

AVV. PROF. ANTONIO CAIAFA
Università L.U.M. "Giuseppe Degennaro"- Bari
Diritto delle Procedure Concorsuali
Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma
Coordinatore delle Commissioni Crisi d'Impresa,
Diritto Societario e Diritto del Mercato
00136 - Roma - Via Alfredo Fusco n.104
Tel.06.35452694 - 06.35343197

PERUGIA 4 DICEMBRE 2020

LA LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO

LA FASE DI ACCERTAMENTO DEI CREDITI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La formazione del passivo – 2.1. La revisione della disciplina del codice della crisi – 3. La difficile tutela dei crediti di lavoro.

1. Premessa.

L'approccio non può che essere caratterizzato da un primo interrogativo volto a stabilire se la materia sia stata innovata a seguito di quanto previsto dal d.lgs. 12 gennaio 2019 n.14, con il quale il Consiglio dei Ministri ha approvato il Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, in attuazione della legge delega n.155 del 2017 e, altresì, se la regolamentazione sia stata poi rivisitata e, in ipotesi affermativa, in quale misura dal decreto correttivo, non essendo diversamente possibile operare una corretta individuazione dei principi generali e dei criteri soprattutto con *riferimento* alla avvertita esigenza, presente nella legge delega, di realizzare un adeguamento della verifica dello stato passivo in termini di maggiore *rapidità, snellezza e concentrazione*, mediante l'adozione di misure dirette ad agevolare la presentazione telematica delle domande tempestive, restringendo l'ammissibilità delle tardive, introducendo preclusioni attenuate nella fase monocratica attraendo l'accertamento di ogni credito nella sede concorsuale.

Appare, quindi, utile stabilire se il ruolo del *liquidatore* possa ritenersi diverso da quello del *curatore* nella fase della verifica, ovvero se anche per il primo essa possa essere condotta sulla base delle medesime opzioni interpretative operate sulle linee di fondo che hanno caratterizzato la materia, a seguito dei precedenti rilevanti interventi riformatori, per come da ultimo ridisegnata, per l'appunto, nel codice della crisi.

Le considerazioni sin qui svolte costituiscono la necessaria premessa per meglio comprendere il ruolo del liquidatore nel procedimento di accertamento del passivo e

consentiranno di formulare, nel prosieguo della trattazione, osservazioni sugli aspetti maggiormente problematici nel raffronto fra l'art.14 *octies* della legge n.3 del 2012 e l'art.273 CCI.

2. La formazione del passivo

L'art.14 *sexies* della legge n.3 del 2012 individua gli adempimenti indispensabili per consentire ai creditori di venire a conoscenza dell'apertura della procedura, al fine della presentazione delle domande di partecipazione prevedendo la verifica, da parte del liquidatore, dell'elenco dei creditori e dei titolari dei diritti reali, personali, mobiliari e immobiliari, su immobili o cose mobili, in possesso nella disponibilità del debitore, per comunicare loro le modalità per la partecipazione alla liquidazione mediante deposito o trasmissione, anche a mezzo di posta elettronica certificata, purchè vi sia la prova della ricezione, della domanda di partecipazione, indicandone il contenuto e specificando le richieste.

L'art.14 *sexies* dunque non è diverso, nel suo contenuto e nelle relative prescrizioni, dall'art.92 l.f., corrispondendo la domanda di partecipazione a quella di ammissione al passivo, prevista dall'art.93 l.f., dovendo entrambe essere proposte con ricorso, che deve contenere: **i)** l'indicazione delle generalità del creditore; **ii)** la determinazione della somma che si intende far valere nella liquidazione, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione; **iii)** la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda; **iv)** l'eventuale indicazione di un diritto di prelazione; **v)** l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, del numero di telefax o elezione di domicilio in un Comune del circondario ove ha sede il tribunale competente.

La fase preparatoria si sostanzia nella disamina della documentazione allegata e nella raccolta delle notizie relative perché possano essere individuate, in modo aderente alla realtà, le posizioni debitorie ed analizzate quindi le domande di partecipazione al concorso in relazione ai fatti costitutivi dei crediti, di cui viene chiesto l'accertamento ed alla sussistenza delle cause di prelazione, così come dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi delle pretese medesime¹.

L'atto iniziale del procedimento, diretto all'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi, deve essere individuato nel decreto di apertura della procedura di

¹ Per una esaustiva ricostruzione degli interventi riformatori operati dal legislatore sulla disciplina dell'accertamento del passivo: AA.VV., *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, diretto da FAUCEGLIA-PANZANI, Padova, 2009, II, 988; AA.VV., *Sub art.92-103*, in *La legge fallimentare*, a cura di FERRO, Padova, 2011, 1016; AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da GHIA-PICCININI-SEVERINI, Torino, 2010, Volume 3, 627; AA.VV., *Sub.art.92-103*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di NIGRO-SANDULLI-SANTORO, II, Torino, 2010, III, 160, 186; LO CASCIO, *L'accertamento del passivo nel fallimento: lineamenti generali*, in *Il fallimento*, 2011, 1021; VALERIO, *L'accertamento del passivo*, in *Le procedure concorsuali tra economia e diritto*, a cura di CAIAFA A., Roma, 2016, 333; CAIAFA A.-VALERIO, *Il ruolo del curatore nell'accertamento del passivo*, in *Accertamento dello stato passivo*, a cura di CAIAFA A., Roma, 2019, 3; D'ORAZIO, *Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *La risoluzione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di CAIAFA A., Roma, 2015, 184.

