

## TRIBUNALE DI SANTA MARIA CAPUA VETERE

- III Sezione Civile -

---

### *Linee guida sull'applicazione dell'art. 102 l.f.*

Sebbene non si tratti tecnicamente di un'autonoma ipotesi di chiusura della procedura fallimentare, la disciplina recata dall'art. 102 l.f., applicabile «*se risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura*» consentendo di escludere [in tutto (comma 1), od in parte (comma 2)] la fase di verifica del passivo, e presupponendo una sostanziale insussistenza di attivo (che non consente altro che il pagamento – in tutto od in parte – dei soli crediti prededucibili e delle spese di procedura), **comporta la sostanziale inesistenza della fase di liquidazione dell'attivo, con conseguente possibilità di addivenire direttamente alla resa del conto della gestione e, a seguire, alla predisposizione del riparto finale e alla chiusura del fallimento.**

Solo con la modifica apportata dall'art. 87 del D.lgs 9 gennaio 2006 n.5, l'art. 102 della L.fallimentare ( che prima disciplinava l'istanza di revocazione contro i crediti ammessi) ha regolato il caso della “Previsione di insufficiente realizzo” dell'attivo.

E' poi intervenuto l'art. 6 comma 6 del dlgs 12 settembre 2007 n.169, entrato in vigore a partire dal primo gennaio 2008.

Oggi pertanto la nuova e definitiva formulazione dell'art. 102 L.fallimentare così recita:” *Il tribunale, con decreto motivato da adottarsi prima dell'udienza per l'esame dello stato passivo, su istanza del curatore depositata almeno 20 giorni prima dell'udienza stessa, corredata da una relazione sulle prospettive della liquidazione e dal **parere del comitato dei creditori**, sentito il fallito, dispone non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali se risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura. Le disposizioni di cui al primo comma si applicano, in quanto compatibili, ove la condizione di insufficiente realizzo emerge **successivamente alla verifica dello stato passivo**. Il curatore comunica il decreto di cui al primo comma ai creditori che abbiano*

*presentato domanda di ammissione al passivo ai sensi degli articoli 93 e 101, i quali, nei quindici giorni successivi, possono presentare reclamo alla corte di appello, che provvede con decreto in camera di consiglio, sentito il reclamante, il curatore, il comitato dei creditori ed il fallito”*

**Tali modifiche, applicabili ai procedimenti per la dichiarazione di fallimento pendenti alla data del 1 gennaio 2008, nonché alle procedure concorsuali e di concordato aperte successivamente, realizzano insieme a quella precedente (art. 87 Dlgs 2006 n.5) una delle esigenze maggiormente avvertite dalla riforma, ossia quella di non far proseguire la procedura concorsuale allorquando ciò risulti sostanzialmente inutile e antieconomico, vista l'assoluta impossibilità di soddisfare, sia pure parzialmente, i (potenziali) creditori concorsuali per la totale assenza di somme da ripartire tra gli stessi.**

Presupposto essenziale, ai fini dell'applicabilità dell'art. 102 primo comma L.fall., è che emerga una previsione di impossibilità ad acquisire attivo al patrimonio fallimentare da dividere poi, una volta soddisfatti i crediti prededucibili e le spese di procedura, tra i diversi potenziali creditori concorsuali.

Ciò è configurabile quando, durante le fasi iniziali della predetta procedura, non solo non sono stati rinvenuti beni o gli stessi risultano assolutamente privi di valore di mercato o comunque di valore modestissimo ma anche e soprattutto quando, dagli accertamenti effettuati e dalla documentazione contabile in possesso del curatore, emerge l'assoluta impossibilità di reperire in futuro ulteriori cespiti patrimoniali.

Tale ultima previsione può ovviamente dipendere da una serie di diversi fattori quali in particolare, la mancanza dei **presupposti giuridici-legali** per esperire azioni a vantaggio del patrimonio fallimentare o la **non convenienza economica** ad intraprendere le predette procedure giudiziarie sia per l'assoluta mancanza di solvibilità delle potenziali controparti sia per la modestissima entità delle somme eventualmente incamerate in caso di accoglimento delle richieste, anche perché destinate principalmente alla soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura.

