

CAPITOLO V

IL FALLIMENTO:

LA TUTELA DEI CREDITI DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Premessa e cenni storici. – 2. Il giudizio di verifica in generale. – 2.1. Il procedimento. – 3. Il concorso dei creditori. – 4. Cenni sulla competenza. – 4.1. Specificamente sull'accertamento della legittimità delle cause di risoluzione del rapporto: tribunale fallimentare e giudice del lavoro. – 5. I crediti di lavoro. – 5.1. La retribuzione e le altre indennità. – 5.2. Le deleghe sindacali. – 5.3. La tutela assicurata dal *Fondo*. – 5.4. Il preavviso. – 5.5. Il trattamento di fine rapporto. – 5.5.1. La tutela comunitaria. – 5.5.2. L'ambito di applicazione interna. – 5.5.3. Le modalità per l'accesso al *Fondo*. – 5.5.4. Trattamento di fine rapporto e riforma del sistema pensionistico complementare. – 5.5.5. Il trattamento di fine rapporto nell'ipotesi di insufficiente realizzo. – 5.5.6. L'indennità di scioglimento del rapporto. – 5.6. La attuale natura privilegiata del credito. – 5.7. Rivalutazione monetaria ed interessi. – 6. Le obbligazioni solidali. – 7. La tutela dei crediti dei dipendenti dell'appaltatore fallito nei confronti del committente. – 8. L'opposizione allo stato passivo. – 8.1. I termini processuali applicabili alle controversie di lavoro. – 8.2. Natura del giudizio di opposizione. – 9. L'impugnazione dei crediti ammessi. – 10. La revocazione. – 11. Domande tardive dei crediti. – 12. La cessione dei crediti e la surrogazione legale. – 13. La ripartizione dell'attivo. – 14. Equivalenza del credito retributivo e di regresso. – 14.1. Premessa. – 14.2. La questione. – 14.3. La soluzione. – 15. La tutela previdenziale. – 15.1. L'obbligazione contributiva. – 15.2. Recupero dei contributi. – 15.3. La legittimazione. – 15.4. L'azione risarcitoria di cui all'art. 2116 cod.civ. – 15.5. La tutela comunitaria.

1. Premessa e cenni storici

Il diritto del lavoro e fallimentare rappresentano due *microsistemi* spesso in posizione di contrasto.

Più in particolare, ciascuno dei due deroga alcune regole generali del diritto civile al fine proprio di far fronte ad esigenze astrattamente confliggenti:

- il **diritto del lavoro** allo scopo di tutelare, favorendolo, il prestatore di lavoro, che potrà diventare, con i limiti che vedremo, creditore dell'imprenditore fallito¹;
- il **diritto fallimentare** per garantire il rispetto e la conseguente attuazione della *par condicio creditorum*, ciò in quanto, aperta la procedura concorsuale, i lavoratori sono interessati alla stessa sotto il profilo *duplice* di vedere tutelato e realizzato il proprio **credito di lavoro** nei confronti dell'impresa fallita e salvaguardata la **prosecuzione del rapporto**.

Non a caso, con difficoltà, il legislatore, nel corso degli anni, ha tentato di creare – invero non riuscendo nell'obiettivo sperato – una disciplina unitaria tale da coordinare i due “*sistemi*”.

Dapprima, con la legge fallimentare del 1942, era stato individuato, quale obiettivo primario della procedura fallimentare, quello della tutela delle sole ragioni economiche dei creditori, ciò attraverso una celere liquidazione delle attività d'impresa². Derivò da tale impostazione che i lavoratori vennero presi in considerazione come meri creditori privilegiati del fallimento.

Negli anni '60, invece, venne data prevalenza alla salvaguardia degli organismi produttivi e dei posti di lavoro, esigenza tenuta distinta, pertanto, dall'altra di tutela dei relativi crediti.

Negli anni '70, poi, andò ad affiancarsi, agli istituti tradizionali della legge fallimentare, una normativa speciale, al fine di risolvere situazioni derivanti da crisi di importanti complessi produttivi, mediante strumenti di tutela delle classi deboli maggiormente coinvolte.

