

# Fallimento e nuovo processo civile

*Vincenzo Ruggiero*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Giudizio di opposizione allo stato passivo. – 3. Il regime di costituzione. – 4. Preclusioni istruttorie previste dal nuovo rito ed acquisizione del fascicolo fallimentare, inapplicabilità delle preclusioni. – 5. Il giudizio di omologazione del concordato fallimentare.

È certamente molto difficile per me prendere la parola dopo l'importante e profonda relazione svolta dal Presidente Amura; mi auguro quindi che l'autorevole uditorio voglia essere particolarmente benevolo nei miei confronti.

Prima di svolgere il mio intervento, che assicuro rispettoso dei tempi assegnati, permettetemi di ringraziare il consiglio dell'ordine tutto per l'invito fattomi che profondamente mi onora; un ringraziamento particolare va al mio elegante Presidente Avv. *Ciro Falanga*.

## 1. PREMESSA

Prima di prendere in considerazione gli effetti che la riforma del processo civile ha avuto e sta avendo sulla disciplina del fallimento come delle altre procedure concorsuali è necessario svolgere delle considerazioni di fondo che appaiono subito di immediata evidenza.

Come è noto la riforma del processo civile si è occupata della materia fallimentare solo con l'art. 88, che ha abolito la regola della collegialità del Tribunale in primo grado introducendo al suo posto, mediante la

modifica dell'art. 48, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 sull'ordinamento giudiziario, il principio della monocraticità salve le cosiddette "riserve di collegialità" riguardanti, tra gli altri, i "giudizi" che conseguono all'approvazione dello stato passivo, vale a dire i giudizi di opposizione allo stato passivo *ex art. 98 L. fall.*, quelli di impugnazione dei crediti ammessi *ex art. 100 L. fall.*, quelli di revocazione *ex art. 102 L. fall.*, quelli conseguenti a dichiarazioni tardive di crediti *ex art. 101 L. fall.*, infine quelli relativi alle omologazioni dei concordati fallimentari e dei concordati preventivi.

Appare evidente che tali giudizi sono riferiti sia al fallimento in senso proprio che alla procedura di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa.

Una seconda riflessione muove invece dall'interno della stessa legge fallimentare e dal complesso della legislazione concorsuale, intesa come strumento di organizzazione dei rimedi processuali alla insolvenza dell'imprenditore commerciale.

Questa particolare finalità, come chiaramente ha insegnato Giuseppe Tarzia<sup>1</sup>, comporta "una strutturazione della procedura attraverso una pluralità di organi muniti ciascuno di propri anche se correlati poteri".

Su questo modello organizzativo voluto dal legislatore per disciplinare il dissesto dell'imprenditore, la legge processuale civile e conseguentemente la sua riforma non influisce in maniera diretta, ciò non già perché il fallimento sia un sistema "chiuso", impermeabile agli altri modelli organizzativo-processuali, "ma perché nella articolazione di organi poteri e responsabilità diversi sta l'elemento caratterizzante di tali procedure concorsuali, riflesso immediato della loro natura non bilaterale o plurilaterale ma collettiva se non universale"<sup>2</sup>.

La terza ed ultima considerazione è paradossalmente di segno quasi opposto. La peculiarità delle procedure concorsuali non esclude la loro integrazione con la normativa processuale civile ordinaria, e quindi ora con la legge di riforma. Essa però postula un continuo confronto tra la normativa speciale e quella ordinaria, salvaguardando la prima e le esigenze ad essa sottese, qualora appunto siano individuabili dei "valori protetti" insuscettibili ad esser compresi.

---

<sup>1</sup> *Procedure concorsuali e riforma del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale* ed in *Studi in onore di Elio Fazalari*, Milano, 1993.

<sup>2</sup> G. TARZIA, *op. cit.*

L'attualità del problema sta dunque nel conciliare la specialità del rito fallimentare con la maggiore rigidità del rito ordinario novellato.

## 2. GIUDIZIO DI OPPOSIZIONE ALLO STATO PASSIVO

Va osservato come il regime delle preclusioni si articola su tre barriere successive individuabili:

- a) nella specificazione del contenuto dell'atto di citazione e della comparsa di risposta (art. 163 e 167 c.p.c.);
- b) nella anticipazione del momento di definitiva fissazione delle eccezioni processuali e di merito (art. 183 c.p.c.);
- c) nelle decadenze relative alle deduzioni istruttorie (art. 184 c.p.c.).

La proposizione dei giudizi sullo stato passivo mediante ricorso al Giudice delegato "disattiva" automaticamente la prima di queste barriere, posto che il contenuto del ricorso va individuato non sulla base dell'art. 163 c.p.c. bensì dell'art. 125 c.p.c. Del resto l'inapplicabilità al ricorso dei requisiti relativi all'*edictio actionis* di cui all'art. 163 c.p.c. consegue altresì ad una non trascurabile ragione sostanziale di tutela del creditore ricorrente rilevante quanto meno nel giudizio di opposizione allo stato passivo.