liquidazione, atteso che esso: **i)** stabilisce le forme di pubblicità della domanda e del decreto e, qualora il debitore svolga attività di impresa, l'annotazione di essa nel registro; **ii)** nomina il liquidatore che, in ragione di quanto previsto dall'art.14 *sexies*, una volta completato l'inventario e l'elenco dei creditori comunica loro la data in cui vanno presentate le domande e quella entro la quale sarà comunicata al debitore proponente ed ai creditori stessi lo stato passivo ed ogni altra utile informazione.

L'avviso ai creditori costituisce un atto prodromico della successiva fase essendo necessario per rendere concreto ed effettivo il concorso apertosi sul patrimonio oggetto della liquidazione giudiziale.

Nel testo attualmente vigente, essendo stata rinviata la data di entrata in vigore del codice al 1 settembre 2021 – non vi è un termine entro il quale il liquidatore debba predisporre il progetto di stato passivo – ciò in quanto non è prevista una udienza di verifica, né il deposito di esso in cancelleria, in ragione di aver previsto il legislatore che il liquidatore, una volta completata la disamina delle domande, sia tenuto a comunicare il progetto agli interessati assegnando un termine di **quindici** giorni per le eventuali osservazioni, da comunicare con le modalità di cui all'art.14 *sexies*, comma primo, lettera a), ovvero a mezzo di posta elettronica certificata.

In assenza di osservazioni il liquidatore approva lo stato passivo, dandone comunicazioni alle parti, ove al contrario esse fossero formulate e ritenute fondate, nel successivo termine di **quindici** giorni dalla ricezione dell'ultima osservazione è tenuto a predisporre un nuovo progetto che comunicherà, come il precedente, ai sensi del primo comma dell'art.14 *sexies*, agli interessati.

Qualora ci si trovi in presenza di contestazioni non superabili gli atti è previsto vengano rimessi “...*al giudice che lo ha nominato*”, che provvederà quindi alla definitiva formazione del passivo, riconosciuto al creditore, la cui domanda di modifica della statuizione adottata dal liquidatore dovesse essere respinta, il diritto di proporre reclamo, ai sensi dell'art.10, comma sesto, dinanzi al tribunale, in composizione collegiale, senza la partecipazione del giudice che ha adottato la statuizione impugnata.

L'attuale regolamentazione della verifica dello stato passivo nulla prevede per le domande proposte oltre il termine assegnato dal liquidatore, ai sensi dell'art.14 *sexies*, primo comma, lettera b); ciò lascia ritenere, ragionevolmente, che non essendo stato qualificato perentorio non vi sarebbe nessun limite temporale alla presentazione di nuove domande di ammissione per la partecipazione alla liquidazione.

Con riferimento, poi, ai giudizi pendenti non venendo meno la legittimazione processuale del debitore e, per l'effetto, non avendosi l'interruzione di essi non è dato comprendere se ciò imponga al liquidatore di intervenire negli stessi, dal momento che questi, ai sensi dell'art.14 *decies*, esercita ogni azione finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio, oltrechè al recupero dei crediti, sicchè la relativa previsione

sembrerebbe trovare giustificazione con riferimento alle *liti attive*, mentre la natura concorsuale della procedura dovrebbe lasciar ritenere che, al contrario, i creditori che intendessero partecipare al concorso dovrebbero farlo presentando la relativa domanda, in ragione della natura del procedimento e conseguente impossibilità di proporre richieste in riconvenzione ma, al più, compensative.

Il problema, come vedremo, neppure risolto dal codice della crisi. è stato considerato dal correttivo², con riferimento alle *domande in via tardiva*, ovvero per le richieste che dovessero essere presentate dai creditori che non abbiano ricevuto la comunicazione prevista dall'art.14 *sexies*, con invito a presentare la domanda nel termine assegnato dal liquidatore, per non risultare costoro tra quelli indicati dal debitore proponente, non essendo comminata alcuna sanzione per l'omissione dell'avviso, non potendosi, peraltro, far riferimento ad alcuna forma di pubblicità, dal momento che l'iscrizione nel registro delle imprese del decreto è previsto solo qualora la liquidazione riguardi un debitore che abbia svolto attività d'impresa.

Il mancato avviso, seppur costituisce un impedimento non imputabile alla presentazione tempestiva della domanda, mentre nell'ambito del fallimento può rilevare ai fini del deposito dell'insinuazione, oltre il termine dell'art.101 l.f., tuttavia in quella procedura la Suprema Corte è intervenuta precisando che l'*effetto decadenziale* può essere superato dal creditore qualora questi possa dimostrare che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile, ciò in quanto il comma quarto dell'art.101 l.f. espressamente prevede che una volta che sia decorso il termine, rispettivamente, di *dodici* o *diciotto* mesi dal decreto di esecutività dello stato passivo - a seconda della valutazione operata dal tribunale con riferimento alla complessità della procedura - tuttavia “...*fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare, le domande tardive sono ammissibili*”, qualora, come detto, il creditore possa dimostrare di non avere avuto conoscenza della procedura³.