Negli anni '80 e '90 cercò di farsi fronte alle carenze normative attraverso un uso improprio delle procedure concorsuali minori, utilizzo alternativo dell'**amministrazione controllata** rispetto al **fallimento**, allo scopo di risanare l'impresa a spese dei creditori, e dell'istituto dell'**esercizio provvisorio** (art. 90 l.f.).

L'interesse dei creditori, in sostanza, passò in secondo piano rispetto a quello dei lavoratori, tentando di far rimanere in vita l'impresa nelle sue componenti di lavoro.

¹ Sul tema, il dibattito intitolato *Diritto del lavoro: tutela del lavoratore o del datore di lavoro?*, in *Foro it.*, 2006, V, 146, a cura di PROTOPISANI; D'AURIA; DEL PUNTA; GENTILE; PERRINO; RICCI.

² ALVARO-CAIAFA A., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Vol. III, *I rapporti di lavoro subordinato*, Collana diretta PANZANI, Torino, 2000, 190.

Solo con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, poi corretto con il successivo d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è stata introdotta una vera e propria riforma del diritto concorsuale.

In particolare – come è stato in precedenza illustrato, allorchè è stata affrontata la relativa problematica – ciò rappresenta il concreto tratto di novità ed una rottura con il passato, essendo stata data prevalenza alla conservazione delle componenti positive dell'azienda e, quindi, non solo dei **beni materiali ed immateriali**, ma anche dei **livelli di occupazione**, privilegiando, per l'effetto, gli istituti dell'**affitto** e **vendita** dell'azienda stessa.

Non a caso, partitamente:

- all'art. 104 *bis* l.f. è stato previsto, per l'**affitto**, che, oltre all'ammontare del canone e le garanzie prestate, debba essere valutata “l'*attendibilità del piano di prosecuzione dell'attività avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali*”;
- al successivo art. 105 l.f., è stato, altresì, stabilito, in tema di **vendita**, dovere essere preferita, ove possibile, quella dell'azienda, o dei singoli rami a quella atomistica dei cespiti³, componenti il complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'attività d'impresa.

Ma i problemi esistenti, legati alla necessità di coordinare e di comporre, tra di loro, le viste contrapposte esigenze, non sono sopiti, come risulta evidente dalla circostanza che, se è pur vero che la eventuale decisione di continuare l'esercizio dell'impresa per finalità liquidatorie e di soddisfazione dei vari crediti garantisce, per tutti o per una parte di lavoratori, la conservazione del posto di lavoro, è altrettanto vero, e non può essere trascurato, che ciò comporta anche l'obbligo per il curatore di soddisfare in prededuzione i relativi debiti, a scapito di tutti i creditori concorrenti, compresi i lavoratori stessi.

Per ovviare a tale, non indifferente, problematica è stato disciplinato *ex novo* l'istituto dell'**esercizio provvisorio** (art. 104 l.f.), allo scopo proprio di contemperare al meglio i relativi interessi rivolti, da una parte, al mantenimento dei valori aziendali e dei livelli occupazionali e, dall'altra, alla realizzazione di maggiore attivo per la soddisfazione del ceto creditorio, con la previsione che lo stesso possa essere disposto, anche su specifici rami di azienda, direttamente dal tribunale con la sentenza dichiarativa di fallimento, ovvero, successivamente, con decreto del giudice delegato su proposta del curatore, previo parere favorevole da parte del comitato dei creditori.

³ CAIAFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, 19.

Tuttavia la norma ad una lettura superficiale si presta ad essere interpretata in modo scarsamente coerente, quante volte l'*esercizio provvisorio* venga disposto con la stessa sentenza dichiarativa di fallimento atteso che dovrebbe dedursi, da essa, che tutti i rapporti proseguono senza soluzione di continuità, rimessa ad un successivo momento al curatore la decisione se sciogliersi dagli stessi o chiederne la sospensione, il che comporterebbe che per i rapporti regolati dall'art. 74 l.f., per effetto della prosecuzione, i crediti anche pregressi sarebbero destinati a divenire prededuttivi.

