, inerenti e connesse al rapporto fondamentale.

Le eccezioni fondate sui rapporti personali con un portatore del titolo non possono, peraltro, essere sollevate nei confronti dei successivi portatori salvo che, come previsto dal secondo comma dell'art. 1993, l'attuale possessore nell'acquistare il titolo abbia agito intenzionalmente a danno del debitore.

L'eccezione di annullabilità dell'obbligazione cambiaria per conflitto di interessi

Dottrina e giurisprudenza distinguono le due fattispecie previste dagli artt. 1394 e 1395 c.c. Quanto alla prima, considerano l'eccezione di annullamento dell'atto cambiario per conflitto di interessi, una eccezione *personale* (e non reale) e quindi opponibile soltanto all'immediato prenditore del titolo ed al terzo portatore che, nell'acquistare il titolo, abbia agito scientemente a danno del debitore (art. 1993, secondo comma, c.c. e 21 l. camb.).

Quanto alla fattispecie di cui all'art. 1395 c.c., si possono configurare, in materia cambiaria, le seguenti ipotesi:

- 1) il rappresentante emette, in nome del rappresentato, una cambiale (o un assegno) a favore di se stesso (o quale rappresentante di un altro soggetto);
- 2) il rappresentante gira il titolo a proprio favore (o quale rappresentante di un altro soggetto);
- 3) il rappresentante avalla una cambiale a favore di sé medesimo (o quale rappresentante di un altro soggetto);
- 4) il rappresentante accetta per intervento una dichiarazione cambiaria assunta in proprio (o quale rappresentante di un altro soggetto).

Si discute se l'eccezione di conflitto *ex art. 1395 c.c.* sia proponibile solo nei confronti dell'immediato prenditore del titolo e del terzo che, nell'acquistare il titolo, abbia agito intenzionalmente a danno del debitore (così GUALTIERI, TONNI, DONISI, Trib. Milano, 16 maggio 1988, in *Giur. it.* 1989, I, 2, p. 154, che qualificano l'eccezione in esame come eccezione *personale*), ovvero sia proponibile *erga omnes*, in quanto eccezione *reale*.

Questa seconda alternativa è fatta propria da dottrina (GIANNATTASIO, ANGELONI, MOLLE) e giurisprudenza (Cass., 23 gennaio 1958, n. 159; Cass. 29 maggio 1962, n. 1286; Cass. 27 gennaio 1986, n. 516, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1986, II, p. 529), *prevalenti* per le quali la duplice sottoscrizione apposta dal rappresentate sul titolo di credito in nome e per conto altrui ed in proprio è sufficiente ad evidenziare la situazione di conflitto, consentendo al rappresentato di invocare l'invalidità. Spetta al terzo possessore del titolo dimostrare, per difendersi, che ricorre, nel caso concreto, una delle condizioni cui l'art. 1395 c.c. subordina la validità del contratto con sé stesso.

Un'altra corrente di pensiero (che fa capo a PAVONE LA ROSA, VERRUCOLI e MIONE), ritiene, invece, che l'eccezione di annullabilità *ex* art. 1395 c.c. sia *reale* nel caso di avallo o di accettazione per intervento del rappresentante in proprio favore e che abbia natura *personale* nel caso di emissione o girata del titolo che nulla dicono in ordine al tipo del rapporto traslativo posto in essere dalle parti.

L'eccezione di prescrizione

Ha natura «*personale*» ed è disciplinata dagli artt. 94 e 95 l. camb.

L'art. 94 detta termini diversi per:

- a) l'azione diretta;
- b) l'azione di regresso del portatore;
- c) l'azione di ulteriore regresso.

L'azione cambiaria diretta (contro l'accettante, l'emittente ed i loro avallanti) si prescrive in tre anni a decorrere dalla data di scadenza della cambiale (art. 94, primo comma). Tale termine di prescrizione vale per tutte le azioni contro l'accettante o l'emittente, da chiunque promosse: portatore del titolo alla scadenza, obbligato di regresso che ha pagato, avallante dell'accettante o dell'emittente.

