
“ I Giovedì del Curatore “ del 30-5-2013

La fase dell'accertamento del passivo e dei diritti reali immobiliari: gli articoli 92 e 93 L.F.

* * *

Contributo del Dott. Roi Giorgi

Riportiamo il testo degli articoli in commento prima di passare alla loro analisi:

Dell'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi

Art. 92. (1) Avviso ai creditori ed agli altri interessati.

Il curatore, esaminate le scritture 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 di proprietà o in possesso del fallito, a mezzo posta elettronica certificata se il relativo indirizzo del destinatario risulta dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti e, in ogni altro caso, a mezzo lettera raccomandata o telefax presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore:

- 1) che possono partecipare al concorso trasmettendo domanda con le modalità indicate nell'articolo seguente;**
- 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, con l'avvertimento delle conseguenze di cui all'articolo 31-bis, secondo comma, nonché della sussistenza dell'onere previsto dall'articolo 93, terzo comma, n. 5);**
- 4) il suo indirizzo di posta elettronica certificata (2).**

Se il creditore ha sede o risiede all'estero, la comunicazione può essere effettuata al suo rappresentante in Italia, se esistente.

(1) Articolo così sostituito dall'art 77 del D.L.vo 9 gennaio 2006, n. 5, a decorrere dal 16 luglio 2006.

(2) Comma così sostituito dal D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012 n.221 a decorrere dal 19 dicembre 2012.

Art. 93. (1) Domanda di ammissione al passivo.

La domanda di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, si propone con ricorso da trasmettere a norma del comma seguente almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo (2).

Il ricorso può essere sottoscritto anche personalmente dalla parte ed è formato ai sensi degli articoli 21, comma 2, ovvero 22, comma 3, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni e, nel termine stabilito dal primo comma, è trasmesso all'indirizzo di posta elettronica certificata del curatore indicato nell'avviso di cui all'articolo 92, unitamente ai documenti di cui al successivo sesto comma. L'originale del titolo di credito allegato al ricorso è depositato presso la cancelleria del tribunale (3).

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*] (4) nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale;
- 5) l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla procedura, le cui variazioni è onere comunicare al Curatore (5).**

Il ricorso è inammissibile se è omesso o assolutamente incerto uno dei requisiti di cui ai numeri 1, 2 o 3 del precedente comma. Se è omesso o assolutamente incerto il requisito di cui al n. 4, il credito è considerato chirografario.

Se è omessa l'indicazione di cui al terzo comma, n. 5), nonché nei casi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario si applica l'articolo 31-bis, secondo comma. Al ricorso sono allegati i documenti dimostrativi del diritto del creditore ovvero del diritto del terzo che chiede la restituzione o rivendica il bene (2).

[I documenti non presentati con la domanda devono essere depositati, a pena di decadenza, almeno quindici giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo] (4). 48 Al ricorso sono allegati i documenti dimostrativi del diritto del creditore ovvero del diritto del terzo che chiede la restituzione o rivendica il bene.

Con la domanda di restituzione o rivendicazione, il terzo può chiedere la sospensione della liquidazione dei beni oggetto della domanda.

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

Il giudice ad istanza della parte può disporre che il cancelliere prenda copia dei titoli al portatore o all'ordine presentati e li restituisca con l'annotazione dell'avvenuta domanda di ammissione al passivo.

(1) Articolo così sostituito dall'art 78 del D.L.vo 9 gennaio 2006, n. 5, a decorrere dal 16 luglio 2006.

(2) Comma così sostituito dal D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012 n.221 a decorrere dal 19 dicembre 2012.

(3) Comma così sostituito dalla legge di stabilità 2013 approvata il 24 dicembre 2012 n. 228, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 302 del 29 dicembre 2012

(4) Le parole tra parentesi quadre sono state soppresse dall'art 6, comma 1, lett. b), del D.L.vo 12 settembre 2007, n. 169, a decorrere dal 1° gennaio 2008.

