

## LE RESTITUZIONI NEL FALLIMENTO\*

SOMMARIO: 1. Le novità introdotte con la riforma. – 2. Profili distintivi tra la domanda di insinuazione dei crediti e la domanda di rivendicazione e di restituzione. – 3. I differenti presupposti della domanda di rivendicazione e di quella di restituzione. – 4. Su alcune peculiarità delle regole applicabili alle domande di rivendica e di restituzione. – 5. La restituzione dei beni mobili *ex art. 87-bis l. fall.* – 6. Le interferenze con la disciplina dei rapporti giuridici preesistenti. – 7. Alcune osservazioni conclusive.

1. – Rappresenta una novità della riforma la regola, sancita dall'art. 52, comma 2 l. fall., secondo cui, salvo diverse disposizioni della legge, non solo ogni credito, ma anche ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo V (ovvero gli artt. 92 ss. l. fall.)<sup>1</sup>.

---

\* Lo scritto riproduce, con alcune integrazioni e l'aggiunta delle note, il testo della relazione alla XXIII Giornata di studio della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile tenutasi a Bologna il 16 dicembre 2011 ed è destinato ai relativi atti.

<sup>1</sup> Osserva MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, in *Fall.*, 2011, p. 1050, che, al principio di esclusività dell'accertamento consegue, fra l'altro, l'inammissibilità delle azioni costitutive o di mero accertamento promosse in via ordinaria, delle azioni di rivendicazione o di separazione promosse in via ordinaria o in sede arbitrale, dei ricorsi possessori, dei ricorsi *ex art. 700 c.p.c.* diretti ad ottenere i beni acquisiti alla procedura fallimentare; analogamente FERRARO, *sub art. 103*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2010, p. 1324; DIMUNDO e QUATRARO, *Accertamento del passivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, p. 1069; D'AQUINO, *sub art. 103*, in *La legge fallimentare*, Commentario teorico-pratico, diretto da Ferro, Padova, 2007, p. 742. Con specifico riguardo all'azione di reintegrazione nella detenzione qualificata di un'immobile, asseritamente occupato in virtù di un contratto di comodato, promossa dal preteso comodatario nei confronti della curatela, il Trib. Ancona, sez. dist. Jesi, 12 dicembre 2009, in *Fall.*, 2010, p. 717, con nota di MACAGNO, ha sancito l'inammissibilità della relativa domanda, sulla base di due argomentazioni: 1) in base alla riforma, anche le domande di rivendica e di restituzione degli immobili devono essere proposte davanti al giudice delegato nelle forme di cui all'art. 93 l. fall.; di conseguenza, poiché anche l'azione possessoria in esame – fondata sulla detenzione qualificata di un immobile in base ad un contratto di comodato – era finalizzata alla restituzione del bene, la relativa istanza di restituzione avrebbe dovuto essere proposta innanzi al giudice delegato con le modalità sopra indicate; 2) sempre in base alla riforma, dal giorno della dichiarazione di fallimento, nessuna azione esecutiva e cautelare può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento; pur rilevando che i procedimenti cautelari hanno finalità e caratteristiche diverse da quelli possessori, il Tribunale ha affermato che non può escludersi

Il riferimento ai diritti reali e a quelli personali si spiega in ragione del fatto che, al momento della dichiarazione di fallimento, nel possesso o nella detenzione del fallito possono esservi beni mobili o immobili di pertinenza di terzi; tale circostanza è presa in considerazione già dal precedente art. 16, comma 1° n. 5, l. fall., il quale, nel determinare i contenuti della sentenza dichiarativa di fallimento, stabilisce che il tribunale, nell'ambito di quest'ultima, assegna ai creditori e ai terzi che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine perentorio di trenta giorni prima dell'adunanza in cui si procederà all'esame dello stato passivo, per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione<sup>2</sup>.