L'azione di regresso dell'ultimo portatore contro il traente, i giranti ed i loro avallanti si prescrive invece nel più breve termine di un anno, che decorre dalla data del protesto levato in tempo utile o da quella della scadenza, se vi sia la clausola «senza spese» (art. 94, secondo comma). La prescrizione dell'azione di regresso comincia quindi a decorrere dal momento in cui la stessa è concretamente esperibile.

Si prescrive, infine, in sei mesi l'azione di ulteriore regresso spettante al girante o all'avallante nei confronti degli obblighi di regresso di grado anteriore. E tale termine decorre dal giorno in cui l'obbligato di regresso ha pagato la cambiale o l'azione è stata promossa nei suoi confronti (art. 94, terzo comma). Il che comporta, in questo secondo caso, che la prescrizione dell'azione di ulteriore regresso comincia a decorrere, in deroga all'art. 2935 c.c., ancor prima che il relativo diritto possa essere fatto valere, dato che l'obbligato di regresso ha diritto alla restituzione del titolo, necessario per l'esercizio dell'azione cambiaria, solo dopo aver pagato.

La prescrizione cambiaria è soggetta alla cause di sospensione e di interruzione previste dal codice civile.

Nella cambiale pagabile a vista ed in quella senza indicazione della data di scadenza, la prescrizione triennale dell'azione diretta decorre dalla data di pagamento (e non di emissione) o, in mancanza, dallo spirare del termine di un anno dalla data di emissione, (termine) entro il quale la cambiale deve essere presentata per il pagamento (art. 39, primo comma, l. camb.).

L'azione cambiaria di rivalsa dell'avallante contro l'accettante o l'emittente si prescrive in tre anni che decorrono dalla scadenza della cambiale e non dal pagamento da parte dell'avallante.

Il termine di tre anni dalla scadenza, stabilito dalla legge per l'azione cambiaria diretta da chiunque esercitata, costituisce il limite massimo per l'esperimento di ogni azione cambiaria.

Secondo Cass., 9 giugno 1990, n. 5638, «nel caso in cui assegni bancari o cambiali tratte non accettate siano stati regolarmente protestati, il portatore, prescritta l'azione cartolare di regresso, può agire con l'azione causale depositando in cancelleria i titoli i quali - da niente pregiudicati - possono

essere azionati dal convenuto girante con l'azione cartolare, entro sei mesi dal pagamento se e quando da lui effettuato».

Le eccezioni ex art. 21 l. camb.

Il citato art. 21 stabilisce che «la persona contro la quale sia promossa azione cambiaria non può opporre al portatore le eccezioni fondate sui rapporti suoi personali col traente o con i portatori precedenti» (*regola*) «a meno che (*eccezione*) il portatore, acquistando la cambiale, *abbia agito scientemente a danno* del debitore».

Successivamente il legislatore del 1940 ha inserito nel codice civile, all'art. 1993, secondo comma, una norma sostanzialmente analoga anche con riferimento alle eccezioni personali relative ai titoli di credito in genere, laddove l'opponibilità delle eccezioni fondate sui rapporti personali del debitore con i precedenti possessori pure nei confronti della sfera giuridica del terzo portatore del titolo è subordinata all'accertamento della circostanza che quest'ultimo abbia agito «intenzionalmente» in pregiudizio del debitore medesimo.

Qual è il rapporto tra l'art. 1993 c.c. e l'art. 21 l. camb.?

Secondo la dottrina, mentre l'art. 21 contiene una norma di carattere negativo, in quanto individua le categorie di eccezioni che *non* possono essere contrapposte dall'obbligato, l'art. 1993 c.c., al contrario, prevede le varie specie di eccezioni che possono legittimare l'opposizione del debitore. Secondo la lettera dell'art. 21 le eccezioni opponibili dal debitore sono quelle «fondate sui rapporti suoi personali col traente o con i portatori precedenti». A questa categoria appartengono:

- 1) le eccezioni che attengono al rapporto causale che ha determinato l'assunzione dell'obbligazione cambiaria;
- 2) le eccezioni derivanti dai rapporti extracartolari che possono intervenire tra un qualsiasi debitore cambiario ed il suo immediato contraente o tra quel debitore ed un terzo portatore del titolo e che sono finalizzati a determinare un mutamento del debito cartolare.