Tale soluzione appare essere, però, in contrasto con la diversa regolamentazione dei rapporti pendenti al termine dell'esercizio provvisorio venendo riconosciuto al curatore, nel caso specifico, al fine di evitare il medesimo effetto la possibilità di scegliere se ed in quali subentrare.

2. Il giudizio di verifica in generale

2.1. Il procedimento

L'accertamento del passivo ha la funzione di individuare i creditori concorsuali che, in conseguenza della presentazione di apposita domanda, intendono partecipare al concorso e costituisce il presupposto perché un credito possa esistere ed essere opponibile alla massa dei creditori.

Esso si articola in due fasi:

- *la prima, necessaria*, a cognizione sommaria, che si svolge dinanzi al giudice delegato e si conclude col decreto di esecutività dello stato passivo;
- *la seconda, eventuale*, che dà origine ad un *procedimento camerale* articolato (art. 99 l.f.)⁴, nell'ipotesi in cui il credito sia stato escluso totalmente o parzialmente, così come nell'altra in cui sia stata negata la collocazione richiesta e sia stata, quindi, posta in discussione la *qualità* e, non già, la *quantità* del credito medesimo.

La peculiarità del giudizio di verifica è rappresentata dalla ampiezza dei poteri inquisitori del giudice delegato e dalla struttura *sommaria* del procedimento, tale da consentire la presentazione della domanda da parte

⁴ Modulato, in sede di correttivo, secondo lo schema uniforme ritenuto coerente con il sistema.

del creditore personalmente, senza, dunque, il patrocinio di un procuratore legalmente esercente (art. 82, comma terzo, cod. proc. civ)⁵.

In particolare, l'art. 93 l.f. dispone che la domanda di **ammissione al passivo** di un **credito**, di **restituzione** o **rivendicazione** di beni mobili e immobili, si propone con ricorso “*da depositare presso la cancelleria del tribunale almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo*”, e che “*il ricorso può essere sottoscritto anche personalmente dalla parte deve essere trasmesso all'indirizzo di pec indicato nell'avviso di cui all'art. 92 l.f.*”, e deve, partitamente, contenere:

- l'**indicazione della procedura** cui si intende partecipare e le generalità del creditore;
- la **determinazione della somma** che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione;
- la **succinta esposizione dei fatti** e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda;
- l'**eventuale indicazione** di un titolo di prelazione, nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale;
- l'**indicazione dell'indirizzo** di posta elettronica cui si intendono ricevere le comunicazioni con l'onere di comunicare al curatore ogni variazione.

La domanda, quindi, deve avere precisi requisiti, prescrivendo, ora, la norma con maggiore severità, il contenuto necessario della stessa, tanto che l'omissione o l'assoluta incertezza del **petitum** e della **causa petendi** non potranno che comportarne l'**inammissibilità**.

Espressamente, infatti, la disposizione normativa aggiunge che “*il ricorso è inammissibile se è omesso o assolutamente incerto uno dei requisiti di cui ai numeri 1, 2 o 3*” sopra indicati, ovvero che, “*se è omesso o assolutamente incerto il requisito di cui al numero 4, il credito è considerato chirografario*”.

Per l'ipotesi in cui, poi, sia omessa “*l'indicazione di cui al n. 5*”, è stabilito che “*tutte le comunicazioni successive a quella con la quale il curatore dà notizia della esecutività dello stato passivo*” debbano essere effettuate presso la cancelleria, secondo la previsione di cui all'art. 31 bis l.f.

⁵ MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, 362.

Il creditore ha l'onere di allegare alla domanda tutti i documenti dimostrativi del credito, tenuto conto anche delle osservazioni che il curatore dovesse svolgere nell'ambito delle conclusioni formulate nel progetto di stato passivo, ed in tal caso gli è consentito di presentare, sempre con le modalità di cui all'art. 93 l.f., deduzioni, scritti e documenti integrativi sino a **cinque** giorni prima dell'udienza.

Maggior rigore deve essere riservato – ma di ciò diremo anche meglio in seguito, ove vedremo le peculiarità caratterizzanti i crediti di lavoro – nell'ipotesi in cui la domanda abbia ad oggetto un credito di tal natura.