2.1. La revisione della disciplina del codice della crisi.

La esigenza di armonizzare la procedura del *sovraindebitamento*, con le modifiche che hanno riguardato le procedure di regolamentazione dell'insolvenza e della crisi di impresa, hanno indotto il legislatore ad operare una scelta per quel che attiene la prima dovendo esso rispondere a criteri generali – come viene evidenziato nella relazione – il più possibile comuni alle altre procedure liquidatorie e conservative in conseguenza, peraltro, dell'operata scelta di predisposizione di un unico testo normativo, contenente tutte le

² Art.270 comma settimo, d.lgs. del 26 ottobre 2020, n.147.

³ NARDECCHIA, *Commento all'art.101*, in AA.VV., *La legge fallimentare, commentario teorico pratico*, a cura di FERRO, Padova, 2014, 1307; MONTANARI, *Commento all'art.101*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da JORIO e coordinato da FABIANI M., Bologna, 2006, 1550; BOZZA, *Ritardo per causa non imputabile al creditore nell'insinuazione tardiva del credito di restituzione*, in *Il fallimento*, 2005, 426, con riferimento in particolare al ritardo derivante da fattori causali esterni alla volontà del creditore riconducibili alla impossibilità della prestazione per causa non imputabile ai sensi dell'art.1218 cod. civ.; BONACCORSI DI PATTI, in *Commentare alla legge fallimentare*, a cura di CAIAFA A., Roma, 2017, 460; Cass., 31 luglio 2017. n.1917; Cass., 24 novembre 2015, n.23975; Cass., 13 novembre 2015, n.23303; Cass., 20 ottobre 2015, n.21316; Cass., 19 marzo 2012, n.4310; Cass., 31 maggio 2011, n.12019 tutte edite in *Codice dell'udienza fallimentare*, a cura di CAIAFA A., Roma, 2019, 378.

discipline regolatrici della crisi e dell'insolvenza che ha, pertanto, richiesto un'opera di coordinamento.

Il primo obiettivo che si è inteso, dunque, realizzare è stato quello di semplificare la procedura, per come regolata nell'attuale testo normativo, al fine di renderla più agile e rapida conferendo maggior peso al **fenomeno esdebitatorio**, che rappresenta il vero obiettivo perseguito dal soggetto sovraindebitato perché possa avere nuove opportunità, liberato dai debiti che gli precluderebbero, diversamente, ogni prospettiva futura.

L'art.270 regola l'apertura della **liquidazione controllata** dichiarata dal tribunale con sentenza, con la quale, analogamente a quel che avviene nel caso della **liquidazione giudiziale**, nomina il giudice delegato, il liquidatore confermando l'OCC di cui all'art.269, ovvero scegliendolo nell'elenco dei gestori della crisi di cui al decreto del Ministro della Giustizia, qualora sussistano giustificati motivi, che dunque dovranno essere indicati nella relativa decisione assunta al riguardo, fermo rimanendo che la scelta, in tal caso, debba essere effettuata, seppur "*di regola*", tra i gestori residenti nel circondario del tribunale e dover trovare, comunque, la deroga congrua ed espressa motivazione da comunicare al Presidente del tribunale.

Con la sentenza al debitore viene ordinato il deposito, entro **sette** giorni, del bilancio e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché l'elenco dei creditori, mentre ai terzi che vantino diritti sui beni del debitore, ovvero ai creditori risultanti dell'elenco depositato, è previsto venga assegnato un termine "*...non superiore a sessanta giorni*", entro il quale, a pena di inammissibilità, questi è previsto debbano trasmettere al liquidatore, a mezzo posta elettronica certificata, la domanda di **restituzione**, di **rivendicazione** o di **ammissione al passivo**, che deve essere predisposta nel modo previsto dall'art.201 CCI, che disciplina tempi e modalità di presentazione della domanda di ammissione al passivo, in modo sostanzialmente conforme a quanto previsto dall'art.93 della vigente legge fallimentare.

Al di là della previsione, con la quale è stata data attuazione allo specifico criterio di delega, concernente il sistema dell'accertamento per quel che attiene le modalità di verifica dei diritti vantati su beni del debitore, che si sia costituito terzo datore di ipoteca [art.7, comma ottavo, lettera a) della legge delega n.155 del 2017], in ragione del previsto obbligo, da parte del creditore di soggetto diverso da quello nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale, della presentazione della domanda di partecipazione al riparto delle somme ricavate dall'attivo, realizzato anche dalla liquidazione dei beni compresi nella procedura ed ipotecati a garanzia di debiti altrui, la disciplina regolatoria dell'ammissione al passivo rivisitata dal codice della crisi non presenta particolari novità.

L'art.270, al secondo comma, lettera d) per le comunicazioni telematiche poste a carico degli organi di gestione, ove rivolte a soggetti per i quali la legge prevede l'obbligo di munirsi di un domicilio digitale e questi non vi abbiano provveduto ad istituirlo, ovvero a comunicarlo al liquidatore, verranno eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria (art.10, comma terzo CCI).