Le predette eccezioni sono invece proponibili dall'obbligato cambiario se il portatore del titolo, in sede di acquisto di questo, abbia *scientemente* agito a danno del debitore.

La consolidata giurisprudenza del S.C. intende l'avverbio *intenzionalmente* nel senso che, se non occorre proprio la collusione con il girante, occorre per lo meno, affinché possano proporsi al giratario le eccezioni derivanti dal rapporto extracartolare opponibili al girante, che l'acquisto del titolo sia stato fatto con il programma di danneggiare il debitore, e cioè con l'intenzione di impedire le difese del debitore cambiario, privandolo di quelle eccezioni che avrebbe potuto opporre al portatore e conoscendo il conseguente danno che egli avrebbe subito (cfr., ancora, Cass. 26 luglio 1974, n. 2226, in *Foro it. Rep.*, 1974, voce *Titoli di credito*, n. 40; Cass. 18 luglio 1980, n. 4703, in *Rep. Giust. civ.*, 1980; Cass. 5 novembre 1981, n. 5818, in *Rep. Giust. civ.*, 1981).

Il danno consiste nella esposizione del debitore al pagamento per non poter opporre le eccezioni e non necessariamente nell'impossibilità di recuperare le somme pagate, non richiedendosi il requisito dell'irreparabilità (Cass. 12 maggio 1972, n. 1433, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1395; Cass. 15 ottobre 1977, n. 4398).

La prova dell'intenzionalità fa carico al debitore e può essere ricavata dal giudice in base ad idonei elementi presuntivi, che scaturiscano da concordi

logiche considerazioni, le quali dimostrino l'anzidetto fine, preordinato a privare l'obbligato della possibilità di far valere le eccezioni personali nei confronti del traente o dei portatori precedenti.

La giurisprudenza ha, inoltre, precisato che l'art. 21 l. camb. sancisce un principio applicabile a qualsiasi debitore cambiario - attesa la sua *ratio* di impedire frodi in danno di chi sia richiesto del pagamento del titolo -, per cui essa è estensibile anche all'avallante, il quale potrà - in quanto tale (Cass. 21 febbraio 1969, n. 596, in *Foro it.*, 1969, I, p. 1140) - far valere verso il terzo portatore, che abbia acquistato fraudolentemente la cambiale, le eccezioni personali spettanti all'avallato verso i precedenti possessori del titolo (Cass. 22 marzo 1993, n. 3372, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 1, con nota di GUIZZI).

La novazione cambiaria

L'art. 66, primo comma, l. camb. (e l'art. 58, primo comma, l. ass.) dispongono che quando *si emette* o *si trasmette* una cambiale (o un assegno bancario) il rapporto sottostante (cioè il rapporto causale) rimane, di regola, in vita, «salvo che si provi che vi fu novazione».

Quindi si può avere *novazione* del rapporto causale tanto in sede di *emissione* quanto in sede di *circolazione* del titolo di credito (cambiale o assegno cambiario), mediante una intesa diretta ad attribuire all'obbligazione cambiaria un nuovo titolo (l'accordo novativo) in sostituzione del titolo originario novato.

Secondo la costante interpretazione giurisprudenziale, il valore della norma di cui all'art. 66, primo comma, l. camb., (e dell'art. 58, primo comma l. ass.) è quello di porre una presunzione *iuris tantum* di *sopravvivenza* del

rapporto sottostante, salvo che il debitore contro il quale è proposta l'azione causale, fornisca la prova contraria dell'accordo delle parti di novare tale rapporto, con l'emissione del titolo di credito.