(5) Periodo così sostituito dal D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012 n.221 a decorrere dal 19 dicembre 2012.

a) PREMESSA GENERALE

Dovendo trattare del procedimento di accertamento del passivo con riferimento al Curatore occorre da subito evidenziare che lo stesso si fonda sul principio della domanda secondo la medesima concezione del 1942 (anche se questa era caratterizzata da alcuni profili inquisitori) e sulla piena

corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato. E' con la dichiarazione di fallimento che si apre un processo esecutivo sulla base dell'accertamento dello stato di insolvenza, senza che si sappia quali sono e se vi sono beni effettivamente liquidabili e senza che si sappia quali sono e se vi sono creditori che intendono concorrere. Ne sono legittimati i creditori concorsuali, ma anche il terzo revocato e coloro che vantano un debito di massa, se contestato, i titolari di un diritto reale e personale sui beni mobili ed immobili del fallito, coloro che agiscono in via surrogatoria ex art 2900 C.C. tenendo ben presente che vi possono essere addirittura anche creditori sprovvisti di un titolo esecutivo-giudiziale che giustifichi la pretesa o con un credito ancora da accertare quali-quantitativamente.

Va detto che la funzione di accertamento è quella di verificare se sussiste una situazione di debito del fallito nei confronti del creditore istante: se questo credito è assistito da particolari cause di prelazione, se questo credito pur esistente è opponibile alla massa dei creditori. Va aggiunto che la portata del procedimento di accertamento si esaurisce nell'ambito endo-fallimentare, limitando la propria efficacia esterna dopo la chiusura del fallimento: quindi il legislatore non riconosce al provvedimento fallimentare capacità di produrre effetti immediati e diretti al di fuori della procedura concorsuale.

In realtà sussiste un interesse pubblico allo svolgimento del "naturale" concorso al processo fallimentare: tant'è che il processo può iniziare anche su istanza di una parte pubblica (P.M.) e svolgersi indipendentemente dall'impulso di parte (basta l'impulso di ufficio assicurato dal Curatore) sempreché almeno un creditore dichiari di voler concorrere alla procedura e si insinui al passivo. Si spiega così anche il contenuto dell'art. 92 L F che contempla una inusuale "ricerca" dei creditori. Sul punto autorevole dottrina (Lo Cascio 2011) ha affermato che in realtà nel fallimento si è reso

obbligatorio il *procedimento di accertamento del passivo* all'interno di quello concorsuale, nel quale l'adozione di provvedimenti finalizzati all'esecuzione collettiva ed al soddisfacimento della massa dei creditori determina la confluenza degli interessi di tutti i partecipanti e la collocazione anticipata dei crediti rispetto alla fase di distribuzione del realizzo del patrimonio del debitore. Pertanto in sostituzione degli strumenti di cognizione ordinaria, si è introdotto un rito speciale ed un sistema che assicura la partecipazione collettiva diretta dei creditori concorsuali e il loro contraddittorio. E' questo è l'essenza della *concorsualità* che richiede un procedimento non individualizzato ma collettivo, cui possono partecipare tutti i creditori per difendere non solo le proprie ragioni ma anche per intervenire sulle posizioni altrui, creando un contraddittorio incrociato (come autorevole dottrina - G.Bozza- si è espressa nel riconoscere che qualsiasi pretesa che si concretizzi nella richiesta di pagamento di una somma di denaro che si voglia far valere sul patrimonio acquisito all'attivo della procedura deve essere accertata mediante procedimento).

All'attualità infatti come è dato vedere alla formazione del passivo (prima affidata al G.D. con l'ausilio del Curatore in veste di collaboratore) si perviene attraverso un procedimento che segue regole di un vero e proprio contenzioso tra le parti fondato sul principio del contraddittorio, anche se realizzato in forma particolare, che si svolge avanti a un Giudice terzo e imparziale. La cognizione ora è assai più piena rispetto al passato e la decisione del Giudice Delegato è quindi, a maggior ragione, espressione di giurisdizione contenziosa di carattere cognitorio.