In stretta correlazione, l'art. 93, comma 1° l. fall. stabilisce che la domanda di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o di 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; il successivo comma 3, n. 2, nell'elencare i contenuti del ricorso, menziona la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione<sup>3</sup>.

---

la natura cautelare della fase sommaria del procedimento possessorio ed ha pertanto ritenuto inammissibile la domanda in esame anche in base al divieto di azioni cautelari (intese in senso ampio), ora previsto dall'art. 51 l. fall. (per una critica alla prima delle due argomentazioni, cfr. MACAGNO, *Le azioni possessorie tra regole di competenza e principio di esclusività dell'accertamento nel nuovo rito fallimentare*, in *Fall.*, 2010, p. 721).

<sup>2</sup> L'art. 25, comma 1 n. 8 l. fall., fa rientrare espressamente fra i compiti propri del giudice delegato l'accertamento dei crediti e dei diritti reali e personali vantati dai terzi, a norma del capo V. Ai sensi dell'art. 89 l. fall., il curatore, in base alle scritture contabili del fallito e alle altre notizie che può raccogliere, deve compilare, oltre all'elenco dei creditori, anche l'elenco di tutti coloro che vantano diritti reali e personali, mobiliari e immobiliari, su cose in possesso o nella disponibilità del fallito, con l'indicazione dei relativi titoli; tali elenchi sono depositati in cancelleria. Ai sensi dell'art. 92, comma 1 l. fall., il curatore, esaminate le scritture dell'imprenditore nonché le altre fonti di informazione, comunica senza indugio ai creditori e ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito: 1) che possono partecipare al concorso depositando nella cancelleria del tribunale, domanda ai sensi del successivo art. 93 l. fall.; 2) la data fissata per l'esame dello stato passivo e quella entro cui vanno depositate le domande; 3) ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda.

<sup>3</sup> L'art. 93, comma 6° l. fall., stabilisce che al ricorso sono allegati i documenti dimostrativi del diritto del creditore, ovvero del diritto del terzo che chiede la restituzione ovvero rivendica il bene.

Per contro, nel sistema precedente, la legge fallimentare teneva distinte le domande di insinuazione dei crediti (art. 93 l. fall.) e quelle di rivendicazione e di restituzione di beni immobili. L'originario art. 103 l. fall. si limitava infatti a statuire che le disposizioni di cui agli artt. 93 ss. l. fall. trovassero applicazione solo limitatamente alle domande di rivendicazione, restituzione e separazione di cose mobili possedute dal fallito<sup>4</sup>; il previgente art. 24 l. fall. sanciva, correlativamente, la competenza del Tribunale che aveva dichiarato il fallimento a conoscere di tutte le azioni che ne derivassero, qualunque ne fosse il valore, eccettuate le azioni reali immobiliari, per le quali restavano ferme le norme ordinarie di competenza.

Per effetto delle combinate modifiche degli artt. 24, 52 e 103 l. fall. risulta quindi eliminata ogni distinzione fra domande di insinuazione di crediti e domande di rivendicazione o di restituzione di beni mobili e immobili determinati, onde ogni pretesa volta a recuperare i beni in natura, ivi compresi i beni immobili, deve essere azionata nelle forme di cui al già richiamato art. 93 l. fall., con la domanda di ammissione al passivo<sup>5</sup>. Ne consegue che lo stato passivo è oggi concepito come strumento unitario di accertamento delle pretese dei terzi (crediti oppure restituzione e rivendicazione, a seconda che queste abbiano ad oggetto somme o, rispettivamente, beni mobili o immobili) verso il patrimonio fallimentare<sup>6</sup>; detto accertamento ha carattere uniforme, sotto il profilo dei termini, del regime di presentazione delle domande, del procedimento decisorio e anche delle fasi di impugnazione<sup>7</sup>, ancorché

---

Ai sensi dell'art. 95 l. fall., il curatore esamina le domande di cui all'art. 93 l. fall. e predispone elenchi separati dei creditori e dei titolari di diritti sui beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito, rassegnando per ciascuno le sue motivate conclusioni.