Per l'istante può dirsi, difatti, che i **crediti di lavoro**, in quanto **diritti eterodeterminati**, possono sussistere più volte tra le medesime parti e sono individuati dai singoli fatti costitutivi che ne comportano la relativa insorgenza, come, in via esemplificativa, risulta evidente dalla circostanza che:

- il diritto al **trattamento di fine rapporto** postula la allegazione e la prova della durata del rapporto di lavoro e della retribuzione annua, che funge da base contabile ai sensi dell'art. 2120 cod. civ.;
- le **altre voci retributive** richiedono l'indicazione della durata del rapporto, delle mansioni espletate e dell'orario di lavoro;
- il **diritto alle indennità sostitutive** di ferie, e per le festività ed i permessi non goduti, richiede la prova del fatto costitutivo rappresentato dalla indicazione dei giorni in cui il datore di lavoro ha preteso lo svolgimento della relativa prestazione.

Al riguardo, la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite⁶, ha affermato che la mancata indicazione ed individuazione nella domanda degli elementi di fatto e di diritto posti a fondamento della stessa, ne determina la nullità, sanabile unicamente qualora il convenuto non l'abbia eccepita ed il giudice non l'abbia rilevata d'ufficio, fissando un termine per la rinnovazione del ricorso o per l'integrazione della stessa, in virtù della previsione di cui all'art. 164, quinto comma, cod. civ., applicabile, per l'appunto, anche al processo del lavoro.

Il procedimento camerale che regola l'opposizione – come vedremo – è, peraltro, un **contenitore neutro** sicchè, nell'ipotesi in cui il contenuto abbia natura contenziosa, è possibile applicare, nel rispetto delle forme del rito, le norme del giudizio ordinario, ed analoghe esigenze sembrano sorreggere l'opzione favorevole alla configurabilità della possibilità

⁶ Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Foro it.*, 2005, I, 1135.

di integrazione delle domande, *tempestive* e *tardive*, di insinuazione dei crediti al passivo fallimentare.

Non può non rilevarsi, al contrario, quantomeno con riferimento alle impugnazioni del decreto di esecutività dello stato passivo – che devono essere proposte nel termine perentorio di *trenta giorni* dalla comunicazione del curatore – che il meccanismo di cui all'art. 164 cod.civ., sebbene in astratto applicabile, risulta, invero, inutile, dal momento che la sanatoria da esso scaturente, concernendo l'*editio actionis*, lascia “*ferme le decadenze maturate*”, tra le quali non può, certamente, non essere ricompresa quella determinata dal decorso del *termine perentorio* per la proposizione di una valida impugnazione.⁷

Il curatore, dopo avere esaminato le domande di cui all'art. 93 l.f., deve predisporre elenchi separati dei creditori e dei titolari di diritti su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito, rassegnando per ciascuno le sue motivate conclusioni e può eccepire i fatti *estintivi, modificativi o impeditivi* del diritto fatto valere, nonché l'*inefficacia del titolo* su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione (art. 95, primo comma, l.f.)⁸.

In particolare, l'art. 89, primo comma, l.f. impone al curatore di procedere alla *formazione* dei detti elenchi, non solo, attraverso “*la scorta delle scritture contabili*”, ma raccogliendo ogni altra notizia che sia possibile acquisire, anche attraverso lo stesso fallito, allo scopo, appunto, di operare la ricostruzione della massa passiva, oltrechè attiva, ai fini, poi, della redazione della relazione di cui all'art. 33 l.f.⁹

Il curatore deve depositare il progetto di stato passivo nella cancelleria del tribunale almeno *quindici giorni* prima dell'udienza fissata per il suo esame ed i creditori ed i titolari di un diritto sui beni ed il fallito possono esaminare il progetto e presentare osservazioni scritte e documenti integrativi fino a *cinque* giorni prima dell'udienza (art. 95, secondo comma, l.f.)¹⁰.

⁷ PERRINO, *Fallimento e concordati*, a cura di CELENTANO P. e FORGILLO E., Torino, 2008, 631.