Va invero considerato che, a prescindere dalla dibattuta questione sulla natura impugnatoria del relativo giudizio, mentre altri ritengono che si tratti soltanto di un processo a cognizione piena contrapposto alla fase precedente a cognizione sommaria, disciplinata dagli art. 92 e seg. L. fall.<sup>3</sup>, è comunque inevitabile che l'opponente prenda posizione e contrasti in fatto ed in diritto la tesi in forza della quale il credito è stato escluso.

La Giurisprudenza, per altro verso, ha ripetutamente affermato che il provvedimento di esclusione deve presentare connotati di certezza quanto al dispositivo, mentre non richiede la dettagliata ed argomentata

---

<sup>3</sup>Sulla natura di giudizio di cognizione ordinaria dell'opposizione a stato passivo cfr. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, 314. In Giurisprudenza da ultimo non si dubita che il giudizio abbia carattere di gravame, Cass. 25 gennaio 1993, n. 845, in *Fallimento*, 1993, 615.

illustrazione delle ragioni di merito che hanno indotto l'esclusione; posto che alla loro integrazione può e deve provvedere proprio il Giudice dell'opposizione che respinga il ricorso<sup>4</sup>. Nella prassi del resto, gli stati passivi impugnati si limitano a recepire formule di esclusione non solo sintetiche (i c.d. minidecreti) ma spesso anche assai generiche, dalle quali non è sempre dato di conoscere, ad esempio, se il credito sia stato escluso in quanto fondato su di un titolo invalido, piuttosto che inopponibile alla massa in quanto sprovvisto di data certa anteriore al fallimento, ovvero perché revocabile, ovvero per altra e diversa ragione.

Se da un lato ciò è imposto dalla sommarietà della cognizione devoluta al Giudice delegato, non pare che, dall'altro, il ricorrente possa essere chiamato a determinare la propria domanda e soprattutto a circostanziare anche sul piano probatorio i fatti sui quali si fonda (sulla falsariga di quanto richiesto per la citazione dai nn. 3, 4 e 5 dell'art. 163 c.p.c.), in maniera più rigorosa di quanto non gli sia di fatto consentito dal provvedimento del Giudice.

Cionondimeno, anche quando si volesse richiedere per il ricorso un grado di specificazione pari a quello richiesto dall'art. 163 c.p.c. per l'atto di citazione (ma quando il legislatore lo ha voluto, lo ha espressamente prescritto, come nell'art. 184 disp. att. c.p.c. in tema di ricorsi di opposizione all'esecuzione) non potrebbe in ogni caso estendersi ad esso il regime di nullità previsto dall'art. 164 c.p.c. Al principio formale di tassatività delle cause di nullità ex art. 156 c.p.c. si aggiungono nella specie le ragioni di attuazione sostanziale del diritto di difesa del ricorrente-attore delle quali si è detto. Né varrebbe obiettare che, in ogni caso, si tratterebbe di nullità sanabile mediante integrazione per ordine del Giudice (da disporsi entro la prima udienza di comparizione ai sensi del penultimo comma dell'art. 164 c.p.c.). Da un lato la specificazione ordinata non avrebbe modo di materialmente espletarsi se non dopo che la curatela abbia reso esplicite entro il termine ultimo di venti giorni, di cui al nuovo testo dell'art. 180, comma 1, c.p.c., le ragioni della contestazione del credito; dall'altro l'eventuale sanatoria dei vizi dell'*edictio actionis*, anche quando fosse possibile a seguito della tempestiva costituzione del curatore, opererebbe *ex nunc* ferme restando le decadenze già maturate. Il

---

<sup>4</sup> Cass. 4 aprile 1970, n. 909, Trib. di Milano, 1 febbraio 1982, in *Fallimento*, 1983, 120; App. Palermo, 5 dicembre 1985, *ivi*, 1986, 1352.

comma 1 dell'art. 164 c.p.c. commina altresì di nullità la citazione con la quale l'attore ometta di avvertire il convenuto delle decadenze nelle quali incorrerà in caso di mancata tempestiva costituzione.

Anche in tal caso il giudizio di compatibilità con la normativa fallimentare ha esito negativo, posto che nessuna norma consente di imporre al creditore ricorrente di comunicare un analogo avvertimento nei riguardi del curatore, né tantomeno di sanzionare di nullità l'omissione.

A questa conclusione si perviene in ragione della peculiare configurazione della *vocatio in ius* nei giudizi proposti mediante ricorso, ad essa concorrendo in maniera indefettibile l'attività del Giudice. Né potrebbe sostenersi che l'avvertimento dovrebbe essere reso proprio dal Giudice contestualmente alla fissazione dell'udienza di comparizione.

Un siffatto incumbente non potrebbe essere ritenuto equipollente, a livello di requisito essenziale della *vocatio in ius*, a quello concepito dall'art. 163, n. 7 novellato riferito alla necessaria attività della parte, con la conseguenza che nessuna invalidità richiesta di integrazione o di remissione in termini potrebbe essere prospettata nei riguardi di un decreto di comparizione privo del requisito in esame.

