

# **ISTRUZIONI PER I 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 pertanto 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 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 n.1, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni di legge".

Rispetto al vecchio testo quello del novellato art. 52 contiene diversa 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 art. 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 art. 92 e segg. L.F.

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

- 1) quella concordata dalla Suprema Corte (v. Cass. 24 novembre 2000 n. 15186; Cass. 24 febbraio 1994 n. 1875 in Il Fall. 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 obbligatoriamente 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, ulteriormente alla relativa documentazione che, con altro recante la sottoscrizione autenticante del cedente e del cessionario, altresì l’intervenuta cessione, 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 di parte del Tribunale Fallimentare; tali domande proseguono avanti al giudice ordinario e le relative sentenze non sono applicabili alla massa dei creditori concorsuali.

Sono altresì improponibili le domande di risarcimento danni per inadempimento dovuto alle dichiarazioni di fallimento o per inadempimento anteriore a queste, ma fatta valere successivamente.

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

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 I

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 contributi 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 lato 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 ricorso alla quale è lasciato dal legislatore 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 messi 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 giorno 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 infatti 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 ed il nominativo 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 (ad esempio, una compravendita), il negozio giuridico dal quale il credito è sorto, 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 negozio 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 richiesta (privilegio, pegno, ipoteca) (prima della riforma v. Cass., ss. uu., 10 marzo 1999, n. 115, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 530);
- (ii) indicare qual 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'individualità 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”.*