Scaduti i termini di cui all'art.270, comma secondo, lettera d) è prevista la predisposizione, da parte del liquidatore, di un progetto di stato passivo di cui dovrà dare comunicazione a tutti gli interessati, entro **quindici** giorni, che potranno proporre osservazioni in assenza delle quali il liquidatore formerà quello definitivo che è previsto debba essere depositato in cancelleria, con suo inserimento nel sito web del tribunale.

Qualora siano state formulate osservazioni e le stesse siano state ritenute infondate il liquidatore, nei successivi **quindici** giorni dalla scadenza dei primi quindici giorni, di cui all'art.273, secondo comma, predispone un **nuovo progetto** di stato passivo di cui darà comunicazione, perché possa divenire definitivo.

Nel caso di contestazioni "**non superabili**" gli atti vengono rimessi al giudice delegato che, in tal caso, provvederà alla definitiva formazione con decreto motivato - di cui è previsto venga data comunicazione mediante pubblicazione nel sito web del tribunale - avverso il quale potrà essere proposto reclamo al collegio, di cui non può far parte il giudice delegato, così come è previsto per il fallimento dall'art.26 l.f., ora 124 CCI, e per i giudizi di opposizione allo stato passivo, regolati dall'art.99 l.f. (art.207 CCI).

L'operata ricostruzione permette di affermare che, con riferimento alla fase accertativa dei crediti, nel caso della **liquidazione controllata del patrimonio**, l'art.273 del codice della crisi – in continuità con le regole fissate dall'art.14, *octies*, comma quarto, della legge n.3 del 2012 - ha stabilito non dover essere essa sottratta alle regole generali, stabilendo per quelli per i quali dovesse sorgere contestazione, la necessaria verifica attraverso un **procedimento deformalizzato**, ancorchè nel rispetto del contraddittorio, mediante riconoscimento agli interessati della possibilità di presentare osservazioni in ordine alle conclusioni del liquidatore, che se fondate possano trovare accoglimento in un **nuovo progetto di stato passivo**, mentre determineranno l'intervento del giudice delegato, cui è rimessa la relativa conseguente valutazione, mediante provvedimento adottato con decreto, avverso il quale è previsto possa essere proposto reclamo dinanzi al collegio.

L'analisi dei due sistemi di verifica, l'attuale e l'altro descritto nel codice della crisi, permette di evidenziare una evidente incongruità, presente nel primo, non eliminata con il secondo.

Ed infatti, l'art.14 *octies*, all'ultimo comma, espressamente prevede, in presenza di contestazioni non superabili attraverso l'*iter* procedimentale descritto al terzo comma - che consente di formulare osservazioni e la predisposizione di un nuovo progetto - la rimessione degli atti al giudice, il quale provvede ai sensi dell'art.10, sesto comma, ovvero nelle forme, in quanto compatibili, di cui all'art.737 e segg. del codice di rito, riconosciuta la possibilità all'interessato di proporre reclamo al tribunale, con la previsione che del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento, in linea con quanto stabilito,

attualmente, dall'art.26 l.f., situazione non diversamente regolata dall'art.124, secondo comma, del codice della crisi.

La disciplina attuale richiama le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, che consente alle parti di reclamare al tribunale il decreto adottato dal giudice e, in ragione di quanto previsto dall'art.739 cod.proc.civ., la possibilità per la parte interessata, poi, di proporre reclamo, con ricorso alla corte di appello, che pronuncia anch'essa in camera di consiglio, avverso il provvedimento del tribunale.

Ebbene, in ragione di quanto stabilito dall'ultimo comma dell'art.739 cod.proc.civ., è esclusa la possibilità di impugnare i decreti della stessa corte di appello, salvo che la legge non disponga diversamente, sicchè si è in presenza di un sistema che esclude, per la parte che ne sia interessata, la possibilità di ricorrere in sede di legittimità, salvo che non si voglia ritenere consentito, comunque, il ricorso *ex art.111 Cost.*, quante volte il decreto, per il suo **contenuto decisorio** ed il fatto di incidere su un **diritto soggettivo**, possa essere, per l'appunto, impugnato dinanzi alla Suprema Corte.

Il meccanismo, seppur non diversamente regolato dal codice della crisi, per quel che concerne la verifica dello stato passivo nella **liquidazione controllata**, riconosce, tuttavia, la possibilità, per il creditore, di reclamare il provvedimento in corte di appello, ma non di impugnare la relativa statuizione in sede di legittimità, mentre avrebbe potuto essere prevista una disciplina identica a quella che nella **liquidazione giudiziale** regola la domanda di ammissione, gli effetti di questa ed il procedimento impugnatorio.

La regolamentazione attuata dall'art.273 risulta essere difforme, esclusivamente, per aver previsto il legislatore, a differenza di quanto stabilito all'art.14 *octies*, ultimo comma, doversi svolgere il procedimento "**senza formalità**", seppur "**assicurando il rispetto del contraddittorio**".

L'impossibilità per il giudice che ha adottato il provvedimento di far parte del collegio interessato dal relativo reclamo assicura, in modo non diverso da quanto previsto dal sistema attuale, l'impugnazione ma, per ragioni differenti, impedisce che avverso la statuizione emessa in sede di reclamo possa essere proposto ricorso in sede di legittimità, non essendo ciò consentito, espressamente, dall'art.739, ultimo comma, cod. proc. civ., per non essere stata stabilita, così come per la **liquidazione giudiziale**, la possibilità del ricorso dinanzi alla Suprema Corte avverso il provvedimento pronunciato in sede di reclamo.