Ad avviso della S.C.:

a) il rinnovo di una cambiale e la sottoscrizione del nuovo titolo da parte anche di altro soggetto, in qualità di debitore solidale, non sono circostanze di per sé idonee a far ritenere l'estinzione per redazione del negozio obbligatorio (nella specie, mutuo) sottostante all'emissione della cambiale rinnovata, potendo le circostanze medesime ricollegarsi ad una mera concessione di dilazione di pagamento, con una rinnovazione ed estensione soggettiva del rapporto, che lasci inalterata l'operatività di quel negozio. Affinché possa ravvisarsi rinnovazione, è necessaria la prova che le parti, attraverso detta operazione di rinnovo, abbiano concretamente ed inequivocabilmente voluto estinguere l'originario rapporto obbligatorio, costituendone uno diverso (Cass. 12 gennaio 1977, n. 126, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1977, II, p. 262);

b) il rilascio di titoli cambiari, a rinnovo di altri, non implica, in difetto di prova di una diversa volontà delle parti, novazione dell'obbligazione e del rapporto cambiario, potendo risolversi in una mera dilazione del pagamento, e quindi lascia permanere l'efficacia giuridica dei vecchi titoli, con le relative garanzie, tra le quali l'eventuale avallo: conseguentemente il creditore che sia rimasto in possesso dei titoli originari può agire anche esecutivamente in base ad essi, piuttosto che in forza delle cambiali di rinnovo, salvo il diritto del debitore di opporre l'avvenuta dilazione di pagamento (per tutte: Cass. 26 giugno 1992, n. 8029, in *Mass. uff.*, 477955);

c) non costituisce novazione il rilascio di una cambiale a rinnovo di un assegno bancario (Trib. Napoli, 21 novembre 1992, in *Banca, borsa, tit.*

cred., 1994, II, p. 79, né il rinnovo di una cambiale agraria con conseguente sussistenza del privilegio agrario sui frutti, purché permanga nel debitore la qualità soggettiva di coltivatore diretto, all'atto della rinnovazione (Trib. Verona, 11 dicembre 1992, in *Giust. civ.*, 1993, p. 1654);

d) la concessione di una garanzia al momento del rilascio o della girata di una cambiale non può considerarsi indice della volontà di novare il debito originario (Cass. 19 gennaio 1956, n. 142, in *Mass Giur: it.*, 1956, p. 30; PAVONE LA ROSA). Quanto alla *renovatio* del titolo per la parte residua nel caso che il debitore adempia parzialmente il debito cambiario per Cass. 5 ottobre 1967, n. 2268 (*Rep. Giust. civ.*, 1967) ciò comporta novazione (*contra* PAVONE LA ROSA);

e) non è sufficiente, a far ritenere provata la novazione, il fatto che la cambiale sia stata trasferita a «saldo» di un debito, neanche se con una sola cambiale siano fusi diversi debiti: la dichiarazione di ricevere il titolo a «saldo» o in «pagamento», è considerata di per sé equivoca, perché può esprimere sia l'intenzione di riceverla *pro soluto* sia quella di riceverla *pro solvendo* e nel dubbio vige la presunzione di cui all'art. 66, l. camb., per cui l'emissione della cambiale va intesa avvenuta *pro solvendo* (PAVONE LA ROSA; ANGELONI, *La cambiale ed il vaglia cambiario*, Milano, 1964, p. 463; SANTINI, DATIO *pro solvendo di cambiali ed estinzioni del debito sottostante*, in *Riv. dir: civ.*, 1955, p. 903);

f) mancata la prova della inequivoca volontà delle parti di novare, con l'emissione di titoli cambiari, il rapporto causale, questo ed il nuovo rapporto cambiario coesistono con la conseguenza che permangono le garanzie che assistevano il credito, e, fra queste, in particolare, la fideiussione (Cass. 22 dicembre 1975, n. 4215).

I patti, inerenti al rapporto sottostante all'emissione o trasmissione della cambiale non possono ritenersi caducati e superati per il solo fatto della successiva rinnovazione del titolo, perché questa, quale negozio cartolare che estingue la precedente obbligazione cambiaria e la sostituisce con altra della stessa natura, non implica di per sé novazione di quel rapporto (Cass. Sez. I, 6 ottobre 1990, n. 9831).

Il rilascio di titoli cambiari a rinnovo di altri - che non implica, in difetto di prova di una diversa volontà delle parti, novazione dell'obbligazione - costituisce riconoscimento del debito, atto a provocare l'interruzione del corso della prescrizione dell'azione cambiaria con effetto dalla data di emissione del nuovo titolo, quale data dell'intervenuto riconoscimento e non da quello di scadenza del titolo stesso (Cass. Sez. I, 4 maggio 1990, n. 3727).