L'accertamento del passivo è caratterizzato dal principio dell'esclusività dettato dall'art. 52 L.F. in forza del quale i crediti devono essere accertati secondo specifiche modalità sancite dalla legge fallimentare. L'espansione

dell'accertamento del passivo fallimentare anche ai *crediti prededucibili ed ai diritti immobiliari* ha rafforzato l'idea che il fallimento possa costituire la sede per la decisione sul credito e sui beni del terzo, con conseguente facoltà di coloro che sono coinvolti nella procedura di poter agire non soltanto in forza di un titolo di credito certo, liquido ed esigibile, ma anche in forza di un credito che ne sia privo. In realtà *l'esclusività dell'accertamento del passivo* non significa che esso debba essere anche necessario, laddove sia configurabile la previsione di un attivo insufficiente, tale da precludere una distribuzione ai creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, fatto salvo il soddisfacimento dei crediti prededucibili e le spese della procedura la cui sussistenza non determina la preclusione della fase di accertamento.

b) STRUTTURA DELL'ACCERTAMENTO DEI CREDITI

Nella disciplina vigente è disconosciuto al Curatore il ruolo di collaboratore del Giudice come in precedenza e lo si è inquadrato in quello di parte processuale, quanto meno formale, mentre al Giudice Delegato è stata attribuita quella di organo decidente terzo ed imparziale in modo che le decisioni costituiscano espressione della giurisdizione contenziosa. Infatti lo scopo del procedimento è quello di accertare il diritto di ogni singolo creditore, a domanda e su impulso di questi, al fine di realizzare la tutela cognitiva, in preparazione di quella esecutiva-satisfativa. Ed è la “*concorsualità*” la caratteristica che legittima ciascun creditore ad interloquire e successivamente perfino a impugnare la posizione degli altri creditori.

La struttura in cui si articola oggi il procedimento di accertamento del passivo vede coinvolti in qualità:

- di vere e proprie parti il Curatore ed i Creditori concorsuali nonché i terzi

che vantano diritti su cose mobili ed immobili di proprietà ed in possesso del fallito;

- esclusiva di giudicanti il Giudice Delegato e il Tribunale (e la Corte di Cassazione in sede di impugnazione);
- di spettatore più o meno attivo il fallito.

Va ricordato che il procedimento di accertamento del passivo è costituito di due fasi: una necessaria ed una eventuale.

La prima fase disciplinata dagli art dal 92 al 97 LF, è stata completamente rivisitata, mantenendo ferma la sua impostazione sul principio della domanda della quale peraltro è stato ridisegnato il contenuto formale e sostanziale. Infatti il sistema previgente era caratterizzato da: sommarietà del rito, poteri inquisitori del G.D., carenza di contraddittorio, marginalità della posizione del fallito, partecipazione del Curatore nel ruolo di assistente del G.D. nella formazione dello stato passivo, mancanza di una motivazione nel provvedimento preso. Con la riforma la fase di verifica è strutturata come procedimento contenzioso semplificato in un contraddittorio deformalizzato incentrandosi l'attività probatoria sulla produzione di documenti.

Tale fase è governata da un rito speciale e con cognizione improntata ad esigenze di speditezza che si svolge innanzi ad un G.D. posto in una posizione di terzietà e imparzialità . Per realizzare tali due principi oltre a quello della effettività della tutela giurisdizionale basata sul contraddittorio è stato attribuito al Curatore il compito di esaminare le domande di cui all'art 93 LF, di predisporre elenchi separati dei creditori e dei titolari di diritti sui beni mobili e immobili di proprietà e in possesso del fallito e di rassegnare su ciascuna domanda le sue motivate conclusioni (art 95 c. 1) che, nel loro insieme, costituiscono il progetto di stato passivo da depositare in

Cancelleria. Ed è proprio sulla base dell'invito che il Curatore rivolge a tutti i creditori a partecipare all'adunanza, che si apre la fase istruttoria, nella quale il Curatore comunica il proprio orientamento al creditore. Quest'ultimo può difendersi sul punto e si conclude con il decreto del Giudice Delegato di esecutività dello stato passivo pronunciato nell'udienza pubblica, dinanzi ai creditori, sulla base delle conclusioni definitive che le parti formuleranno in quell'occasione. Se poi il provvedimento non viene impugnato esso è idoneo a formare il *c.d. giudicato endofallimentare* e cioè il fatto che il provvedimento di approvazione dello stato passivo ha solo efficacia all'interno della procedura fallimentare.