Una tale valutazione deve essere generale e onnicomprensiva, volta cioè a considerare non solo il valore dei beni acquisiti o comunque acquisibili al Fallimento ma anche l'eventuale attivo ricavabile dal vittorioso esperimento di azioni giudiziarie, quali azioni revocatorie, risarcitorie, di responsabilità, compresa sia quella ex art. 2476 c.c. sia l'eventuale costituzione di parte civile in un prospettabile processo di bancarotta.

**A tal fine e a seconda delle ipotesi potrebbe pertanto risultare necessario verificare non solo le disponibilità patrimoniali presenti e future dell'impresa fallita ma anche quelle dei suoi**

**amministratori e sindaci, laddove emergano circostanze che legittimino un'aggressione diretta anche dei loro beni. Tuttavia, quando a seguito delle predette considerazioni, emerga, nei termini sopraindicati, un'oggettiva e assoluta impossibilità ad acquisire attivo al patrimonio fallimentare, risulta sicuramente inopportuno e soprattutto "antieconomico" protrarre ulteriormente una procedura concorsuale totalmente "sterile", imponendo al curatore una serie di formalità inutili ed esclusivamente dispendiose nel caso di specie, quali l'obbligo di redigere un programma di liquidazione o un rendiconto gestionale che difatti avrebbero entrambi, in queste ipotesi, un contenuto meramente negativo.**

Pertanto e al fine di rendere le operazioni fallimentari il più possibile celeri e fruttuose, il curatore è sollevato dagli obblighi espressamente indicati dagli artt. 104 ss. L.fall. e deve al contrario, **almeno venti giorni prima dell'udienza fissata ai sensi dell'art. 95 L.fall**, depositare presso la cancelleria fallimentare un'istanza con cui richiedere al Tribunale competente di non procedere all'accertamento dello stato passivo.

**Al fine di permettere un accurato controllo delle valutazioni in tal senso effettuate dal curatore, l'istanza deve essere corredata da una dettagliata relazione sulle prospettive di liquidazione del patrimonio fallimentare, in cui bisogna ovviamente specificare tutte quelle condizioni, giuridiche ed economiche, che nei fatti impediscono di incamerare cespiti in favore dei potenziali creditori concorsuali.**

Controllo che la normativa attuale comunque assicura ai diversi organi fallimentari anche sotto diversi ed ulteriori profili.

**Prima di tutto perché è imposto al curatore l'obbligo di acquisire previamente, prima del deposito dell'istanza, il parere del comitato dei creditori.**

Non è tuttavia richiesta la specifica **approvazione** da parte del comitato (come invece espressamente previsto in altre norme quali ad es. l'art. 104 ter L.fall. per il programma di liquidazione) e pertanto il curatore, anche in assenza della predetta autorizzazione, può comunque depositare presso il tribunale l'istanza così come inizialmente formulata, senza la necessità di ulteriori ripensamenti o modifiche al riguardo, rimettendosi interamente alla decisione dell'autorità giudiziaria che ovviamente valuterà la complessiva situazione economico-patrimoniale (del fallimento) alla luce di quanto dedotto e contestato da entrambi gli organi fallimentari.

Anche il fallito ha diritto di esprimersi sulla proposta del curatore e a tal fine potrà essere o formalmente convocato o, in mancanza di espressioni di dissenso, semplicemente informato tramite invio della relativa richiesta e relazione.

Non sussiste però un tale onere ove il fallito abbia reso in precedenza una dichiarazione scritta circa l'insussistenza di attivo e tale circostanza abbia trovato un riscontro oggettivo a seguito delle

ricerche e delle indagini effettuate dal curatore, tanto da sfociare poi nella formulazione e nel deposito della predetta istanza.

A questo punto la relativa decisione passerà così al Tribunale il quale, prima dell'udienza ex art. 95 L.fall., una volta verificato l'adempimento delle relative formalità imposte al curatore, dovrà con decreto, decidere nel merito, se procedere o meno all'accertamento dello stato passivo, sulla base delle considerazioni complessivamente svolte dagli altri organi fallimentari.