CAPITOLO XXIII

LA VERIFICA DEI CREDITI PORTATA DA ASSEGNI BANCARI

Il portatore dell'assegno bancario impagato può esercitare, nel fallimento del traente-debitore: 1) l'azione cambiaria; 2) l'azione causale.

Entrambe le azioni vanno però esercitate a mezzo della domanda di ammissione allo stato passivo.

Se il portatore esperisce l'azione cambiaria, deve allegare alla domanda di ammissione, l'assegno bancario in suo possesso.

«Spetta allora al curatore sollevare e provare le eccezioni proponendole secondo la disciplina dei titoli cambiari. Ove tale onere non sia adempiuto, il creditore non può essere escluso dallo stato passivo. Non può invece essere ammesso al passivo il creditore cambiario la cui azione di regresso nei confronti del fallito sia prescritta o sia decaduta per l'omessa tempestiva levata del protesto» (S. PIERI, *L'assegno*, Torino, 1988, p. 323).

In ogni caso, se le azioni che nascono dal titolo siano prescritte o decadute, il creditore cambiario può esercitare nella procedura fallimentare l'azione causale; in tal caso, tuttavia, egli ha l'onere di provare il buon fondamento della sua pretesa, o la sussistenza dei requisiti in base ai quali egli possa proporre l'azione di arricchimento.

L'insinuazione nel fallimento di crediti cambiari non preclude al creditore l'esercizio ordinario delle sue azioni contro gli altri obbligati cambiari che non sono falliti.

In relazione al quesito se la proposizione di una domanda di ammissione al passivo fallimentare di un credito cambiario implichi la proposizione da parte del creditore dell'azione cambiaria, è stato affermato che l'avvenuto

fallimento impedisce al creditore di far valere il titolo di credito come titolo esecutivo.

L'orientamento che pare prevalente conclude nel senso opposto, secondo cui con l'insinuazione al passivo fallimentare il creditore utilizza il titolo di credito come titolo esecutivo, pur esercitando l'azione esecutiva in quel modo particolare che le disposizioni della legge fallimentare consentono e impongono (S. PIERI, *op. cit.*, p. 324, richiamando, tra l'altro, Cass. 30 maggio 1954, n. 987, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1955, II, p. 434).

Ma il portatore dell'assegno potrebbe aver interesse a proporre l'azione causale, ossia l'azione che trova origine nel rapporto sostanziale intercorso con il traente-debitore.

In base all'art. 1988 c.c. l'assegno bancario (quand'anche privo di valore cartolare per difetto dei prescritti requisiti) implica una *presunzione relativa della sussistenza del rapporto fondamentale sottostante*, finché il debitore obbligato non fornisca la prova dell'inesistenza, dell'invalidità o dell'estinzione di tale rapporto sul quale è basata la *causa debendi* (Cass. 16 novembre 1990, n. 11100, in Mass. Uff. 469782; Cass. 9 agosto 1994, n. 7348, in Mass. Uff. 487704). E l'azione causale, proprio in quanto fondata sul rapporto sottostante all'emissione o alla trasmissione del titolo ed efficace solo tra le parti di ciascuno di detti rapporti, comporta la conseguenza che il possessore del titolo può esercitarla solo nei confronti del proprio diretto promittente, onde la predetta *presunzione «iuris tantum»* opera solo tra il traente ed il suo immediato giratario, e non anche, *«per saltum»*, tra il traente ed il giratario ovvero fra girante ed il giratario di un girante intermedio (Cass. 28 novembre 1984, n. 61894, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, II, p. 400; Cass. 12 aprile 1994, n. 3417, in Mass. Uff. 486136; Trib. Cassino, 9 maggio 1990, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1023).

Secondo la consolidata opinione giurisprudenziale, l'azione cartolare e quella causale sono proponibili nello stesso giudizio, in via cumulativa od alternativa o subordinata.