E' anche una fase con l'unica possibilità di non farsi luogo all'accertamento del passivo dei crediti concorsuali nella limitata ipotesi di previsione di insufficiente realizzo disciplinata dall'art 102 L.F.

La seconda fase solo eventuale da luogo ad un giudizio speciale che si svolge innanzi al Tribunale, di cui obbligatoriamente il G.D. non può far parte e viene instaurata solo da chi non abbia visto accogliere anche solo in parte la propria domanda dal Giudice Delegato oppure dai creditori che intendono impugnare l'ammissione del credito altrui, in quanto lo stesso, potenzialmente, riduce le loro aspettative di riparto. Va detto che questa seconda fase costituisce l'unico grado di cognizione-revisione che può entrare nel merito del provvedimento emesso dal G.D., giacche, il Legislatore sopprimendo l'appello (prima possibile contro la sentenza di primo grado emessa dal Tribunale in esito all'opposizione) , ha reso possibile ricorrere contro il decreto emesso dal Tribunale in composizione collegiale solo dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione solamente per ragioni attinenti la legittimità e non il merito.

c) EFFICACIA DELL' ACCERTAMENTO

L'efficacia dell'accertamento ha una limitazione endoconcorsuale degli effetti di tutte le decisioni assunte dagli Organi giudiziali

Volendo sintetizzare quindi lo Stato Passivo è oggi concepito come uno strumento di accertamento delle pretese dei terzi (crediti ovvero restituzione o rivendicazione, a seconda che abbiamo ad oggetto somme o, rispettivamente beni mobili o immobili) verso il patrimonio fallimentare. Detto accertamento ha carattere uniforme (termini, regime di presentazione delle domande, procedimento decisorio, fasi di impugnazione) mantenendo differenziati i titolari delle due categorie di pretese con la previsione della compilazione di elenchi separati. In realtà la contestualità tra la verifica dei crediti e l'accertamento dei diritti dei terzi su beni in possesso al fallito è giustificata dall'opportunità di aumentare la possibilità di controllo delle categorie interessate (cioè i creditori che hanno interesse a conservare l'integrità del patrimonio del debitore oggetto della loro garanzia ed i terzi che pretendono di distrarre dalla massa attiva beni che assumono di loro spettanza) che si traduce nella possibilità per i creditori di interloquire, nel contraddittorio incrociato che si attua nell'udienza di verifica sulle pretese dei terzi considerato il pregiudizio che essi possono risentire dalla diminuzione dell'attivo fallimentare. Invero nel sistema pregresso il procedimento per l'accertamento dei diritti dei terzi sui beni in possesso del fallito, pur svolgendosi contestualmente e nelle stesse forme del procedimento per la verifica del passivo (tant'è che veniva riconosciuto il carattere unitario e cumulativo dei due procedimenti) rimaneva da questo formalmente distinto, con elenchi e provvedimenti di chiusura separati. Inoltre, va aggiunto che l'accertamento dei diritti dei terzi su beni in possesso del fallito non è più limitato come era in precedenza, ai soli "diritti reali mobiliari", ma riguarda i

“ diritti reali o personali su beni mobili e immobili “. Va qui segnalato come il legislatore della riforma, per un difetto di coordinamento, non abbia conseguentemente variato anche la rubrica del Capo in esame, che continua riduttivamente a recitare “ Accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari di terzi “.

- Caso Pratico Recente Giurisprudenza

Una riflessione merita la recente Sentenza del Corte Suprema di Cassazione (n° 4213/2013 del 20-1-13) per la trattazione del caso di mancanza di data certa su scritture contabili riconosciuta nella domanda di ammissione al passivo che è rilevabile d'ufficio.