Non pare che questa conclusione debba preoccupare più di tanto: non tanto perché il curatore trova istituzionalmente nel Giudice il riferimento delle proprie iniziative, anche processuali, ma soprattutto perché, come si è efficacemente osservato, l'ordinamento fa scattare nel rito del lavoro un regime processuale sicuramente più severo di quello novellato pur senza richiedere un avvertimento di sorta<sup>5</sup>.

### 3. IL REGIME DI COSTITUZIONE

Orbene, il comma 3 dell'art. 98 L. fall. prescrive che almeno cinque giorni prima dell'udienza (quella fissata con decreto dal Giudice delegato) i creditori devono costituirsi. Se il creditore non si costituisce l'opposizione si reputa abbandonata. Va premesso che la Giurisprudenza<sup>6</sup> giu-

---

<sup>5</sup> L. PANZANI, *La riforma del processo e le procedure concorsuali*, Padova, 1994, p. 75.

<sup>6</sup> Cass. 4 novembre 1982, n. 5790. La presunzione di abbandono e la non riproponibilità della domanda hanno superato indenni il vaglio di legittimità: Corte cost. 30 novembre 1988, n. 1045, in *Fallimento*, 1989, II, 533.

stifica il rigore del legislatore fallimentare in funzione delle ragioni e delle esigenze che informano il procedimento fallimentare. Si ritiene, invero, che la mancata costituzione almeno cinque giorni prima, di cui al comma 3 dell'art. 98 L. fall., faccia scattare una presunzione assoluta di abbandono (estesa in via interpretativa anche al giudizio *ex art.* 101 L. fall.) connaturata con l'esigenza di concentrare l'attività di accertamento del passivo in un lasso di tempo ristretto, ciò proprio al fine di assicurare alla massa il dispendio minimo di risorse; essa altrimenti sarebbe costretta a costituirsi per difendersi, con aggravio di spese, in ragione di una pretesa dapprima avanzata ma poi successivamente non coltivata e quindi abbandonata.

Orbene, il problema di coordinamento che la norma indicata pone con le decadenze legate alla comparsa di risposta contenenti la spiegata domanda riconvenzionale o la chiamata in causa di un terzo, permangono tutte nonostante le modifiche apportate alla versione originaria della novella con la legge definitiva del 20 dicembre 1995, n. 534<sup>7-8</sup>.

Invero, se le decadenze di ordine processuale e di merito sono collegate ad un momento successivo dalla prima udienza di comparizione, e cioè a venti giorni prima della udienza di trattazione (la seconda) *ex art.* 183 c.p.c., cionondimeno il rilievo pratico della individuazione dei termini di costituzione applicabili al giudizio sullo stato passivo permane tuttora, posto che il curatore che si costituisce in ritardo incorre pur sempre nella indicata decadenza dalla proposizione della domanda riconvenzionale<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, e G. PELLEGRINO, *Fallimento e Nuovo Processo Civile*, Padova, 1994.

<sup>8</sup> M. DI LAURO, *Incertezze interpretative e problemi di coordinamento delle nuove disposizioni del processo civile con la legge fallimentare*, in *Fallimento*, 1994, I, 1085.

<sup>9</sup> Per quanto concerne il convenuto curatore si ammette ordinariamente che egli possa proporre domanda riconvenzionale, in genere avente ad oggetto l'azione revocatoria o di simulazione.

In Giurisprudenza per l'affermativa Trib. Torino, 14 luglio 1987, in *Fallimento*, 1987, 1301; App. Milano, 23 settembre 1986, *ivi*, 1987, 107; Trib. Genova, 10 dicembre 1984, *ivi*, 1983, 792; Cass. 21 dicembre 1990, n. 12155, in *Fallimento*, 1991, 677; Cass. 28 giugno 1985, n. 3868, in *Fallimento*, 1986, 156.

In dottrina per l'affermativa cfr. BONSIGNORI, *Il fallimento*, p. 608; RAGUSA-MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974, p. 611; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 314.

In senso contrario FERRARA, *Il fallimento*, p. 523. Il curatore nei limiti di cui all'art.

nonché, nella eventualità che ciò si ritenga ammissibile, dalla possibilità di chiamata in causa di un terzo.

Ed invero, la difficile conciliabilità dei due riti emerge evidente da un confronto dell'art. 98, comma 3, L. fall. in riferimento al riformulato art. 166 c.p.c. dove è agevole rilevare come il termine di cinque giorni (prima dell'udienza) per la costituzione in giudizio del creditore opponente stabilito dal rito fallimentare sia inconciliabile con i termini previsti nel rito ordinario per la costituzione dell'attore, ed a maggior ragione con quello di venti giorni prima dell'udienza previsto per la costituzione del convenuto.