**Nell'eventualità in cui si opti per questa seconda soluzione si potrà pervenire poi sollecitamente alla chiusura del fallimento ai sensi del nuovo art. 118 che difatti prevede espressamente ( al numero 4) tra le cause di cessazione proprio il caso specifico in cui si accerti l'impossibilità di soddisfare, neppure in parte, i potenziali creditori concorsuali.**

Tuttavia prima di approdare a tale fase conclusiva, l'art.102 l.fall. prevede all'ultimo comma un'ulteriore forma di tutela e di controllo riservato questa volta direttamente ai creditori richiedenti l'ammissione al passivo, i quali possono difatti, nei quindici giorni successivi alla comunicazione del decreto di accoglimento del tribunale, proporre reclamo contro tale provvedimento presso la Corte d'Appello. Procedimento anch'esso improntato alla celerità e speditezza in quanto definibile in tempi brevi con decreto in camera di consiglio.

Va comunque rilevato, a prescindere dall'attivazione di tale impugnazione, che in ogni caso un'eventuale e tempestiva sopravvenienza di attivo potrebbe comunque originare la riapertura del fallimento in presenza dei presupposti di cui all'art. 121 L.F.

Il secondo comma dell'art. 102 L.fall., recentemente modificato come già detto con Dlgs 2007/169, amplia poi notevolmente l'ambito di applicazione della presente normativa, prevedendo espressamente la possibilità di sospendere le operazioni fallimentari anche quando l'inutilità della procedura emerga in una **qualsiasi fase successiva all'accertamento dello stato passivo e quindi all'emissione del relativo decreto ex art. 96 L.fall.**

**Tramite tale comma sembra quindi possibile interrompere la procedura, successivamente alla verifica dello stato passivo effettuato per le domande tempestive ex art. 93 L.fall, tutte le volte in cui i beni acquisiti al fallimento rendano sostanzialmente inutile la loro liquidazione, ipotizzandosi un riparto in percentuale irrisoria.**

(Esemplificatamente può farsi riferimento all'ipotesi in cui l'unico bene acquisito sia un immobile la cui liquidazione risulterà destinata solo al creditore ipotecario. E' evidente in tal caso l'inutilità della verifica dello stato passivo per tutti i creditori diversi dall'ipotecario, per i quali vi è la certezza dell'insoddisfazione totale delle loro ragioni.

In questa ipotesi è sicuramente opportuno applicare la norma in questione, purchè la certezza dell'incapienza sia documentata e non contestabile, in modo da consentire da un lato al creditore ipotecario di proseguire l'eventuale azione esecutiva già iniziata e dall'altro di avviare la pronta chiusura del fallimento di cui nessuno può dubitare l'inutilità).

Infine è da sottolineare come questo nuovo istituto delineato dall'art. 102 L. fall. possa ragionevolmente utilizzarsi, in virtù della diversità tra le due procedure di insolvenza, anche nelle ipotesi di fallimento di società con soci illimitatamente responsabili: si potrà difatti omettere la verifica del passivo per il fallimento della società priva di attivo, pur mantenendosi aperto quello dei soci che possono vantare un patrimonio personale, o, viceversa, potrà disporsi per la chiusura del fallimento dei singoli soci allorquando i loro patrimoni personali siano irrilevanti o di fatto inesistenti, pur rimanendo aperto il fallimento della società.

**In conclusione e alla luce di quanto complessivamente illustrato appare pertanto chiaro come la finalità principale della norma, ossia quella di velocizzare la procedura evitando il suo protrarsi se esso risulta inutile e antieconomico, debba essere perseguita principalmente dal curatore in tutte le fasi del fallimento, precedenti o successive alla verifica dello stato passivo, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dell'impresa coinvolta, ogniqualvolta emerga l'assenza o comunque l'insufficienza dei suoi cespiti patrimoniali, purchè tale situazione sia oggettiva e documentata, verificabile e soprattutto contestabile da parte non solo degli organi fallimentari ( Tribunale, curatore e comitato dei creditori) ma anche dallo stesso fallito e dai singoli creditori richiedenti l'ammissione al passivo, tramite quei mezzi di tutela e di controllo espressamente conferitigli direttamente dalla norma in esame.**

*Attivazione del Fondo di Garanzia INPS in caso di omesso accertamento dello stato passivo in sede concorsuale*

A seguito delle novità introdotte dai decreti legislativi n. 5/2006 e **n.169/2007** sono sorte **alcune difficoltà operative dovute principalmente ad una carenza di coordinamento tra la nuova formulazione dell'art. 102 L.fall. e la legge 29 maggio 1982 n. 297** istitutiva del **Fondo di Garanzia**, quale meccanismo finalizzato a tutelare economicamente i lavoratori subordinati in caso di insolvenza del proprio datore di lavoro, sostituendosi a quest'ultimo, in presenza di determinati presupposti espressamente indicati dalla legge, nella corresponsione del TFR e degli altri crediti di lavoro.