In estrema sintesi il concetto di base che il Curatore è terzo rispetto al creditore istante e quindi da questo discende l'applicabilità dei limiti probatori indicati all'rt 2704 CC in tema di data certa non potendosi applicare quegli articoli 2709 e 2710 che regolano l'efficacia probatoria fra imprenditori. Quindi l'altro aspetto fondamentale è la mancanza di data certa nella documentazione prodotta dal creditore istante che costituisce solo un fatto impeditivo del riconoscimento del diritto di far valere il credito nel concorso, ma non è elemento determinante sulla validità del credito.

Detto questo la Corte afferma anche il principio che, questo non è una eccezione in senso stretto sulla domanda, in quanto tale può essere eccepito solo dal Curatore ma è un'eccezione in senso lato che può essere eccepito anche dal Giudice. Se la rilevazione viene fatta dal Curatore in sede di progetto dello Stato Passivo, il creditore può e deve dedurre nel termine stabilito dalla legge e a quel punto il G.D. decide sulla base del parere del Curatore e delle contro-deduzioni di parte del creditore. Se invece questa

viene rilevata d'ufficio, da parte del Giudice Delegato, determina in ogni caso la necessità di disporre la relativa comunicazione alle parti per eventuali osservazioni e richieste o subordina la decisione nel merito all'effettuazione del detto adempimento.

d) PROFILI PROCEDURALI PRELIMINARI dell'AVVISO AI CREDITORI

L'art 16 LF ricomprende tra le disposizioni di carattere ordinatorio che la Sentenza dichiarativa di fallimento deve indicare anche la fissazione del luogo, del giorno e dell'ora in cui si procederà all'esame dello stato passivo, fissando all'uopo un termine, qualificato impropriamente come perentorio, che secondo l'originaria formulazione era di 120 gg e che ha seguito del decreto correttivo giunge sino a 180 gg in caso di particolare complessità della procedura. In realtà la data dell'Adunanza costituisce il giorno iniziale di calcolo a ritroso del termine, anch'esso qualificato perentorio, previsto per la presentazione delle domande tempestive, che è quello di " 30 gg prima dell'Udienza ". L'effetto del mancato rispetto di tale termine non è la decadenza dalla possibilità di partecipare al concorso, ma la decadenza della possibilità di presentare la domanda tempestiva, giacchè il comma 1 dell'art. 101 LF stabilisce che tutte le domande presentate oltre il termine di 30 gg prima dell'udienza di verifica sono da considerarsi tardive. Per queste il termine finale è di 18 mesi superati i quali e fino a quando non siano esaurite le ripartizioni dell'attività fallimentare le domande tardive sono ancora possibili ma la loro ammissibilità è condizionata dalla prova che il ritardo sia stato determinato da causa non imputabile all'istante.

e) FASE PREPARATORIA: AVVISO AI CREDITORI

Il Curatore deve svolgere senza indugio tutta una serie di attività tra le quali è ricompresa, in primo luogo, la formazione degli elenchi dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali mobiliari ed immobiliari su cose nella disponibilità del fallito (art 89 L.F.).

L'avviso ai creditori è diretto unicamente a provocare una sollecitazione ai medesimi, al fine di garantire una maggiore rapidità della procedura, con ciò attribuendosi pertanto al predetto avviso una mera funzione di *provocatio ad agendum* nei confronti dei creditori del fallito affinché possano far valere i loro diritti nel concorso. E così vale per le connesse necessità di allegazione probatoria documentale in relazione a specifiche tipologie di crediti da ammettere, al fine di agevolare il rapido ed efficiente svolgimento della fase di accertamento del passivo. Tuttavia, va aggiunto, che alla luce dell'art 16 n. 5 LF è facile ricavare che, in linea di principio, l'operazione di comunicazione degli avvisi in discorso dovrà essere compiuta prima della scadenza del termine perentorio dei 30 gg antecedenti l'ordinanza di cui al . 4 del medesimo art 16, in tempo utile per consentire la tempestiva presentazione delle domande di insinuazione. Comunque, la comunicazione dell'avviso potrà essere effettuata anche dopo la scadenza del termine da ultimo ricordato, quando, ad esempio l'esistenza del creditore sia conosciuta in ritardo da parte del Curatore, per notiziare comunque l'interessato della possibilità di far valere le sue pretese in tardiva. E importante precisare che l'omissione (ovvero la irrituale) della comunicazione dell'avviso da parte del Curatore non determina alcuna nullità ma determina l'integrazione di una causa di non imputabilità del ritardo nella presentazione della domanda di ammissione al passivo da parte del creditore, con la conseguenza, per un verso, di rendere ammissibile, l'insinuazione proposta anche oltre il termine ultimo fissato dall'art 101 LF per la presentazione delle domande tardive e,