Il correttivo è opportunamente intervenuto al riguardo avendo aggiunto un comma (il settimo), che regola le **domande di ammissione in via tardiva**, risolvendo quindi anche tale aspetto decisamente rilevante, avendo individuato una equilibrata soluzione al fine di permettere la partecipazione anche di coloro che non avessero ricevuto la comunicazione e, con riferimento al decreto emesso dal giudice delegato, investito dal liquidatore di pronunciare in presenza di contestazioni non superabili, ha previsto la reclamabilità dello stesso ai sensi dell'art.124 CCI con conseguente possibilità, quindi, per la parte reclamante,

quante volte la pronuncia abbia ad oggetto un *diritto soggettivo* e, dunque, inciso sulla sussistenza di esso, permettendo la proponibilità del ricorso in sede di legittimità ai sensi dell'art.111 Cost.

Rimane irrisolto, in quanto non regolato, il tema delle *impugnazioni*.

Il procedimento di formazione del passivo regola, come si è avuto modo di sottolineare, le modalità attraverso le quali il liquidatore predispone il relativo progetto, di cui dà comunicazione agli interessati, per consentire loro di far pervenire eventuali osservazioni, in assenza delle quali viene formato lo stato passivo definitivo, mentre nell'ipotesi in cui vi siano osservazioni è previsto che ove siano ritenute fondate venga predisposto nei quindici giorni successivi un nuovo progetto di stato passivo, rimessa al giudice delegato, cui è demandato il compito di provvedere alla definitiva formazione, con decreto motivato, assumendo la relativa statuizione.

L'art.14 *octies* al quarto comma, richiama l'art.10, comma sei, che consente, a sua volta, attraverso il richiamo del procedimento regolato dagli artt.737 e segg. del codice di rito la impugnazione, da parte del creditore opponente, del decreto adottato dal giudice, nel contraddittorio tra le parti che, però, appare essere chiaramente limitato a definire, nei suoi contenuti, la domanda da questi proposta.

Manca del tutto una disciplina diretta a regolamentare la *impugnazione* dei crediti ammessi da parte di coloro che divenuti concorrenti intendano far escludere dalla partecipazione al concorso quanti a loro avviso non ne avrebbero diritto.

L'impugnazione dei crediti ammessi ha, difatti, la funzione di tutelare l'interesse di quel creditore che intende reagire alla totale o parziale ammissione delle altre pretese, a suo avviso ritenute infondate ed inesistenti, e per tale ragione è rivolta nei confronti del creditore concorrente determinando, nel caso del *fallimento* – così come è previsto per la *liquidazione giudiziale* – la partecipazione del curatore, sicchè, nel caso della *liquidazione controllata*, dovrebbe ritenersi essere legittimato il liquidatore e non già il debitore, seppur questi mantiene la capacità processuale, atteso che l'interesse ad impugnare è ancorato alla funzione liquidatoria ed al possibile soddisfacimento dei diritti di credito, rispetto al quale la posizione del debitore però è assolutamente ininfluenza, dal momento che questi ha messo a disposizione dei suoi creditori tutti i suoi beni.

E' tuttavia innegabile l'interesse di ciascun creditore, da un lato, di ottenere l'ammissione integrale e nel grado richiesto del proprio credito così come, dall'altro, di veder diminuito l'ammontare del passivo mediante l'esclusione di crediti altrui, ovvero al fine di evitare l'ammissione di un credito con grado peggiore.

E d'altronde, l'impugnazione di un credito, tempestivamente ammesso, può essere proposta anche dal *creditore tardivo*, purchè ciò avvenga nei termini previsti dalla relativa

disciplina normativa, tema questo che non può essere ignorato laddove si consideri che il correttivo, al settimo comma, ha previsto che sino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo la domanda in via tardiva è sempre ammissibile alla condizione che l'istante dia la prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile, sempre che abbia trasmesso la domanda al liquidatore non oltre *sessanta* giorni dal momento in cui è cessata la causa che ne ha impedito il deposito tempestivo (d.lgs. 26 ottobre 2020, n.147 contenenti disposizioni integrative e correttive, a norma dell'art.1, comma primo, della legge 8 marzo 2019, n.20, al d.lgs. 12 gennaio 2019, n.14).

3. La difficile tutela dei crediti di lavoro.

Nonostante l'intervento decisamente opportuno, in ragione della impossibilità per la parte interessata di ottenere un diverso riconoscimento del proprio diritto di credito in assenza del mezzo impugnatorio previsto dall'art.739 cod.proc.civ., rimane irrisolta, tuttavia, la possibilità, attesa la differente efficacia del provvedimento che conclude il procedimento, per i crediti di lavoro di richiedere l'intervento del Fondo di garanzia.