⁸ Cass., 9 luglio 2005, n. 14471, in *Il fallimento* 2006, 645, che ha ritenuto non potersi limitare il creditore del fallito alla generica richiesta di ammissione del credito al passivo con i privilegi spettanti, essendo egli onerato di specificare la causa di prelazione invocata, anche perché, diversamente, risulterebbe priva di significato la espressione utilizzata dal legislatore all'art. 93 l.f. laddove, appunto, ha chiesto che fossero indicate le ragioni della prelazione.

⁹ CAIAFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, cit., 511.

¹⁰ Lo schema di riforma predisposto dalla commissione istituita con D.M. 27 febbraio 2004, nell'intento di abbreviare i tempi della procedura e semplificare le modalità di

L'adunanza costituisce, in effetti, il momento centrale per la formazione dello stato passivo, essendo consentito alle parti di argomentare, non solo, in ordine alle proprie ragioni, ma anche di presentare, se è necessario, “*nuove prove*” e, comunque, svolgere “*osservazioni*” o “*muovere contestazioni*” avverso le pretese degli altri creditori, interloquendo in merito a ciascuna domanda di ammissione.

All'udienza il giudice delegato, anche in assenza delle parti e dello stesso curatore, decide su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati e può procedere ad atti di istruzione, se richiesti, compatibilmente con le esigenze di speditezza del procedimento (art. 95, terzo comma, l.f.).

È solo nell'adunanza che il giudice delegato, alla presenza del fallito, prende in esame le domande ed è in questa sede, dunque, che il curatore presta quella opera di assistenza, cui si è sopra fatto cenno, riferendo in ordine ai risultati dell'attività espletata e fornendo gli elementi di valutazione – già espressi in relazione a ciascuna domanda, con riferimento alla quale ha, nel previsto elenco, formulato le sue conclusive richieste – per consentire al giudice di emettere il provvedimento che consacrì, per l'istante, il diritto del creditore concorsuale di concorrere, in tutto o in parte, alla successiva ripartizione dell'attivo, con la individuazione, anche, della stessa causa di prelazione preesistente (art. 2741 cod.civ.).

Il curatore, dunque, presenzia alla udienza di verifica, ma ***non è parte del procedimento***, tale rimanendo il fallito, dal momento che è sul patrimonio di questi che vengono ad avere diretta incidenza le decisioni

presentazione delle domande aveva, in primo luogo, previsto che il tribunale, con decreto motivato, su richiesta del curatore, poteva disporre non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo qualora fosse prevedibile l'inesistenza di attivo da distribuire ai creditori “...una volta soddisfatti i crediti prededucibili delle spese di procedura” (art. 131) ed aveva inteso delegare la formazione, quindi, dello stato passivo al curatore, sottraendola almeno in parte al giudice delegato, prevedendo che già la domanda di partecipazione al concorso e, dunque, non quella predisposta per l'ipotesi di opposizione, dovesse contenere, oltre le richieste, anche una succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti la ragione della richiesta, stabilendo l'ammissibilità della stessa nell'ipotesi in cui fossero risultati incerti i requisiti ritenuti indispensabili (art. 133). Il progetto, poi, predisposto dal curatore, con le eccezioni da questi formulate in ordine ai fatti estintivi, modificativi ed impeditivi del diritto, veniva depositato in cancelleria, sette giorni prima dell'udienza, al fine di consentire ai creditori ed al debitore di depositare le loro eventuali osservazioni scritte, concentrando, quindi, nell'udienza fissata la fase giurisdizionale.

assunte, nella fase **sommatoria** di verifica, così come le altre al termine del giudizio eventuale di opposizione.

Il curatore, in particolare, assume una posizione che si differenzia a seconda che intenda far valere le ragioni dei creditori concorsuali o dello stesso fallito e, pertanto, quale organo della procedura, partecipa alla verifica in posizione di **terzietà**, anche se, in ragione dell'ufficio che ricopre, può eccepire ai creditori concorsuali la inopponibilità, nei confronti degli altri creditori concorrenti, delle pretese, in quanto derivanti da rapporti privi di data certa, ai sensi dell'art. 2704 cod.civ.¹¹.