per altro verso (riconosciuto dalla Dottrina P.Pajardi-A.Paluchowski 2008), di legittimare il creditore insinuatosi tardivamente al recupero delle quote che gli sarebbero spettate nelle precedenti ripartizioni dell'attivo. Peraltro la Giurisprudenza (Cass. Se I, 19-3-12 n. 4310) ha precisato che “ il mancato avviso al creditore da parte del Curatore, previsto dall'art 92, integra la causa non imputabile da parte del creditore: quindi il Curatore ha facoltà di provare, ai fini dell'ammissibilità della domanda, che il creditore abbia avuto notizia del fallimento, indipendentemente della ricezione dell'avviso predetto “. In ultimo deve ritenersi anche che in mancanza dell'avviso, il Tribunale non potrebbe dichiarar la chiusura del fallimento ex art 118 n. 1 LF.

f) DESTINATARI DELL'AVVISO

In ordine ai destinatari e alle modalità di comunicazione degli avvisi, per la ricerca dei soggetti a cui inviare gli avvisi, l'art 92 LF, nella nuova formulazione dettata dalla riforma (il cosiddetto Decreto Sviluppo Bis) non fa più esplicito riferimento, a differenza di quello precedente ai creditori e agli altri interessati “ compresi negli elenchi di cui all'art 89 “ e richiama, invece, genericamente, quelli risultanti dalle scritture dell'imprenditore ed emersi da altre fonti di informazioni. Va aggiunto, tuttavia, che da quest'ultima rilevata differenza non è ricavabile alcuna conseguenza pratica rilevante, attesa da un lato, la identità delle fonti per la individuazione dei componenti degli elenchi nonché dei destinatari della comunicazione ex art 92 e la contestualità delle due attività e, dall'altro lato, la natura meramente interna degli elenchi, modificabili o integrabili anche dopo il deposito in Cancelleria. Tali circostanze, rendono comunque possibile l'evenienza che l'avviso sia spedito anche a soggetti diversi da quelli in detti elenchi originariamente indicati. Vi sono peraltro dei creditori definibili “ standard “ (che devono essere inseriti

negli elenchi già sopra citati dall'art 89 LF) per i quali l'avviso è sempre necessario come nel caso dell'Erario, dell'Inps, dei concessionari di luce, gas e telefonia.

Del resto deve essere precisato che, anche ante riforma 2012, la comunicazione doveva essere inviata a chiunque affermava pretese creditorie (anche non liquide ed esigibili) nei confronti del fallito, della cui esistenza il Curatore era venuto a conoscenza anche dopo la formazione degli elenchi. In conclusione deve ritenersi che, in termini più generali, l'avviso debba essere inviato a tutti coloro per i quali il procedimento di formazione dello stato passivo fallimentare rappresenta lo strumento attraverso il quale far valere le rispettive pretese creditorie nei confronti del debitore fallito.

g) MODALITA' di COMUNICAZIONE dell'AVVISO

La norma in esame ante DL n 179/2012, convertito in L. n. 221/2012, aveva inteso demandare al Curatore – in linea con la maggiore e più ampia autonomia nella gestione della procedura – la selezione, di volta in volta, dello strumento più idoneo in termini di tempestività e di sicurezza e di prova di intervenuta ricezione, con le conseguenti responsabilità, da valutare ex ante, in ordine alla scelta del mezzo rilevatosi non proficuo.