Ora, dovendosi escludere l'abrogazione dell'art. 98, comma 3, L. fall. per sopravvenuta incompatibilità con il riformulato art. 166 c.p.c. (vuoi perché l'art. 89 della novella indica tassativamente le disposizioni che si intendono abrogate, vuoi perché le norme della legge fallimentare che disciplinano il giudizio di opposizione allo stato passivo debbono considerarsi prevalenti, per il loro carattere di norme speciali sulla disciplina generale), le "vie di fuga" per la soluzione del problema possono essere due. O si considerano inapplicabili le norme del nuovo rito alla fase introduttiva del giudizio di opposizione allo stato passivo, che pertanto continuerebbe ad essere disciplinato dalla normativa fallimentare (introduzione con ricorso, decreto del Giudice delegato, costituzione dell'opponente fino a cinque giorni prima dell'udienza indicata con decreto, costituzione fino all'udienza del convenuto curatore, perenzione del procedimento per inosservanza del termine di costituzione da parte dell'attore, decadenza della domanda ed improponibilità della sua riproduzione per mancata notifica nei termini del decreto del Giudice delegato) oppure, seguendo il convincimento di un illustre Autore<sup>10</sup>, si considera,

---

36 c.p.c. può far valere in via riconvenzionale una pretesa maggiore e diversa rispetto a quella dell'opponente invece di limitarsi alla semplice resistenza alla opposizione. Può proporre domanda riconvenzionale di ripetizione dei ratei riscossi dall'opponente, nel giudizio di opposizione promosso dal venditore il quale chieda ai sensi dell'art. 72 L. fall. la restituzione della cosa venduta al fallito.

Inoltre, sul presupposto che il giudizio di opposizione allo stato passivo per l'esclusione di un credito derivante dal contratto di trasporto è diverso dal giudizio di danni subiti dalla merce trasportata proposta prima del fallimento dal mittente (poi fallito), si è ritenuto che, nella ipotesi dell'estinzione di questo secondo giudizio, il diritto al risarcimento dei danni può essere fatto valere in via riconvenzionale dal curatore nel giudizio di opposizione allo stato passivo (App. Milano, 10 maggio 1974, in *Diritto fallimentare*, 1975, 11, 66).

<sup>10</sup> G. TARZIA, *op. cit.*

alla luce di una consuetudine invalsa in molti Tribunali Fallimentari<sup>11</sup>, l'opposizione allo stato passivo da equipararsi quanto meno nella prima fase, ad una insinuazione tardiva, di talché qualora alla prima udienza, quella fissata dal Giudice delegato, ci si avveda che il provvedimento emesso in sede di verifica sia erroneo ovvero che il credito effettivamente sussiste (avendo il creditore allegato ulteriori fonti di prova precostituite); il credito stesso potrà essere ammesso con un semplice decreto senza dar corso alla procedura contenziosa.

Pertanto in tale prima udienza, se l'opposizione non sarà stata abbandonata o il credito non sarà potuto esser ammesso, il Giudice delegato dovrà fissare una nuova udienza, col rispetto del termine a comparire (sessanta giorni) previsto dal nuovo art. 163 *bis*.

E solo venti giorni prima di tale nuova udienza il curatore dovrà costituirsi con una comparsa di risposta completa *ex art.* 167 c.p.c. Sarà questa nuova udienza a fungere da prima udienza di comparizione ed a raccogliere quindi le ulteriori attività processuali delle parti per la definitiva fissazione del tema della decisione.

Secondo l'Autore, la correttezza di tale interpretazione trova implicita conferma nella difficoltà insormontabile in cui si trova chi ritiene che la prima udienza (quella fissata con decreto dal Giudice delegato) consenta la costituzione del curatore convenuto e funga nel contempo da prima udienza di comparizione *ex art.* 180 c.p.c.

In tal caso o la costituzione avviene senza decadenze (riconvenzionale e chiamata in causa di un terzo) ma allora si introduce un regime del tutto sganciato e diverso da quello disciplinato dall'art. 167 c.p.c. o le decadenze indicate si maturano ed allora in tal caso emerge evidente l'insufficienza dell'effettivo termine a difesa concesso all'opposto, dato che non si può costringere il convenuto curatore a preparare una difesa (completa) quando non sa ancora se l'opposizione verrà coltivata o diverrà inefficace per mancata costituzione dell'opponente nei cinque giorni prima rispetto all'udienza fissata con decreto. Occorre però a questo punto rammentare che tale pur autorevole interpretazione che certamente aiuta fortemente a trovare una via di fuga dall'impasse così creato, urta contro quel principio di fondo, generalmente condiviso,

---

<sup>11</sup> La prassi è particolarmente invalsa nel Tribunale di Milano e da lì si è diffusa un po' dovunque.

sotteso per altro proprio al giudizio di opposizione allo stato passivo, secondo cui il controllo sul provvedimento che il Giudice delegato ha già emesso in sede di esclusione del credito non può che essere demandato al collegio, ciò anche alla luce della assorbente considerazione che la stessa novella ha mantenuto la cognizione collegiale per l'opposizione *ex art. 98 L. fall.*

Sul punto giova per altro ricordare il costante orientamento della Corte di legittimità che sanziona addirittura di inesistenza il provvedimento del Giudice delegato che disponga, in luogo del collegio, la ammissione allo stato passivo del credito opposto per totale carenza di potere<sup>12</sup>.