<sup>4</sup> In passato si riteneva che nel novero dei beni mobili ivi menzionati potessero rientrare anche quelli immateriali (cfr. Cass., 6 marzo 1998, n. 249, in *Fall.*, 1999, p. 361, con riguardo al marchio commerciale); per la validità odierna di detta estensione v. FERRARO, *sub art. 103*, cit., p. 1320.

<sup>5</sup> MARELLI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, p. 770; NICOLINI, *Gli effetti del fallimento per il fallito e per i creditori*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti e Panzani, Milano, 2008, p. 226; MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1049.

<sup>6</sup> MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Comm. breve legge fall.*, Padova, 2009, p. 488.

<sup>7</sup> La parificazione del trattamento fra creditori e titolari di diritti sui beni mobili o immobili emerge infatti anche dalla disciplina delle impugnazioni aventi ad oggetto il decreto che rende esecutivo lo stato passivo, disciplinate dall'art. 98 l. fall. Più in particolare, ai sensi

siano differenziati i titolari delle due categorie di pretese con la previsione della compilazione di elenchi separati (cfr. art. 95, comma 1° l. fall.).

Può prescindere dalle dianzi indicate regole, con riguardo ai beni mobili, unicamente in presenza dei presupposti individuati dall'art. 87-*bis* l. fall., norma anch'essa di nuova introduzione, sulla quale ci si soffermerà nel prosieguo.

Avverso il sistema delineato dalla riforma non sono mancate critiche, appuntatesi essenzialmente sulla ricomprensione anche delle domande che hanno ad oggetto beni immobili, specie ove il terzo faccia valere un diritto reale immobiliare. Al punto che si è osservato come, con la soluzione adottata, sia caduto l'ultimo baluardo a difesa del diritto dominicale presente nella legge fallimentare, così decretandosi – alla stregua di una visione, per così dire, mercantilistica della ricchezza – il primato assoluto del credito sulla proprietà<sup>8</sup>.

---

dell'art. 98, comma 2°, legittimato passivo a proporre opposizione è non solo il creditore, ma anche il titolare di diritti su beni mobili o immobili la cui domanda sia stata accolta solo in parte o sia stata respinta; mentre, ai sensi del successivo comma 3, con l'impugnazione il curatore, il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili contestano che la domanda di un creditore o di un altro concorrente sia stata accolta; infine, ai sensi dell'ulteriore comma 4, con la revocazione il curatore, il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili, decorsi i termini per la proposizione dell'opposizione o dell'impugnazione, possono chiedere che il provvedimento di accoglimento o di rigetto venga revocato se si scopre che esso è stato determinato da falsità, dolo errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile.

<sup>8</sup> Al riguardo, si v. FERRARO, *sub* art. 103, cit., p. 1320, ad avviso del quale il sostanziale deterioramento delle tutele è evidente, dal momento che non si tratta di una modifica che incide solo sulla competenza, ma riguarda anche lo stesso giudizio di accertamento, caratterizzato da una cognizione sommaria, nonché dalla presenza di decadenze, preclusioni e di una disciplina penalizzante per i ritardatari; NARDONE, *sub* art. 93, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, cit., p. 1201, il quale, osservando che nel nostro sistema l'accertamento dei diritti immobiliari presuppone l'adozione di titoli che siano opponibili non solo nei rapporti fra le parti direttamente interessate, ma anche ai terzi tramite il sistema delle trascrizioni, rileva che la limitazione al solo ambito concorsuale degli effetti della domanda di rivendica – che deriva dall'art. 96, comma 6° l. fall., ove è sancita sancisce la c.d. efficacia endofallimentare del decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo – «pone problemi sistematici in una duplice direzione: nel rapporto fra l'avente diritto alla rivendica ed il fallito ed in quello con tutti i terzi, in relazione all'esigenza di certezza della titolarità dei diritti reali immobiliari»; MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1051, ove si afferma che la natura di accertamento *erga omnes* che caratterizza l'azione di rivendica – in ipotesi anche in presenza di diversi

Nel tentativo di individuare la *ratio* delle modifiche introdotte dalla riforma, si è osservato che «la concentrazione processuale risponde non ad esigenze di sistema, ma a più generali finalità di efficienza e di tutela dei creditori in senso lato»<sup>9</sup>.