Ed infatti, sebbene la direttiva comunitaria n.187 del 20 ottobre 1980 del Consiglio - ora integrata e sostituita dalla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2008, n.94 - abbia inteso garantire ai lavoratori subordinati una tutela minima, in caso di insolvenza del datore di lavoro, delineando un meccanismo basato sulla creazione di specifici organismi di garanzia – che si sostituiscono per il pagamento dei crediti dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza – ha trovato attuazione, attraverso l'adozione di due testi normativi⁴, tuttavia, questi richiedono, per l'intervento dell'organismo di garanzia, la *definitività dello stato passivo*, ovvero del provvedimento che abbia accertato, nel successivo procedimento eventuale di opposizione, il relativo credito, mediante richiamo delle disposizioni della legge fallimentare, cui possono essere oggi sostituite, in ragione della identità, quelle del codice della crisi, con riferimento alla *liquidazione giudiziale*, ma che potrebbero portare ad identico risultato, nel caso della *liquidazione del patrimonio del debitore* e della *liquidazione controllata*, quante volte a siffatta soluzione fosse possibile pervenire attraverso l'analogia, ovvero quel procedimento di integrazione dell'ordinamento mediante l'operatività di una norma per una situazione in essa non disciplinata, consentita in ragione della assonanza con quella espressamente prevista (*analogia legis*), o mediante l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento (*analogia iuris*)⁵.

L'interpretazione analogica permette, in pratica, di andare oltre il semplice significato letterale delle parole usate per cogliere “*aspetti di assonanza*”, al fine della applicazione della disposizione normativa a situazioni diverse, e si traduce, quindi, in una

⁴ La legge 29 maggio 1982, n.297, istitutiva del fondo di garanzia, per il trattamento di fine rapporto, e il d.lgs. 27 gennaio 1992, n.80, per le ultime tre retribuzioni.

⁵ L'art.14 delle preleggi vieta, difatti, esclusivamente il ricorso al procedimento analogico per le norme penali e per quelle che fanno eccezione ai principi generali, divieto che trova fondamento costituzionale nel principio di legalità, di cui all'art.25, secondo comma, Cost., in base al quale le norme non si applicano al di fuori dei casi da esse stesse espressamente stabiliti.

attività complessa, poiché il semplice coordinamento delle parole, pur costituendo fondamentale punto di partenza, non è, tuttavia, sufficiente, dal momento che nell'applicazione della legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio, per l'appunto, delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

E d'altronde, l'art.12 delle preleggi, al secondo comma, espressamente stabilisce che ove una controversia “...non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe”, aggiungendo che, ove dovesse rimanere ancora dubbio, può la controversia essere decisa “...secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”.

Il ricorso alla analogia è, tuttavia, consentito solo quando manchi nell'ordinamento una specifica disposizione regolante la fattispecie concreta e si renda, pertanto, necessario porre rimedio ad un vuoto normativo altrimenti incolmabile in sede giudiziaria⁶.

Non sembra, pertanto, possibile ricorrere, nel caso di specie, alla **analogia legis** per il solo fatto di essere disciplinata la medesima fattispecie in altra norma che regola una situazione simile, dal momento che il legislatore, se avesse inteso, in effetti, prevedere un identico procedimento, per il definitivo accertamento del diritto di partecipazione al concorso, avrebbe stabilito un *iter* procedimentale non difforme da quello ritenuto applicabile nella **liquidazione giudiziale**.

Nella stessa integrazione della disciplina prevista per l'intervento degli organismi di garanzia, realizzata attraverso il d.lgs. 19 agosto 2005, n.186 – adottato in attuazione della direttiva del Consiglio dell'Unione Europea del 23 settembre 2002 n.74, che ha regolato le c.d. **situazioni transnazionali** – non si fa alcun riferimento ai rapporti di lavoro, nell'ambito dei **procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento**, ma, esclusivamente, alle altre **procedure concorsuali** e, pertanto, si pone il problema se, in effetti, sia possibile alla regolamentazione attuata, attraverso l'art.14, *octies*, quarto comma, mediante il richiamo dell'art.10, sesto comma, della legge n.3 del 2012, con riferimento alla liquidazione del patrimonio e, successivamente, dal 1 settembre 2021, dall'art.273, sesto comma, riconoscersi effetti analoghi ai fini dell'intervento del **Fondo di garanzia**, per quel che attiene il trattamento di fine rapporto e le tre ultime mensilità⁷.

E' auspicabile, quindi, che essendo stata prorogata l'entrata in vigore del Codice della crisi al 1 settembre 2021 sia possibile intervenire colmando la lacuna presente nell'attuale disciplina ed anche in quella rivisitata dal correttivo, attraverso l'opzione per un procedimento impugnatorio non difforme da quello previsto per la **liquidazione giudiziale**, sì da pervenire ad una statuizione conclusiva in sede di ammissione, ovvero nella successiva fase di opposizione, tale da determinare, con assoluta certezza, il credito ammesso al passivo relativamente al quale possa essere richiesto l'intervento del Fondo di garanzia.

⁶ Cass., 11 febbraio 2015, n.2556.

⁷ CAIAFA A., *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, Roma, 2019, 119 e segg.