Forse al riguardo, al fine di sanare lo squilibrio creatosi tra l'opponente attore ed il convenuto curatore, una terza soluzione, mediana, potrebbe trovare ingresso, servendosi all'uopo dell'istituto della rimessione in termini *ex art. 184 bis c.p.c.* L'attuale formulazione consente, come è noto, la sanatoria di ogni tipo di decadenza, non essendo più limitata alle sole decadenze *ex art. 183 e 184 c.p.c.*; ciò comunque non toglie che si tratta sempre di un rimedio processuale concepito dal legislatore in termini di assoluta e contingente eccezionalità e certamente non accordabile in maniera indiscriminata. Orbene, qualora ve ne fosse materiale necessità, proprio alla luce della complessità della singola fattispecie, data magari dalla spiegata domanda riconvenzionale formulata dal convenuto curatore in comparsa, ma senza la possibilità del rispetto dei termini (20 giorni anteriori alla prima udienza) attesa la costituzione dell'opponente attore solo cinque giorni prima della udienza fissata, allora proprio in tal caso la concessione della rimessione in termini *ex art. 184 bis c.p.c.*, previa istanza apposita formulata dal convenuto, sarebbe da ritenersi accoglibile e concreterebbe l'unica soluzione omogenea al fine di risolvere il contrasto creatosi.

La prospettata applicazione del rimedio processuale risulterebbe altresì logica proprio al fine di tutelare il principio del corretto contraddittorio, e darebbe a sua volta la possibilità all'opponente attore di godere di un termine per meglio esaminare la difesa avversaria, e per spiegare, qualora fosse possibile, la conseguente domanda di chiamata in causa giustificata proprio dalle difese del convenuto.

---

<sup>12</sup> Cass. 28 giugno 1985, n. 3868 in *Fallimento*, 1986; Cass. 11 dicembre 1990, n. 11784, in *Fallimento*, 1991, 572.

#### 4. PRECLUSIONI ISTRUTTORIE PREVISTE DAL NUOVO RITO ED ACQUISIZIONE DEL FASCICOLO FALLIMENTARE, INAPPLICABILITÀ DELLE PRECLUSIONI

Nel corso del giudizio di opposizione allo stato passivo, frequentemente sussiste la necessità di far riferimento ad atti e documenti già acquisiti nella precedente fase svoltasi davanti al Giudice delegato.

Si deve pertanto stabilire se detta acquisizione spetta all'opponente fino a far ritenere non soddisfatto l'onere probatorio che gli incombe se non produce ritualmente in giudizio la documentazione già esistente nel fascicolo fallimentare, oppure se il Giudice istruttore ed il Tribunale possano disporre d'ufficio l'acquisizione e, comunque, decidere sulla base di quanto già risulta agli atti del fascicolo stesso. In sostanza se, con riguardo a tale documentazione, debba trovare applicazione il sistema delle preclusioni dettato dal codice di rito o meno.

È opportuno ricordare una autorevole opinione<sup>13</sup> che, ritenendo l'opposizione *ex art. 98 L. fall.* un rimedio avente natura impugnatoria, imporrebbe il deposito del provvedimento impugnato a pena di inammissibilità dell'impugnazione medesima. Ciò per analogia con la norma disposta per l'appello, che risponde ad un principio di economia processuale e di elementare funzionalità, non potendo un Giudice decidere su un provvedimento a lui ignoto. Ancora, il richiamo del fascicolo dello stato passivo, secondo l'Autore, non solo non può essere un fatto automatico, ma neppure può avvenire d'ufficio, senza quella apposita sollecitazione di parte che sola renderebbe l'istanza ammissibile.

La lettura, così come fornita, non appare convincente, ritenendosi invece che il sistema delle preclusioni istruttorie non trova applicazione con riguardo alla documentazione delle parti o di terzi acquisita al fascicolo fallimentare. Trattandosi invero di atti già prodotti nella precedente fase contenziosa e facendo il fascicolo fallimentare automaticamente parte degli atti del giudizio di opposizione, la suddetta documentazione deve intendersi come già prodotta ed acquisita fin dal momento introduttivo del giudizio di opposizione.

Il creditore opponente non ha quindi l'onere di produrre di nuovo i documenti, già prodotti in precedenza, a meno che non siano nuovi, ed

---

<sup>13</sup> PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, p. 459.

il Tribunale nel giudizio di opposizione allo stato passivo può porli a base della sua decisione anche indipendentemente dalla iniziativa ulteriore della parte rispetto a quella già attuata nella fase precedente.