Difficoltà dovute essenzialmente al fatto che da un lato vi è la disposizione fallimentare appena esaminata che, come già ampiamente detto, ha introdotto la possibilità di non procedere alla verifica dello stato passivo qualora risulti l'impossibilità di acquisire attivo da distribuire tra i potenziali

creditori concorsuali.

Dall'altro lato vi è tuttavia l'art. 2 comma 2 della L. 297/82 che si ricollega proprio al decreto di esecutività dello stato passivo onde individuare il *dies a quo* per la presentazione della domanda di intervento del predetto Fondo, prevedendo espressamente che :”**Trascorsi quindici giorni dal deposito dello stato passivo, reso esecutivo ai sensi dell’articolo 97 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero dopo la pubblicazione della sentenza di cui all’articolo 99 dello stesso decreto, per il caso siano state proposte opposizioni o impugnazioni riguardanti il suo credito, ovvero dalla pubblicazione della sentenza di omologazione del concordato preventivo, il lavoratore o i suoi aventi diritto possono ottenere a domanda il pagamento, a carico del fondo, del trattamento di fine rapporto di lavoro e dei relativi crediti accessori, previa detrazione delle somme eventualmente corrisposte**”.

Onde evitare il verificarsi di una palese violazione dei principi fondamentali (art.3 Cost.) del nostro ordinamento giuridico, la giurisprudenza (in particolare Corte d'Appello di Torino 7 maggio 2010) non si è fermata ad una esegesi isolata ed autonoma delle due differenti disposizioni legislative ma ha cercato di coordinarle e soprattutto di interpretarle in modo sistematico alla luce del complessivo apparato normativo di riferimento.

Punto di partenza è stato il richiamo all'**art. 2 comma 5 della L. 297/82** secondo cui: “ Qualora il datore di lavoro, **non soggetto alle disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267**, non adempia, in caso di risoluzione del rapporto di lavoro, alla corresponsione del trattamento dovuto o vi adempia in misura parziale, il lavoratore o i suoi aventi diritto possono chiedere al fondo il trattamento di fine rapporto, sempreché, a seguito dell’esperimento dell’esecuzione forzata per la realizzazione del credito relativo a detto trattamento, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti, il Fondo, ove non sussista contestazione in materia, esegue il pagamento del trattamento insoluto....”

**Orbene tale disposizione pertanto ammette espressamente l'intervento del Fondo di Garanzia anche quando il datore di lavoro (insolvente) non risulta (ex art.1 L.fall) assoggettabile a fallimento, ponendo quale condizione unica ed esclusiva che sia dimostrato l'infruttuoso esperimento dell'esecuzione forzata.**

Ciò a conferma del fatto che il Fondo di Garanzia, in attuazione tra l'altro della **direttiva CE 987/80**, si pone l'obiettivo di apprestare una garanzia “**totale**” al dipendente di **imprese insolventi per il pagamento del trattamento di fine rapporto** sia nel caso in cui queste siano sottoposte alla procedura fallimentare, sia nel caso in cui tale procedura fin dall'inizio non venga aperta per mancanza dei presupposti oggettivi e/o soggettivi.

Di conseguenza è ovvio, così come espressamente sottolineato dalla giurisprudenza più recente, che se il Fondo di Garanzia si pone l'obiettivo comunitariamente imposto di fornire al lavoratore una tutela ad "ampio spettro" di fronte all'evidente incapacità del proprio datore di lavoro, e che se tale tutela deve operare anche a favore di chi ha lavorato alle dipendenze di un'impresa non assoggettabile alla procedura concorsuale, a maggior ragione dovrà riconoscersi l'intervento del Fondo anche nell'ipotesi, descritta appunto dall'art. 102 L.fall, in cui il datore di lavoro non soltanto è assoggettabile ma in concreto ed effettivamente sottoposto al fallimento, anche se poi ragioni di mera speditezza ed economia processuale abbiano deposto per l'omissione della fase (puramente sub-procedimentale) di verifica del passivo.