L'art. 58, secondo comma, l. ass., stabilisce che il possessore per esercitare l'azione causale: 1) deve offrire al debitore la restituzione dell'assegno bancario; 2) deve depositarlo presso la cancelleria del giudice competente; 3) deve aver adempiuto le formalità necessarie per conservare al debitore le azioni di regresso che possano competergli.

Va opportunamente rilevato che gli oneri dell'offerta e del deposito in cancelleria svolgono la funzione di evitare che il debitore rimanga esposto ad un duplice pagamento, l'uno in relazione all'azione causale, l'altro per effetto dell'azione cambiaria esercitata dal successivo possessore del titolo che abbia continuato a circolare ed essa è applicabile solo per l'azione causale di pagamento, che ha il medesimo oggetto dell'azione cambiaria, e non per le azioni che, pur avendo per oggetto lo stesso rapporto, perseguono uno scopo diverso, come, esemplificativamente, quelle di risoluzione del contratto (Cass. 11 febbraio 1993, n. 1744, in *Arch. civ.*, 1993, 405; Cass. 17 febbraio 1995, n. 1734; Cass. 30 marzo 1995, n. 3805; Cass. 27 ottobre 1995, n. 11189).

Il terzo onere consiste nell'adempimento delle formalità necessarie per conservare al debitore-traente le azioni di regresso che possono competergli.

Ne consegue che l'azione causale è preclusa se le azioni cartolari si sono prescritte.

Ad avviso della S.C. il portatore dell'assegno bancario, che abbia perduto, per il decorso del termine di legge, *l'azione cartolare contro i giranti e contro il traente, conserva l'azione causale verso il proprio obbligato in*

quanto, avendo tempestivamente levato il protesto ed effettuato il deposito del titolo presso la cancelleria del giudice competente (e che deve avvenire nelle mani del cancelliere, non essendo sufficiente la mera allegazione alla produzione di parte), non vengono ad essere precluse le azioni di ulteriore regresso dei giranti, gli uni contro gli altri, e quelle contro il traente, le quali sono soggette ad un autonomo termine di prescrizione che decorre dal giorno dal pagamento del titolo al portatore, se e quando effettuato, e non dallo spirare del termine di presentazione del titolo (Cass. 9 giugno 1990, n. 5638, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1540 e, da ultimo, con specifico riferimento alla fattispecie dell'assegno bancario, Cass. 13 maggio 1993, n. 5439, in *Vita not.*, 1994, p. 275).

Ricordiamo infine che la levata del protesto è necessaria per l'esercizio dell'azione causale, solo quando occorra conservare al debitore le azioni di regresso, con la conseguenza che l'assolvimento dell'indicato onere può essere escluso qualora l'azione causale sia proposta contro il (primo) prenditore dell'assegno, il quale ha la sola possibilità dell'azione di regresso nei confronti del traente-obbligato principale, dalla quale non decade - come già sottolineato nel precedente capitolo - nonostante il mancato protesto, mantenendo integri, comunque, i suoi diritti nei riguardi appunto dell'emittente del titolo, salva la verifica della prescrizione (Cass. 2 marzo 1993, n. 2573, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2523; Cass. 20 ottobre 1994, n. 8553, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 10; Trib. Torino, 26 marzo 1990, in *Giur: it.*, 1991, I, 2, c. 134, con nota di CALVO).

Le eccezioni nella disciplina dell'assegno bancario

Le eccezioni si distinguono:

A) dal *lato passivo*, in:

- 1) *reali*, quando sono opponibili a qualunque portatore dell'assegno;
- 2) *personali*, se sono opponibili solo ad uno o più possessori;

B) dal *lato attivo*:

- 1) *oggettive*, quando sono opponibili da qualsiasi obbligato cambiario;
- 2) *soggettive*, se opponibili solo da un determinato obbligato cartolare.

La prima eccezione proponibile dal curatore al portatore dell'assegno è quella relativa alla mancanza di data certa (nella estensione di cui all'art. 2704 c.c.) anteriore al fallimento al documento che incorpora la obbligazione di pagamento.

Le altre eccezioni sono quelle consentite dalla legge cambiaria.