A dire il vero un identico problema si pone anche la legge fallimentare, in relazione a quel che accade quante volte venga richiesto dal curatore di non procedere alla predisposizione dello stato passivo, nell'ipotesi di previsione di insufficiente realizzo, attraverso una relazione volta ad ottenere, per l'appunto, l'autorizzazione da parte del tribunale, con decreto, di non farsi luogo al procedimento relativamente ai crediti concorsuali, ciò sia prima dell'udienza fissata (art.102, primo comma) ovvero anche quando la condizione emerga successivamente alla verifica.

Seppure il terzo comma prevede la possibilità, per i creditori che abbiano presentato la domanda di ammissione al passivo, nei **quindici** giorni successivi alla comunicazione, di reclamare il decreto alla corte di appello, tuttavia l'accoglimento nella relativa richiesta non trova giustificazione nella circostanza, più volte dedotta ed affrontata, di rendere impossibile per i crediti di lavoro l'accesso al Fondo di garanzia per essere per questi, così come previsto dall'art.3 della legge 297 del 1982, richiesto, il decreto di ammissione e la definitività dello stato passivo.

La situazione è resa ancor più complicata nel caso in cui l'impresa fallita sia un ente societario, in ragione di quanto previsto dall'art.118, primo comma, n.4 l.f., attesa la impossibilità del lavoratore di ottenere in altra sede un titolo esecutivo in ragione della cancellazione della società dal registro delle imprese, a seguito della chiusura del fallimento.

La questione, ancorchè affrontata dall'Inps con la circolare n.31 del 2010, non è risolutiva dal momento che consente l'intervento del Fondo alla condizione che il lavoratore sia in grado di produrre un titolo già definitivamente accertato, atteso che nel caso cui si è ora fatto riferimento dell'art.102 l.f. (non diversa la situazione regolata dall'art.209 l.f. con riferimento alla liquidazione coatta amministrativa), il problema risiede proprio nella circostanza di non essere il diritto di credito consacrato in un titolo e non poter ottenere lo stesso, qualora il rapporto di lavoro sia stato instaurato con un'impresa collettiva avente personalità o soggettività giuridica, in conseguenza della sua cancellazione dal registro delle imprese a seguito della chiusura della procedura⁸.

⁸ Tribunale Roma, 7 gennaio 2020, n.40 operando il coordinamento della circolare Inps n.32 del 4 marzo 2010 con l'art.102 l.f., al fine di rendere, comunque, possibile l'accesso dei lavoratori al Fondo di garanzia, per consentire loro di realizzare la tutela minima assicurata dalla direttiva 2008/94/Cee, ha osservato che tale circolare, pur nella dichiarata finalità di rendere possibile l'accesso al Fondo di garanzia dei dipendenti dei datori di lavoro insolventi per i quali il tribunale abbia deciso di non procedere all'accertamento del passivo, nel riconoscere il relativo diritto e nell'individuare il presupposto nella chiusura della procedura concorsuale ha osservato che, tuttavia, l'accesso sarebbe escluso, comunque, per coloro che non avessero un titolo, sì da non risultare tutelati quei lavoratori, dipendenti di una società a responsabilità limitata o per azioni, in ragione di quanto previsto dall'art.118 l.f. in conseguenza della cancellazione dal registro delle imprese ed ha, conseguentemente, ritenuto non salvifico il messaggio dell'Inps del 24 giugno 2015, n.4302 ed in ragione di una lettura costituzionalmente orientata delle richiamate disposizioni normative ha ritenuto sufficiente, per l'accoglimento della domanda, quanto risultante dal CUD, per il trattamento di fine rapporto e dalle buste paga emesse dalla società datrice di lavoro, poi cancellata, per le mensilità per le quali è previsto l'intervento del Fondo (d.lgs. 21 gennaio 1992, n.80).

Risulta presentata, a tal riguardo, una proposta di legge⁹ di modifica dell'art.102 l.f., riprodotto con identico contenuto dall'art.209 CCI, nonché dell'art.2, della legge 29 maggio 1982, n.297, in materia di tutela dei crediti per retribuzione, indennità e contributi previdenziali dei lavoratori, nei casi di mancato accertamento del passivo per previsione di insufficiente realizzo, che al fine di poter garantire un'efficace tutela, ha previsto dover essere onerato l'Inps degli accertamenti preventivi inerenti la posizione contributiva e retributiva, necessari per l'accesso al Fondo, attraverso la introduzione dell'art.3 *bis*, sì da non essere, in pratica, più necessaria la consacrazione del diritto in un titolo e la dimostrazione da parte del lavoratore di avere iniziato la procedura esecutiva, risultata infruttuosa, non potendo ricorrere tali presupposti condizionanti nel caso in cui la società datrice di lavoro sia stata cancellata dal registro delle imprese.

Attraverso la introduzione di una norma che ponga a carico dell'Istituto Previdenziale ogni accertamento inerente alla posizione contributiva e retributiva, per l'accesso al Fondo, si risolverebbe anche il problema cui si è fatto cenno, della impossibilità di ottenere identico risultato attraverso il decreto con il quale il credito sia stato accertato nell'ambito della **liquidazione controllata**, attesa la non decisività del relativo provvedimento che fosse pronunciato all'esito del reclamo ex art.739 cod.proc.civ., così come previsto attualmente dall'art.14 *octies*, mentre sarebbe possibile pervenire al medesimo risultato attraverso la operata previsione, presente nel correttivo, di ritenere il provvedimento di esclusione censurabile ai sensi dell'art.26 l.f., in continuità ripreso dall'art.124 CCI.