D'altra parte, questa stessa situazione si verifica anche in altre ipotesi previste dall'ordinamento processuale. Infatti nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo deve essere acquisito il fascicolo della fase monitoria ed il Giudice può trarre da esso tutti gli elementi di prova possibili.

Per tutti gli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, posto che in questa sede non sussiste l'esclusione delle prove di lunga indagine come nella fase di verifica dei crediti, esse sono da ritenersi ammissibili.

È evidente che in tutti tali diversi casi, sarà pienamente applicabile il principio dell'onere probatorio regolato dal regime delle preclusioni istruttorie come introdotto dal novellato art. 184 c.p.c.

## 5. IL GIUDIZIO DI OMOLOGAZIONE DEL CONCORDATO FALLIMENTARE

Come è noto, la disciplina che regola il concordato fallimentare è particolarmente lacunosa; da ciò scaturiscono necessariamente interpretazioni contraddittorie. La norma fallimentare a contenuto procedimentale di riferimento è quella sub art. 129 L. fall., la quale stabilisce che decorso il termine stabilito per la votazione, ove siano state raggiunte in sede di adunanza dei creditori le maggioranze prescritte, il Giudice delegato, che si trasforma da questo momento in poi in Giudice istruttore, "pronuncia ordinanza con la quale dichiara aperto il giudizio di omologazione e fissa l'udienza di comparizione davanti a sé non prima di quindici giorni e non oltre trenta. L'ordinanza è pubblicata per affissione".

Il comma 2 prevede che i creditori dissenzienti e qualsiasi interessato possano fare opposizione con atto notificato al curatore ed al fallito, costituendosi almeno cinque giorni prima dell'udienza.

Il comma 3 prescrive che all'udienza il Giudice istruttore, *ex delegato*, senta le parti costituite, quindi proceda a norma dell'art. 183 c.p.c. e ss. c.p.c., fissando l'udienza innanzi al collegio nel termine di dieci giorni.

Il primo elemento che caratterizza la procedura indicata e che quindi immediatamente causa una frattura evidente con il rito processuale ordinario, è che si tratta di un giudizio che si instaura in virtù di un provvedimento giudiziale, ossia in virtù dell'ordinanza del Giudice delegato

che dichiara aperto il giudizio di omologazione. Tale ordinanza assume natura di atto introduttivo del giudizio<sup>14</sup>.

In conseguenza di ciò il primo problema che nasce è quello di individuare il soggetto tenuto all'iscrizione a ruolo della causa. È discusso se essa debba avvenire d'ufficio, a cura del cancelliere ed a spese del patrimonio fallimentare, o se tale onere possa essere assolto da qualunque interessato, quale il curatore o il fallito. È comunque pacifico che, procedendosi nel giudizio di omologazione con le forme del processo ordinario di cognizione, l'iscrizione a ruolo è necessaria<sup>15</sup>.

Il giudizio di omologazione del concordato fallimentare si caratterizza comunque come un procedimento a contraddittorio eventuale, perché in mancanza di opposizioni esso si svolge con la presenza necessaria di una sola parte: il fallito.

Come si è visto, il giudizio è destinato a sfociare nell'udienza davanti al Giudice delegato che assume le vesti di Giudice istruttore e procede ai sensi dell'art. 183 e ss. c.p.c., dovendo però questi fissare l'udienza dinanzi al collegio nel termine di dieci giorni.

Orbene, a parte l'eventualità di opposizioni di creditori dissenzienti, già nel momento di apertura della procedura "contenziosa" emerge evidente l'impossibilità di applicazione delle regole del nuovo processo ordinario di cognizione. È evidente infatti che non vi è possibilità di applicazione delle norme del codice di rito relative alla fase preliminare del giudizio: l'atto introduttivo è rappresentato dall'ordinanza che dichiara aperto il giudizio di omologazione e che contiene la fissazione dell'udienza davanti al Giudice delegato; l'iscrizione a ruolo avviene di regola d'ufficio o comunque su iniziativa di un organo della procedura; l'assenza di un effettivo contraddittorio svuota di significato il fulcro del nuovo processo cognitorio, vale a dire l'anticipazione della determinazione del *thema decidendum* alla fase preliminare del giudizio.

Occorre a questo punto ricordare che, già prima dell'entrata in vigore della novella del codice di rito, la dottrina si era posta il problema del contrasto tra la prescrizione del comma 3 dell'art. 129 L. fall. che prescrive il termine di dieci giorni tra l'udienza dinanzi al Giudice delegato fissata con l'ordinanza di apertura del giudizio di omologazione e l'udienza avanti al collegio, e la disciplina dettata dal vecchio art. 190

---

<sup>14</sup> BONSIGNORI, *Il fallimento*, p. 811.

<sup>15</sup> PROVINCIALI, *Trattato*, p. 1875.

c.p.c. che prevedeva che le parti potessero comunicarsi comparse conclusionali sino a dieci giorni liberi prima dell'udienza di discussione, e dunque in un lasso di tempo per definizione maggiore di quello previsto dalla legge fallimentare; problema risolto dalla dottrina nel senso della prevalenza della disciplina dettata dalla legge fallimentare<sup>16</sup>.