Più in particolare, sotto il primo profilo, l'esigenza di riduzione dei tempi richiesti per la verifica endoconcorsuale dei crediti verso il fallito e delle pretese mobiliari e immobiliari è parsa in linea con il più ampio obiettivo della ragionevole durata della procedura fallimentare<sup>10</sup>; sotto il secondo profilo, con riferimento quindi alla tutela dei creditori, la contestualità fra la verifica dei crediti e l'accertamento dei diritti dei terzi sui beni in possesso del fallito appare giustificata dall'opportunità di aumentare le possibilità di controllo delle categorie antagoniste interessate (i creditori, che hanno interesse a conservare l'integrità del patrimonio del debitore oggetto della loro garanzia, ed i terzi, i quali pretendono di escludere dalla massa attiva beni che assumono di loro spettanza), che si traduce nella possibilità per i creditori di interloquire, nel contraddittorio incrociato che si attua all'udienza di verifica, in merito alle pretese dei terzi, dato il pregiudizio che essi possono risentire dall'esclusione dall'attivo fallimentare di uno o più beni<sup>11</sup>.

---

pretendenti sul medesimo bene – subisce il limite dell'efficacia endofallimentare del provvedimento di ammissione al passivo e, di conseguenza, del provvedimento con cui il giudice delegato accoglie la rivendica e non pregiudica il diritto del ricorrente (o dell'ex fallito ritornato *in bonis*) a far valere le proprie ragioni dopo la cessazione della procedura fallimentare; anche in pendenza della procedura, osserva ulteriormente l'A. da ultimo citato, – ponendosi sulle orme di D'AQUINO, *sub art. 103, cit.*, p. 741 – il terzo che vanti a sua volta diritti sul bene è legittimato a proporre impugnazione *ex art. 98, comma 3, l. fall.*, ovvero se decorsi i termini per l'impugnazione, a proporre domanda di revocazione *ex art. 98, comma 4° l. fall.* Altra dottrina, onde superare i problemi sollevati, ritiene che il disposto dell'art. 96, comma 6° l. fall. non sia applicabile alla domanda di accertamento di un diritto reale immobiliare, che, quindi, se pur trattata con rito speciale, dovrebbe condurre ad un provvedimento trascrivibile ed opponibile *erga omnes*: così VITALONE, CHIMENTI, RIEDI, *Il diritto processuale del fallimento*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2010, p. 226 ss., ai quali NARDONE, *sub art. 93, cit.*, p. 1202 replica che tale distinzione non pare trovare riferimenti testuali nella legge fallimentare.

<sup>9</sup> Così MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1050.

<sup>10</sup> MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, op. loc. ult. cit.

<sup>11</sup> CUOMO ULLOA, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2006, pp. 163-164; FERRARO, *sub art. 103, cit.*, p. 1320; MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1050.

2. – Nonostante l'introdotta uniformità del procedimento, la differente natura delle pretese fatte valere giustifica a tutt'oggi la presenza di talune peculiarità che continuano a caratterizzare le istanze di rivendicazione e di restituzione<sup>12</sup>.