Parimenti il giudice delegato – come si è visto – assumerà il relativo provvedimento, per ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni proposte dal curatore o, comunque, rilevabili d'ufficio¹², ciò in quanto i poteri a questi riconosciuti nella fase della formazione del passivo sono più ampi di quelli propri del processo di cognizione ordinaria, nel senso che può pronunciare d'ufficio, anche su eccezioni non sollevate dalle parti, così come disporre ogni mezzo di prova, richiesto dalle parti, purchè compatibile con la struttura del procedimento.

Peraltro, il giudice delegato, nella interpretazione della domanda, deve avvalersi dei medesimi criteri ermeneutici dettati dagli artt. 1362 e segg. cod.civ. per i contratti ed i negozi giuridici in genere, di talchè giammai potrà essere vincolato alla sua letterale formulazione, dovendo, piuttosto, considerare la richiesta nel suo contenuto sostanziale, attraverso, naturalmente, l'esame della documentazione allegata a sostegno di essa¹³.

La **non contestazione** della domanda non esonera il giudice dall'accertamento dei fatti dedotti, dovendo essere, in ogni caso, effettuato il necessario controllo probatorio, come espressamente previsto nel correttivo, ove è stato stabilito l'obbligo per il giudice delegato di provve-

¹¹ CAIAFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, cit., 511.

¹² BONFATTI, *L'accertamento del passivo e dei diritti immobiliari*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, in Trattato diretto da RAGUSA MAGGIORE-COSTA, III, Padova, 1997, 254; GUGLIELMUCCI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, ivi, 305.

¹³ Cass., 12 agosto 2005, n. 16888, in *Il fallimento*, 2006, 642, con nota di CONTE R., *La terzietà del giudice nel fallimento tra recenti pronunce delle corti di legittimità e la legge di riforma (con una digressione in punto di interpretazione della domanda)*; Cass., Sez. Lav., 5 ottobre 2002, n. 14303, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Procedimento civile: esercizio dell'azione*, nn. 160 e 162; Cass., Sez. Lav., 16 luglio 2002, n. 10314, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Procedimento civile: esercizio dell'azione*, n. 161; Cass., Sez. II, 27 febbraio 2001, n. 2908, in *Foro it.*, 2007, I, 1556.

dere, con **decreto succintamente motivato** (art. 97, primo comma, l.f. come modificato), qualora vengano sollevate contestazioni da parte dei soggetti legittimati ad interloquire (*curatore, creditore istante ed altri creditori*).¹⁴

Non solo, per quel che qui interessa, tale disposizione appare essere coerente anche con la sostanziale riproduzione delle norme che regolamentano il **processo del lavoro** per la formulazione della relativa domanda di opposizione: in buona sostanza, la non contestazione, per avere una sua rilevanza, può, al limite, riguardare i fatti per i quali non è necessaria alcuna produzione documentale, e giammai la determinazione della relativa dimensione giuridica.¹⁵

Rimane, dunque, fermo, a prescindere dal descritto potere inquisitorio, l'onere del creditore di fornire la dimostrazione dei fatti costitutivi del credito, dal che consegue che:

- la **domanda** deve essere verificata sempre sulla base delle circostanze di fatto provate (art. 115 cod.proc.civ.);
- il **creditore** ha l'obbligo di indicare le ragioni di prelazione e richiedere, espressamente, l'ammissione in via privilegiata, pur non essendo tenuto a specificare il tipo di privilegio, derivando questo dalla legge;
- il **giudice** non può pronunciare oltre i limiti di essa (art. 112 cod. proc. civ.).

Nella diversa ipotesi che si tratti di far valere un **privilegio speciale**, il creditore dovrà indicare i beni oggetto della prelazione, dimostrando la effettiva esistenza degli stessi nell'attivo fallimentare¹⁶; situazione questa che difficilmente si pone per i crediti di lavoro salvo che in data antecedente l'apertura del concorso il lavoratore non abbia ottenuto un decreto

¹⁴ CAIAFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, cit., 511 e segg.