Il problema certamente non muta con l'entrata in vigore della novella. Se infatti il modificato art. 48 della legge sull'ordinamento giudiziario conserva la competenza del collegio per i giudizi di omologazione del concordato fallimentare, sicché il rinvio davanti a tale organo mantiene piena valenza, sta il fatto che il contrasto tra l'art. 129 e la disciplina ordinaria risulta accentuato, posto che il termine per lo scambio delle conclusionali è aumentato a sessanta giorni dalla rimessione della causa al collegio, oltre il quale è ancora previsto un ulteriore termine di venti giorni per lo scambio delle memorie di replica.

Soprattutto, l'udienza avanti al collegio è divenuta puramente eventuale, posto che la richiesta di discussione orale innanzi al collegio è espressamente subordinata ad una richiesta che la parte deve avanzare nelle conclusioni e riproporre successivamente alla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica. Solo in tal caso il Presidente provvede sulla richiesta fissando con decreto la data dell'udienza di discussione da tenersi entro sessanta giorni.

Non vi è dunque, nel nuovo sistema, l'udienza di discussione fissata dal Giudice istruttore nel momento in cui rimette le parti innanzi al collegio, nel senso che tale udienza è divenuta meramente facoltativa.

Nel contempo il rinvio espresso che l'art. 129 L. fall. fa all'art. 183 e ss. c.p.c. è indice forte del legislatore fallimentare di far rientrare il giudizio di omologazione nell'ambito dell'archetipo del giudizio a rito ordinario.

Probabilmente, di fatto, tale rinvio, vigente la vecchia normativa processuale, era realizzabile senza il rispetto del termine per lo scambio delle comparse conclusionali ed era allora giustificabile dalla consapevolezza che, in difetto di opposizione, l'estrema semplicità del giudizio e la mancanza, almeno nella maggior parte dei casi, di un contraddittorio effettivo rendevano superflue le difese scritte.

Per i casi di maggior difficoltà, la Giurisprudenza aveva giustamente

---

<sup>16</sup> PROVINCIALI, *Trattato*, p. 2312.

sottolineato che il termine di dieci giorni è un termine ordinatorio, così che, ove la difficoltà della controversia lo giustificasse, il termine poteva anche non esser rispettato<sup>17</sup>.

Comunque l'espresso richiamo all'art. 183 e ss. c.p.c. impone la soluzione secondo cui a far tempo dall'udienza avanti all'istruttore il giudizio prosegue secondo le regole proprie del processo ordinario.

La previsione che il Giudice istruttore fissi l'udienza avanti al collegio entro i dieci giorni successivi deve sicuramente ritenersi abrogata per incompatibilità con la nuova disciplina, posto che essa postula in capo al Giudice istruttore un potere che questi, secondo il nuovo schema del processo, non ha più.

In tal modo deve concludersi che è venuto meno sia il potere di fissazione dell'udienza da parte del Giudice istruttore, sia il termine di dieci giorni all'uopo previsto. Il giudizio di omologazione per questo profilo ricade integralmente nello schema del giudizio ordinario di cognizione, così che, precisate le conclusioni, decorreranno i termini previsti dall'art. 190 c.p.c. prima che il collegio possa decidere la controversia.

A questo punto esaminiamo brevemente il caso in cui vengano proposte opposizioni.

Come è noto le opposizioni alla richiesta di omologazione del concordato possono essere formulate dai creditori dissenzienti o da qualunque interessato, con atto notificato al curatore ed al fallito.

Gli opposenti devono costituirsi, anche in questo caso, almeno cinque giorni prima dell'udienza.

L'udienza è però quella fissata dal Giudice delegato con l'ordinanza con cui dichiara aperto il giudizio di omologazione.

Non è qui ora il caso di affrontare la natura giuridica dell'atto di opposizione, va però necessariamente tenuto presente che l'atto di opposizione non apre un autonomo e diverso giudizio rispetto alla omologazione del concordato; l'oggetto del giudizio rimane sempre lo stesso: legittimità e convenienza del concordato.

È pacifico che con l'atto di opposizione, a prescindere dalla forma adottata, ricorso o citazione, non possano essere rispettati i termini di cui all'art. 163 *bis* c.p.c.; tali termini infatti anche se ridotti alla metà, non pos-

---

<sup>17</sup> Con riferimento al concordato preventivo, Cass. 1 dicembre 1979, n. 6380, in *Falimento*, 1980, p. 483.

sono essere rispettati, atteso che l'udienza di comparizione va fissata dal Giudice delegato non oltre trenta giorni dall'affissione dell'ordinanza.

La legge si limita a prescrivere che l'opponente deve costituirsi in giudizio almeno cinque giorni prima dell'udienza davanti al Giudice delegato.

In Giurisprudenza si è affermato il principio della perentorietà del termine in uno con l'insegnamento della dottrina<sup>18</sup>.