Il riferimento è innanzitutto alla possibilità per il terzo di chiedere, unitamente alla domanda di restituzione o di rivendicazione, la sospensione della liquidazione dei beni oggetto della domanda (art. 93, comma 7°, l. fall.), così sollecitando il giudice delegato ad emettere un provvedimento di natura cautelare finalizzato a scongiurare il danno irreparabile della perdita della *res* nelle more dell'accertamento<sup>13</sup>. A questo riguardo è opportuno sottolineare che la previsione del rimedio della sospensione, in termini generali, della liquidazione si è resa necessaria a fronte dell'attuale scansione temporale della procedura fallimentare, in virtù della quale può accadere che la redazione del programma di liquidazione di cui all'art. 104-*ter* l. fall., e la conseguente attività liquidatoria, precedano la verifica del passivo; l'art. 104-*ter*, comma 6° l. fall. consente fra l'altro al curatore, anche prima

---

<sup>12</sup> CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, in AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, Padova, 2008, p. 562.

<sup>13</sup> Si controverte circa i presupposti di accoglimento, da alcuni individuati nella sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, mentre da altri si ritiene che occorra far riferimento all'art. 624, comma 2 c.p.c., ove assumono rilievo i gravi motivi. Nel silenzio della norma sul punto, si è ritenuto che la forma del relativo provvedimento emanato dal giudice delegato sia, secondo la generale previsione dell'art. 25, ult. comma, l. fall., quella del decreto motivato e che avverso detto decreto sia esperibile il reclamo *ex* art. 26 (per riferimenti cfr. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Comm. breve legge fall.*, cit., p. 500); a quest'ultimo riguardo osserva D'AQUINO, *sub* art. 103, cit., p. 748, che, posta la sussistenza del potere di chiedere l'emissione di misure cautelari in sede di opposizione allo stato passivo (art. 113, comma 1° n. 2 l. fall.), potrebbe anche ipotizzarsi che l'impugnazione del provvedimento di sospensione sia devoluta al giudice dell'opposizione con il ricorso *ex* art. 99 l. fall., ancorché tale soluzione non appaia la più veloce: per la riforma del provvedimento del giudice delegato si dovrebbe infatti attendere il completamento delle operazioni di chiusura dello stato passivo e la fissazione dell'udienza davanti al collegio; in tal caso, il terzo potrebbe contestare il provvedimento di rigetto della sospensione tramite l'opposizione allo stato passivo, mentre il curatore e gli altri creditori potrebbero contestare il provvedimento di accoglimento della sospensione tramite l'impugnazione.

In evidente correlazione con l'art. 93, comma 7°, l'art. 101, comma 3° l. fall. stabilisce, con riguardo alla domanda di rivendicazione o di restituzione avanzata tardivamente, che il titolare di diritti su beni mobili o immobili, se prova che il ritardo è dipeso da causa non imputabile, può chiedere che siano sospese le attività di liquidazione del bene sino all'accertamento del diritto.

dell'approvazione del programma, di procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori se già nominato, qualora dal ritardo possa derivare pregiudizio all'interesse dei creditori<sup>14</sup>.

L'ulteriore riferimento è all'art. 103 l. fall., ove si stabilisce che ai procedimenti che hanno ad oggetto domande di restituzione o di rivendicazione si applica il regime probatorio dell'art. 621 del c.p.c. Se il bene non è stato acquisito all'attivo fallimentare, il titolare del diritto, anche nel corso dell'udienza di cui all'art. 95 l. fall., può modificare l'originaria domanda e chiedere l'ammissione al passivo del controvalore del bene alla data di apertura del concorso. Se il curatore perde il possesso della cosa dopo averla acquisita, il titolare del diritto può chiedere che il controvalore del bene sia corrisposto in prededuzione (comma 1°). Sono salve le disposizioni dell'art. 1706 c.c. (comma 2°).