L'art 92 LF precisa, al comma 1, anche il luogo di trasmissione dell'avviso, stabilendo che la comunicazione deve essere effettuata, in caso di impossibilità dell'invio della comunicazione e mezzo p.e.c., presso la “ sede dell'impresa “ o la “ residenza del creditore “. Orbene la sede dell'impresa deve presumersi coincidente, per gli imprenditori individuali iscritti nel Registro Imprese, con quella risultante dal medesimo registro dell'art 2196 CC c. 1 e 5 e per gli imprenditori collettivi con la sede legale. Il comma 2 del'art 92 LF consente, nel caso in cui il creditore abbia sede o residenza

all'estero, di inviare l'avviso al suo rappresentante in Italia, se esistente. Non vi sono dubbi (nonostante questa disposizione risulti circoscritta ai soli creditori) in ordine alla sua applicazione anche ai titolari di diritti sui beni. Tuttavia preme sottolineare che la norma in esame è stata profondamente modificata dall'art 17 del c.d. *Decreto Sviluppo bis*, disponendo ora l'art 92 come da ultimo novellato, che la comunicazione in discorso debba essere effettuata a mezzo p.e.c. – se il relativo indirizzo del destinatario risulta dal Registro delle imprese e dei professionisti e, solo se ciò non è possibile, attraverso lettera raccomandata o telefax presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore. Com'è dato riscontrare, l'opzione del Legislatore è nel senso di valorizzare al massimo la comunicazione attraverso il sistema della p.e.c., e ciò anche in linea alla disposizione di carattere generale ora introdotta dal D.L. convertito, con le modificazioni, in L. 221/2012, nell'art 31-bis LF, consentendo le altre forme di comunicazioni tradizionali solo in via residuale e marginale. Tale disposizione di carattere generale dettata dall'art 31-bis LF, riguarda solo ed esclusivamente le comunicazioni del Curatore ai creditori e ai titolari di diritti reali. Pertanto, la norma che prevede (in via residuale e marginale) la possibilità di comunicazione in Cancelleria (nella ipotesi di impossibilità di comunicazione a mezzo p.e.c.) , non dovrebbe a rigore trovare applicazione nella diversa ed opposta ipotesi di comunicazione rivolta dal creditore (con rilevanti conseguenze pratiche nelle ipotesi in cui i mittenti delle comunicazioni non siano imprese, professionisti o soggetti non assistiti da un Legale) al Curatore. Sarebbe auspicabile l'applicazione analogica del c.d. doppio binario di comunicazione telematica anche alle ipotesi in cui i creditori non siano i destinatari bensì i mittenti delle comunicazioni. Tale lettura consentirebbe un'interpretazione costituzionalmente corretta e che non sarebbe tacciabile di incostituzionalità per violazione del diritto di difesa

ai sensi dell'art 24 Cost.

h) LA DOMANDA DI AMMISSIONE AL PASSIVO

Passando ora a analizzare il contenuto della domanda, va anzitutto ricordato che la stessa deve puntualmente indicare, a pena di inammissibilità dell'istanza, sia la somma per la quale il creditore chiede la insinuazione al passivo ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendica (c.d. *petitium*: ciò che si chiede) , sia infine, il titolo di prelazione eventualmente richiesto e la descrizione del bene oggetto di pegno, ipoteca o privilegio speciale. Sotto il profilo più strettamente sanzionatorio il Legislatore ha graduato le conseguenze della mancanza o della omissione dei requisiti previsti per la presentazione della domanda a seconda della gravità delle omissioni stesse: così la mancata o assoluta incertezza delle indicazioni relative alla procedura, alle generalità del creditore, al *petitium* ovvero *alla causa petendi* determina la inammissibilità della domanda. Questo esito non impedisce la riproposizione della stessa come tardiva, consentendo tuttavia al creditore che contesti, di impugnare lo stato passivo con l'opposizione.