¹⁵ Cass., 2 maggio 2006, n. 10111, in *Dir. e giust.*, 2006, 2942; Cass., 16 dicembre 2005, n. 27833; Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2019 con nota di CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*; MINUTOLI, *La nuova verifica del passivo ed il potere di condizionamento sul giudice delegato della non contestazione del curatore*, in *Il fallimento*, 2007, 604.

¹⁶ La Suprema Corte ha, in proposito, precisato che in sede di verifica il giudice deve limitarsi ad accertare l'esistenza del credito e la natura privilegiata, o meno, dello stesso, mentre la concreta esperibilità della prelazione va verificata nella successiva fase di riparto. Cass., 17 novembre 1992, n. 12307, in *Il fallimento*, 1993, 500; Cass., 9 agosto 1991, n. 8685, ivi, 1992, 38. Per la diversa disciplina dell'istituto, con conseguente inapplicabilità dell'art. 54 l.f., al concordato preventivo con cessione dei beni, si veda Cass., 1 giugno 1999, n. 5306, in *Foro it.*, 1999, I, 2869; Appello Roma, 12 marzo 2001, con nota di CAIAFA F., *Nel concordato preventivo con cessione dei beni il creditore privilegiato permane sempre tale?*, in *Dir.fall.*, 2002, II, 264.

ingiuntivo non opposto ed abbia iscritto ipoteca o abbia ottenuto l'iscrizione ipotecaria a seguito di una intervenuta statuizione di condanna.

In particolare, il decreto correttivo, al riguardo, ha eliminato l'obbligo, in capo al creditore concorrente, di effettuare una descrizione del bene sul quale esercitare la prelazione speciale e, altresì, di operare la graduazione del credito, ciò sul presupposto che, invero, la individuazione del grado discende direttamente dalla legge, di talchè, una volta indicato il tipo di prelazione, la graduazione non può che essere effettuata nella successiva fase di riparto¹⁷.

Il creditore che intenda, poi, ottenere il riconoscimento del **credito in prededuzione**, è naturalmente tenuto a formulare espressa richiesta in tal senso, potendo essere, tra l'altro, oggetto della eventuale proposizione dell'opposizione allo stato passivo, nel caso di esclusione, unicamente una specifica pronuncia emessa sul punto che, peraltro, potrà consentire anche, nell'ipotesi di accoglimento, l'impugnazione da parte degli altri creditori¹⁸.

Per quanto concerne, poi, la partecipazione del **fallito**¹⁹ alla fase di accertamento del passivo, deve rilevarsi che questi ha un potere piuttosto limitato, in quanto, seppur può proporre osservazioni e chiedere di essere sentito anche nella successiva udienza di discussione, fissata per l'esame del progetto predisposto dal curatore e, quindi, sulle conclusioni da questi raggiunte in ordine alle domande presentate dai creditori, tuttavia, non ha legittimazione in ordine a qualsiasi rimedio impugnatorio, sicchè appare incoerente il mantenimento della relativa previsione anche nel giudizio di opposizione (art. 98 l.f.), salvo che non si ritenga l'audizione limitata alla possibilità per questi di fornire ulteriori informazioni al collegio, senza, però, alcun potere di interloquire sollevando eccezioni o deducendo mezzi di prova.

In realtà, a ben vedere, la partecipazione del fallito al procedimento di verifica ha la funzione di consentire al giudice – attraverso l'esercizio dei quei poteri d'ufficio a questi riconosciuti e di cui si è detto – di avvalersi delle relative notizie riferite²⁰.

¹⁷ Specularmente, è stato soppresso l'art. 96, secondo comma, nella parte in cui imponeva al giudice delegato di indicare, con il provvedimento di accoglimento della domanda, il grado dell'eventuale diritto di prelazione.

¹⁸ BOZZA, *Sub. art. 93 l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO, coordinato da FABIANI M., Torino, 2006, 1411.

¹⁹ CAIAFA A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, cit., 511.

²⁰ Sul tema Cass., 13 settembre 2006, n. 19653, in *Foro it.*, 2007, 1856, con nota di FA-