Raffrontando la vecchia formulazione con la nuova, si apprezza una modifica strutturale della norma in esame: l'originario art. 103 l. fall. costituiva infatti una disposizione di rinvio *per relationem* alle norme in materia di stato passivo (dall'art. 93 al 102, con esclusione dell'art. 92 l. fall.); oggi, per contro, unico essendo il procedimento per tutte le domande da proporre in sede di formazione dello stato passivo, la disciplina della domanda di rivendicazione e di restituzione è quella contemplata dalle norme di cui agli artt. 92-101 l. fall., mentre l'art. 103 l. fall. finisce per assumere il ruolo di norma integratrice<sup>15</sup>.

3. – Si è detto che il procedimento disciplinato dal capo V della legge fallimentare si applica non solo alle domande intese a fare accertare un diritto di credito verso il fallito, ma, in linea di principio – a meno che non sussistano i presupposti di cui al già richiamato art. 87-*bis* l. fall. – anche a quelle che mirano a sottrarre alla massa attiva beni mobili o immobili di cui terzi assumano di essere proprietari ovvero in relazione ai quali vantino un diritto alla restituzione<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Nel regime precedente, per contro, ai sensi di quanto stabilito dall'originario art. 103, comma 3 l. fall., il giudice delegato aveva la possibilità di disporre la sospensione della vendita delle cose rivendicate, chieste in restituzione o separate, solo nell'ipotesi di domande presentate tardivamente ai sensi dell'art. 101 l. fall.

<sup>15</sup> Sul punto cfr. D'AQUINO, *sub* art. 103, cit., p. 740; MONTANARI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, in Comm. diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, I, cit., *sub* art. 103, p. 1567.

<sup>16</sup> Cfr. CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 561.

La domanda di rivendicazione – che può essere proposta anche da chi intenda far valere un diritto reale diverso dalla proprietà (come ad esempio l'usufrutto) su un bene appreso all'attivo fallimentare<sup>17</sup> – ha per fondamento il diritto attuale di proprietà del terzo e persegue la finalità di recupero del possesso del bene. Nella prospettiva concorsuale è stata ravvisata l'affinità di tale domanda con l'azione proposta dal terzo in opposizione all'esecuzione *ex art. 619 c.p.c.*, sotto il profilo della natura di accertamento negativo del diritto sul bene affermato dal debitore ovvero dal fallito (e quindi dalla massa)<sup>18</sup>. Presupposto della domanda di rivendicazione è che il bene sia posseduto dal fallito alla data di dichiarazione del fallimento; in mancanza di tale possesso, l'istante avrà invece diritto all'equivalente in denaro, che dovrà insinuare al passivo del fallimento<sup>19</sup>.

La domanda di restituzione prescinde, invece, dalla esistenza di un diritto reale in capo al ricorrente<sup>20</sup>. Essa si fonda sulla sussistenza di un diritto alla restituzione scaturente dall'avvenuta stipulazione di un contratto (es. comodato, affitto, locazione) in concorso con l'inefficacia originaria o sopravvenuta del titolo in forza del quale il fallito aveva ottenuto la disponibilità del bene (nullità, annullamento, simulazione, rescissione, risoluzione, scadenza del termine di efficacia del contratto)<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> FERRARO, *sub art. 103*, cit., p. 1322; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Milano, 2009, p. 908; NARDO, *Domanda di rivendica, restituzione, separazione*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di Ferro, Padova, 2010, p. 476.

<sup>18</sup> MACAGNO, *Le azioni possessorie tra regole di competenza e principio di esclusività dell'accertamento nel nuovo rito fallimentare*, cit., p. 720.

<sup>19</sup> DIMUNDO e QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., p. 1071; MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1051.

<sup>20</sup> Cfr. MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1052, il quale osserva che «la domanda di restituzione prescinde dall'affermazione del diritto di proprietà o di altro diritto reale, ma non ne esclude l'esistenza»: la scelta in questo senso potrà quindi essere influenzata dalla minor gravosità dell'onere probatorio; DIMUNDO E QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., pp. 1069 e 1071; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 909; NARDO, *Domanda di rivendica, restituzione, separazione*, cit., p. 477.