Va altresì, al riguardo, considerato che la direttiva del Parlamento Europeo del Consiglio del 20 giugno 2019/1023, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, nel modificare la direttiva UE 2017/1132 al considerando 61 ha espressamente previsto che, in ragione della necessità di garantire un livello adeguato di tutela dei lavoratori, gli Stati membri sono tenuti “...*ad escludere i diritti non pagati dei lavoratori da qualsiasi sospensione delle azioni esecutive individuali, a prescindere dal fatto che tali diritti siano sorti prima o dopo la concessione della sospensione*”, ed essere questa “*ammissibile solo per gli importi e per il periodo in relazione ai quali il pagamento dei diritti è efficacemente garantito ad un livello analogo da altri mezzi a norma del diritto nazionale*”, aggiungendo, ancora, che qualora la legislazione nazionale dovesse prevedere limiti alla responsabilità degli organismi di garanzia, in termini di durata o di importo, i lavoratori dovrebbero potersi rivalere per le eventuali eccedenze nei confronti del datore di lavoro anche durante la sospensione, ed essere in ogni caso la esclusione, in termini di tutela, dei diritti dei lavoratori

⁹ La proposta intende attuare la modifica dell'art.102 l.f. e dell'art.209 CCI, nonché dell'art.2 della legge n.297 del 1982 attraverso, per quel che concerne l'art.102 l.f., l'inserimento: *i*) dopo la parola “*procedura*” del seguente periodo “*nonché il pagamento del tfr, della retribuzione afferente alle ultime tra mensilità e della contribuzione a fondo per pensione integrativa*” (art.1); *ii*) dopo il comma tre dell'art.2 della legge n.297 del 1982 del comma tre *bis* con la previsione espressa che nell'ipotesi in cui non si proceda all'accertamento del passivo “*...ai fini di una efficace tutela dei lavoratori, restano a carico dell'Inps gli accertamenti preventivi, inerenti alla posizione contributiva e retributiva necessari per accedere al fondo di garanzia*” (art.2); *iii*) all'art.209 CCI dopo la parola “*procedura*” il medesimo periodo sopra trascritto relativamente all'art.102.

consentita esclusivamente qualora venga per loro prevista una adeguata protezione a norma del diritto nazionale.

Coerentemente l'art.13, rubricato "***lavoratori***", ha ribadito non potere il quadro di ristrutturazione preventiva interessare i diritti individuali e collettivi dei lavoratori e, in particolare, fra questi quelli, in caso di insolvenza del datore di lavoro, regolati dalla direttiva del 22 ottobre 2008/94/Ce, ed il successivo art.18, nel regolare la "***tutela delle altre operazioni connesse alla ristrutturazione***", nel caso di successiva insolvenza del debitore, perché queste non siano dichiarate nulle, annullabili o inopponibili "***..in base al rilievo che...sono pregiudizievoli per la massa dei creditori***" ha, tuttavia, previsto e riconosciuto la possibilità per gli Stati membri di escludere, in ogni caso, le operazioni effettuate dopo che il debitore sia divenuto incapace quelle aventi ad oggetto [paragrafo 4, lettera c)] il pagamento delle retribuzioni dei lavoratori per il lavoro già prestato "***...fatta salva l'ulteriore protezione prevista dal diritto dell'Unione o Nazionale***".

L'attuazione della Direttiva Europea 1023/2019 comporterà, necessariamente, degli interventi ai fini di un completamento del tortuoso cammino della riforma che, seppur attuato attraverso il correttivo, tra prospettive di adeguamento, propriamente integrative, tuttavia non potranno non considerare la particolare tutela, cui si è fatto cenno, annunciata nel considerando 61 della direttiva che, seppur fa riferimento ai ***quadri di ristrutturazione*** dei debitori in difficoltà finanziarie di continuare ad operare in tutto o in parte, nel prevedere la possibilità per questi di modificare composizione, condizioni e struttura delle loro attività, ha imposto, tuttavia, il rispetto dei requisiti generali previsti dal diritto nazionale "***...in particolare il diritto civile e il diritto del lavoro***" (considerando 2), e previsto dover essere garantito un livello adeguato di tutela dei lavoratori con particolare riferimento al soddisfacimento ed alla realizzazione dei loro diritti, attraverso la previsione della esclusione da ogni sospensione, a prescindere dal fatto di essere essi sorti prima o dopo la concessione della sospensione.

Tale previsione viene ad incidere, inevitabilmente, su quanto stabilito, attualmente, dall'art.14 *quinques* lettera b), in termini di esclusione e possibilità per i creditori di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive, confermata dall'art.270 CCI, che, nel disporre l'apertura della ***liquidazione controllata***, al quinto comma ha previsto l'applicazione dell'art.150 CCI - rubricato divieto di azioni esecutive e cautelari individuali - situazione peraltro non diversamente regolata per quel che attiene gli effetti discendenti dalla domanda di accesso ad una delle ***soluzioni concordate di crisi***, essendo anche con riferimento a queste disposta l'impossibilità per i creditori di realizzare i loro diritti.