Invece l'omissione o l'incertezza assoluta dell'indicazione del titolo di prelazione comporta la degradazione del creditore a chirografario, restando esclusa la possibilità di riconoscere d'ufficio una prelazione ovvero di riconoscerne una diversa da quella richiesta. La stessa conseguenza è determinata dalla mancanza o assoluta incertezza in ordine alla descrizione del bene su cui insiste la prelazione speciale.

L'omissione dell'indicazione dell'indirizzo p.e.c. determinano, invece, la meno grave conseguenza che le comunicazioni successive a quella concernente l'esecutività dello stato passivo devono essere effettuate presso la Cancelleria.

Va inoltre precisato che per presentare la domanda di ammissione al passivo, occorre essere legittimati (es: il rappresentante di Ente Pubblico con autorizzazione mentre per la persona giuridica la mancata indicazione comporta la nullità non sanabile nemmeno in sede di opposizione) formalmente e sostanzialmente. Come già tratteggiato in precedenza sono legittimati i creditori concorsuali, ma anche il terzo revocato o coloro che vantano un debito di massa, se contestato; nonché i titolari di un diritto reale e personale su beni mobili od immobili del fallito; e coloro che agiscono in via surrogatoria ex art 2900 CC; è legittimato altresì il rappresentante comune degli obbligazionisti ai sensi dell'art 2418 CC c. 2, cui fa riferimento l'art. 93, anche per i singoli gruppi di creditori.

La domanda si propone nella forma del *Ricorso*, sottoscritto dal ricorrente o mediante assistenza tecnica e con il riconoscimento delle sole spese borsuali-vive sostenute.

La legge prevede ora espressamente all'art 93 LF c. 2, che il ricorso debba essere presentato esclusivamente in formato digitale, con duplice possibilità di documento creato in origine in formato digitale e dunque sottoscritto con firma digitale ovvero di documento creato in origine in formato cartaceo e successivamente digitalizzato mediante scansione.

Non è obbligatoria l'assistenza legale e che le eventuali spese legali sostenute per l'ammissione non possono essere ammesse.

Va ricordato che il c. 2 dell'art 93, recentemente novellato dal DL 179/2012 dispone espressamente che il ricorso è trasmesso all'indirizzo p.e.c. del Curatore indicato nell'avviso di cui all'art. 92 LF unitamente ai documenti di cui al c. 6.

Il contenuto della domanda è disciplinato dal c. 3 dell'art 93 LF che è stato modificato dal DL 179/2012 (meglio noto come Decreto Sviluppo Bis) che

dispone che “ l’istante deve altresì indicare l’indirizzo p.e.c. al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla procedura, le cui variazioni vanno comunque comunicate al Curatore, pena l’applicazione della sanzione di cui all’art 31-bis c. 2 LF e cioè l’effettuazione delle successive comunicazioni da parte del Curatore mediante deposito in Cancelleria. Il profilo del contenuto della domanda, arricchito rispetto alle previsioni previgenti DL 179/2012, stabilisce che il ricorso per l’ammissione allo SP (e quello di rivendicazione e restituzione) deve anzitutto contenere l’indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità (nome, cognome ovvero ditta, ragione e denominazione sociale, residenza o sede) del ricorrente. Si precisa che l’oggetto della domanda deve sottendere in un somma di denaro (dove, secondo un’interpretazione rigorosa, rientra il calcolo degli interessi) e in un bene mobile o immobile (per le domande di restituzione-rivendicazione). La domanda deve altresì indicare la succinta esposizione dei fatti (*causa petendi*) e degli elementi di diritto che costituiscono le ragioni della domanda.

Si richiama ad ogni buon uso la chiarificante Circolare del Maggio 2013, diramata dal Presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale Pistoia, Dott. R D’Amora, con le indicazioni operative per l’applicazione della nuova disciplina concerne la comunicazione telematica degli atti nelle procedure concorsuali, ai sensi del D.L. n. 179/2012 (c.d. Decreto Sviluppo *bis*) convertito dalla L. 221/2012.