<sup>21</sup> MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1052; D'AQUINO, *sub art. 103*, cit., p. 741; in giurisprudenza, si v., fra le altre, Cass., 19 luglio 2000, n. 9460, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 902; App. Firenze, 2 novembre 2005, n. 1524, ined., secondo cui, al fine di ottenere la restituzione di un bene (nella specie impianto di allarme) *ex art. 103 l. fall.*, che si assuma essere nella disponibilità del fallito sulla base di un rapporto contrattuale cessato

Le fattispecie alle quali si fa comunemente riferimento contemplano gli obblighi di restituzione in favore del depositante, del comodante, del locatore, del concedente dei beni in *leasing*, il credito di consegna dell'acquirente del bene ed i crediti di restituzione derivanti dal vittorioso esperimento dell'impugnazione dei negozi aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà di beni determinati<sup>22</sup>.

Sia la domanda di rivendicazione che quella di restituzione presuppongono che il bene sia stato fisicamente reperito dal curatore ed inventariato all'attivo<sup>23</sup>; ove si tratti di bene mobile, è altresì necessario che si tratti di un bene infungibile, tale da poter essere individuato o individuabile nell'ambito della massa attiva i beni<sup>24</sup>; oppure che, trattandosi di bene fungibile confuso con altri della stessa specie appartenenti al fallito o a terzi, esso sia stato individuato e separato prima della dichiarazione di fallimento<sup>25</sup>.

---

(nella specie, contratto di locazione risolto per inadempimento del locatario poi dichiarato fallito), è sufficiente provare il venir meno di detto rapporto, non essendo necessario dimostrare di essere proprietario del bene richiesto; Trib. Vicenza, 8 gennaio 1994, in *Fall.*, 1994, p. 1180, con nota di TRENTINI, ove si legge: «L'esercizio dell'azione di restituzione si basa (...) su una pretesa restitutoria di natura contrattuale che discende o dalla naturale scadenza del contratto o dalla risoluzione, rescissione o annullamento del contratto o dall'anticipato scioglimento dello stesso a seguito del fallimento».

<sup>22</sup> TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 910; NARDO, *Domanda di rivendica, restituzione, separazione*, cit., p. 477; MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1052.

<sup>23</sup> CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 562; DIMUNDO e QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., p. 1069; FERRARO, *sub art. 103*, cit., p. 1322, testo e nt. 10, il quale afferma che, ove il fallito abbia perso il possesso del bene, il curatore è comunque tenuto, ove possibile, ad attivarsi per recuperarlo e ciò coerentemente con la funzione del fallimento «quale strumento di attuazione di tutte le pretese creditorie e reali»; nel medesimo senso anche GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, p. 231.

<sup>24</sup> Non può quindi formare oggetto di domanda di rivendica o di restituzione il denaro, bene fungibile per eccellenza (DIMUNDO e QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., p. 1070; D'AQUINO, *sub art. 103*, cit., p. 741), in relazione al quale non si configura un diritto alla restituzione, ma un diritto di credito azionabile con la domanda di ammissione al passivo. In giurisprudenza, cfr. Cass., 18 ottobre 2001, n. 12178, in *Fall.*, 2002, p. 890; Cass., 16 maggio 1990, n. 4262, in *Fall.*, 1990, p. 1193, ove si legge che «il bene (...) non solo deve esistere nella sua materialità, ma deve essere anche ben determinato ed individuato, posto che in assenza di tali requisiti, vengono meno sia la possibilità di affermare il diritto di proprietà da parte del rivendicante con riguardo ad una cosa dotata di caratteri idonei a distinguerla in concreto, sia la specificazione dell'oggetto della domanda di recupero».