È evidente che anche in questo caso il termine di costituzione dell'opponente di cinque giorni è incompatibile con il regime di costituzione dettato per l'attore dall'art. 165 c.p.c. e soprattutto con il termine di costituzione del convenuto regolato dall'art. 166 c.p.c.

Da ciò consegue, almeno per la prima parte del giudizio, un sistema processuale del tutto distaccato ed avulso dalle regole processuali che informano il processo ordinario.

Si tratta allora di verificare come il giudizio di omologazione, con questa fase preliminare anomala e caratterizzata dall'assenza di preclusioni, possa inserirsi nel suo successivo sviluppo nello schema del giudizio di cognizione ordinario.

Ed è appena il caso di ricordare, che in presenza di opposizioni, il contraddittorio tra le parti ha qui un contenuto reale ed effettivo, sicché il quesito che ci si pone ha un valore non meramente teorico, ma necessariamente di sostanza, anche e soprattutto alla luce degli interessi sottesi.

Invero, di fronte all'allargamento del contraddittorio con la partecipazione dell'opponente, vi è la necessità di assicurare la tutela del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, proprio alla luce della considerazione che il fallito può avere necessità di costituirsi proprio a seguito della spiegata opposizione del creditore dissenziente, e ciò lo potrà fare di regola costituendosi all'udienza, atteso che l'opponente è abilitato a costituirsi fino a cinque giorni prima dell'udienza fissata con l'ordinanza di apertura del giudizio di omologazione.

È evidente che in tale fase preliminare il contraddittorio non può trovare quella pienezza di tempi che il nuovo rito assicura, ma ciò in luogo

---

<sup>18</sup> Trib. Napoli, 2 febbraio 1984, in *Diritto fallimentare*, 1984, II, 362; Trib. Torino, 30 gennaio 1986, in *Fallimento*, 1986, 1008. In dottrina, FERRARA, *Il fallimento*, p. 634; SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 380.

della specialità del sistema, non comporterà il maturarsi di quelle preclusioni previste dal nuovo rito.

Pertanto di fronte alla domanda avanzata dall'opponente, il fallito ed il curatore potranno formulare le loro eccezioni e domande certamente non precluse (sembra arduo immaginare la proposizione di domande riconvenzionali, che comunque, in analogia a quanto previsto nel rito *ex art. 98 L. fall.*, nemmeno saranno da intendersi precluse).

Anche in tal caso, la accorta valutazione del Giudice sarà determinante per disporre l'applicazione del rimedio, quando necessario, di cui all'art. 184 *bis* c.p.c. È quindi possibile ipotizzare anche in questo rito una prima udienza di comparizione coincidente con quella prevista e disposta dal Giudice delegato con la propria ordinanza ed una successiva udienza di trattazione, per altro espressamente richiamata dall'art. 129 L. fall. È da questo momento in poi che si matureranno le preclusioni di merito e poi successivamente istruttorie previste e disciplinate dalla novella.

Proprio in ordine, infine, alle deduzioni e richieste istruttorie, su cui in passato si è aperto un ampio dibattito in ordine alla loro esperibilità nel giudizio di omologazione (contrastata secondo alcuni dal termine strettissimo dei dieci giorni fissato dall'art. 129 L. fall. che ne impediva l'assunzione); proprio la intervenuta abrogazione del detto termine, alla luce di quanto detto sopra in tema di incompatibilità, può far ritenere superata la questione. Con il che ancora una volta, la tematica non è squisitamente teorica, ma acquista senz'altro una ampia valenza pratica, sol che si pensi alla possibilità di ammettere una C.T.U. necessaria magari nell'ottica dell'opponente, al fine di valutare e stimare le attività in maniera difforme da quanto invece avevano fatto le parti<sup>19</sup>.

Pertanto per effetto di tale abrogazione la fase del giudizio a partire dall'udienza di trattazione come disciplinata dall'art. 183 c.p.c. rientrerebbe completamente nello schema del giudizio di cognizione ordinario, così che non vi sarebbero motivi per escludere il ricorso a mezzi di prova di lunga indagine.

*Le annotazioni fin qui svolte, che certamente non hanno nessuna pretesa esaustiva in ordine alla tematica data dalle interferenze tra il rito falli -*

---

<sup>19</sup> Trib. Roma, 11 dicembre 1970, in *Diritto fallimentare*, 71, II, p. 262.

*mentare e quello ordinario, mirano soltanto ad evidenziare lo sforzo di difesa della specialità del rito concorsuale senza con ciò pretendere una innaturale chiusura al diritto processuale comune, il che causerà in quest'ottica un continuo confronto tra la disciplina vecchia e nuova del processo ordinario con quella delle procedure concorsuali.*

*L'integrazione apparirà allora ovvia e doverosa, laddove le peculiari esigenze del concorso non trovino campo, ed il processo ordinario si innesterà in tal caso semplicemente nel corpus della procedura concorsuale.*