Dal punto di vista logico e della "*ratio legis*" infatti, la mancata formazione dello stato passivo nei confronti del fallito rappresenta indubbiamente un "*minus*" rispetto alla ben più "**radicale**" situazione nella quale a mancare non è semplicemente l'attività di verifica dei crediti, bensì la sottoposizione stessa del datore di lavoro al fallimento.

La situazione prospettata dall'art.102 L.fall è poi meno problematica di quella del datore di lavoro non assoggettato a fallimento anche sotto un ulteriore e fondamentale profilo.

In quest'ultimo caso si pone difatti il problema pratico di subordinare l'intervento del Fondo di Garanzia all'accertamento dell'incapienza patrimoniale del debitore e a tal fine soccorre quanto previsto nel citato quinto comma dell'articolo 2 Legge 297/82 circa la necessità dell'esperimento infruttuoso dell'esecuzione forzata da parte del lavoratore ( per un approfondimento di tale specifica problematica posta appunto dall'art. 2 comma 5 L. 297782 si richiama per completezza la Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 8 maggio 2008 n. 11379 secondo cui " il lavoratore, creditore del tfr nei confronti del datore di lavoro non soggetto a fallimento, per poter chiedere il relativo pagamento al Fondo di Garanzia istituito presso l'INPS, è tenuto a verificare la mancanza o l'insussistenza della garanzia del datore di lavoro attraverso un serio tentativo di esecuzione forzata; qualora, eseguita infruttuosamente una forma di esecuzione, si prospetti la possibilità di ulteriori forme di esecuzione, è tenuto ad esperire quelle che, secondo l'ordinaria diligenza, si prospettino fruttuose, mentre non è tenuto ad esperire quelle che appaiono infruttuose o aleatorie, allorquando i loro costi certi si palesino superiori ai benefici futuri, valutati secondo un criterio di probabilità").

**Nell'ipotesi invece prevista dall'art. 102 L.fall il datore di lavoro è stato già effettivamente dichiarato fallito e manca esclusivamente la fase di accertamento del passivo, pertanto la prova dell'insolvenza è già data dalla stessa sottoposizione alla procedura concorsuale che proprio su tale presupposto indefettibilmente si basa.**

In realtà l'unico problema che potrebbe porsi in tale ultima fattispecie riguarda esclusivamente la prova del credito vantato dal lavoratore a titolo di trattamento di fine rapporto.

Al riguardo bisogna comunque sottolineare che la mancata effettuazione delle operazioni di verifica previste dagli artt. 95-96 L.fall, non può rappresentare un elemento di per sé ostativo all'intervento del Fondo visto che la stessa L. 297/82 non lo considera un requisito indefettibile tanto da prevedere all'art. 2 comma 5 la sua azionabilità anche in assenza di una dichiarazione di fallimento.

Ne consegue pertanto che in applicazione della generale disciplina codicistica sulla realizzazione "coattiva" dei diritti di credito, la predetta verifica, dovendo tra l'altro operare in un ambito extraconcorsuale qual è appunto quello avanti all'INPS, possa essere adeguatamente surrogata dal **conseguimento da parte del lavoratore di un idoneo titolo esecutivo, di natura giudiziale (es sentenza di condanna, decreto ingiuntivo, verbale di conciliazione) o extragiudiziale (es. scrittura privata autenticata, atto pubblico, cambiale, altro titolo di credito ecc...)** che dia certezza sulla liquidità, sull'esigibilità, sull'*an* e sul *quantum* del corrispettivo dovuto.

Tale orientamento del resto è stato recepito dalla stessa INPS che proprio al fine di fornire un quadro il più possibile chiaro ai lavoratori interessati, con circolare n. 32 del 4 marzo 2010 ha definitivamente precisato i documenti necessari ad attivare l'intervento del Fondo in assenza del procedimento di **accertamento del passivo, richiedendo in particolare l'allegazione alla predetta istanza del decreto con il quale il tribunale ha deciso di non procedere alla verifica del passivo, del decreto di chiusura della procedura concorsuale e del titolo esecutivo con il quale il credito è stato**

**ricosciuto giudizialmente o stragiudizialmente**

(cfr Inps - Fondo Di Garanzia per il Tfr - Istruzioni Dell'istituto - Circolare N. 32 Del 4 Marzo 2010)

Il Presidente di Direzione  
E. O.