Mutuiamo da SEGRETO-CARRATO (L'assegno, Milano, 1997, p. 351) la pregevole schematizzazione delle eccezioni proponibili nei confronti del portatore-possessore dell'assegno:

«A) si ricomprendono nell'ambito delle *eccezioni assolute di rilievo oggettivo* quelle basate: 1) sull'*invalidità dell'assegno per vizio di forma* (riconducibile all'insussistenza dell'indicazione del trattario; alla mancata o incompleta firma dell'emittente; al difetto dell'indicazione della data di emissione, salvi gli effetti della regolarizzazione fiscale; al mancato inserimento nel tenore letterale del titolo della prescritta denominazione di assegno bancario; alla previsione della sottoposizione apparente del titolo a condizione); 2) sulla *irregolarità fiscale dell'assegno*, qualora non risulti sanata; 3) sull'*intervenuto ammortamento del titolo*; 4) sulla sopravvenuta *prescrizione dell'azione cambiaria*; 5) sull'*avvenuto pagamento totale o*

parziale del titolo, quando emerga la relativa circostanza da un'annotazione apposta sull'assegno medesimo; 6) sull'apposizione della clausola "non all'ordine" da parte del traente.

Si inquadrano nelle *eccezioni assolute ma di rilevanza soggettiva* quelle riferibili: 1) all'*incapacità*, al *difetto di rappresentanza* o alla *violenza fisica* attinenti alla persona del traente; 2) alla *falsità* o *cancellazione della firma*; 3) all'*apposizione*, da parte del girante, di *clausole limitative* della responsabilità; 4) alla *decadenza dai diritti* di regresso.

Si qualificano, invece, come *eccezioni relative e nel contempo oggettive* quelle che si fondano: 1) sull'*eseguito pagamento, non risultante dal titolo*; 2) sul *difetto di legittimazione cambiaria* dell'attore, che ricorre, per esempio, nell'ipotesi di interruzione della serie continua di girate; 3) sul *difetto di titolarità del diritto*.

Rientrano nell'ambito delle *eccezioni relative e nel contempo soggettive* quelle che si fondano: 1) sull'*invalidità ed inefficacia del negozio casuale* sottostante che ha originato l'emissione e la successiva circolazione dell'assegno; 2) sui *vizi della volontà* afferenti la dichiarazione cambiaria; 3) sulla *simulazione assoluta o relativa* della stessa dichiarazione cambiaria (tra i cui casi vengono ricompresi generalmente quelli relativi al mandato extracartolare all'incasso e all'assegno rilasciato con "firma di favore").

Dal disposto dell'art. 25 l. ass. si ricava, altresì, che le eccezioni relative al rapporto sottostante - che si presume esistente, sino a prova contraria (Cass. 18 marzo 1953, n. 675, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1953, II, p. 276, con nota di ANGELONI; Cass. 30 luglio 1990, n. 7647, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 800) - sono opponibili, di norma, soltanto a chi abbia partecipato al negozio causale (Cass. 5 febbraio 1979, n. 752, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1980, II, p. 174).

Queste eccezioni si identificano principalmente con il rilievo dell'*inesistenza del negozio causale*, della sua *nullità* (come, ad esempio, per illiceità del contenuto, della causa o dei motivi, per difetto dei requisiti essenziali), della sua *annullabilità* (ad es.: per incapacità legale o naturale del contraente attore), della sua *risolubilità* (ad es.: per inadempimento). Vi si ricomprendono, inoltre, anche le eccezioni relative all'*estinzione* o *modificazione* dello stesso negozio causale (per compensazione, per novazione, per remissione e per concordata precedente dilazione).

Infine occorre dare atto che la giurisprudenza ha fondatamente sostenuto - pur non potendosi esse ricomprendere in alcuna delle categorie innanzi enucleate, né in quella delle cc.dd. eccezioni extracambiarie - che le *eccezioni relative a rapporti dell'obbligato cambiario con terzi non possono essere opposte al portatore del titolo* (App. Torino, 27 maggio 1985, in Banca, borsa e tit. cred., 1987, II, p. 25)».