<sup>25</sup> Così CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 562; FERRARO, *sub art. 103*, cit., pp. 1320-1321; PELLEGRINO, *L'insinuazione al passivo. La domanda di ammissione al passivo*,

4. – Stabilisce l'art. 103, comma 1 l. fall., nella sua attuale formulazione innovata dalla riforma, che ai procedimenti che hanno ad oggetto domande di restituzione o di rivendicazione, si applica il regime probatorio previsto nell'art. 621 c.p.c. Quest'ultima disposizione, dettata con riguardo all'opposizione di terzo, prevede che questi non possa provare con testimoni (e quindi neppure mediante presunzioni, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 2729, comma 2 c.c.) il suo diritto sui beni mobili pignorati nella casa o nell'azienda del debitore, tranne che l'esistenza del diritto stesso sia resa verosimile dalla professione o dal commercio esercitati dal terzo o dal debitore<sup>26</sup>.

---

in *Tratt. dir. proc. concor.*, diretto da Apice, vol. II, Torino, 2010, p. 125; con riguardo al periodo antecedente alla riforma della legge fallimentare, in giurisprudenza, cfr., fra le altre, Cass., 16 maggio 2005, n. 10206, in *Impresa*, 2005, p. 1418; Cass., 18 ottobre 2001, n. 12178, in *Fall.*, 2002, p. 890; Cass., 16 maggio 1990, n. 4262, in *Fall.*, 1990, p. 1193; Cass. 20 febbraio 1984, n. 1200, in *Fall.*, 1984, p. 1163.

Un'ipotesi particolare è quella rappresentata dalle società operanti nel settore dei servizi di investimento, le quali stipulano con i propri clienti contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari, ovvero beni individuati solo nel genere; la disciplina di tali enti, soggetti normalmente a liquidazione coatta amministrativa, si ritrova nel d.lgs. n. 58/1998 (c.d. Tuf), che sancisce il principio della c.d. doppia separazione patrimoniale (art. 22), la quale comporta, in primo luogo, che il patrimonio dell'intermediario resti separato da quello che esso gestisce per conto e nell'interesse dei clienti, con la conseguenza che quest'ultimo non può essere aggredito dai creditori dell'intermediario; in secondo luogo, che il patrimonio gestito per conto di ciascun cliente resti separato da quello gestito per conto degli altri clienti, con l'ulteriore conseguenza che le azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse nei limiti del patrimonio di proprietà di questi ultimi. In argomento, si v. TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., pp. 913-914.

Resta tuttora controverso se, in presenza di rapporti fiduciari, la fiducia sia opponibile al fallimento del fiduciario. Una prima tesi si esprime a favore della possibilità di separare il patrimonio fiduciario e quindi della eseguibilità in forma specifica, nel fallimento, dell'obbligazione di restituzione del fiduciario sempre che, per i beni mobili, il titolo risulti da atto scritto di data certa anteriore al fallimento, e per i beni immobili sia stato trascritto prima del fallimento l'atto o la domanda giudiziale di ritrasferimento. Secondo un'altra tesi, invece, la possibilità di separazione dovrebbe essere limitata ai soli casi in cui il rapporto fiduciario possa essere ricondotto nell'ambito del mandato. Secondo una posizione ulteriore, molto rigorosa, la fiducia sarebbe in ogni caso inopponibile al fallimento: per maggiori ragguagli su queste diverse impostazioni, cfr. FERRARO, *sub art. 103*, cit., pp. 1332-1333; il punto è approfondito anche da MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1059.

<sup>26</sup> Questo particolare rigore probatorio si giustifica con l'esigenza di evitare possibili collusioni fra terzo e debitore ai danni dei creditori.

La riforma ha in tal modo recepito la consolidata elaborazione interpretativa, formatasi nel vigore della previgente disciplina, sul presupposto della ritenuta identità di natura e di funzioni fra opposizione di terzo, disciplinata dagli artt. 619 e ss. c.p.c. con riguardo all'esecuzione individuale, e le domande di rivendicazione e di restituzione (e separazione) di cose mobili nel fallimento<sup>27</sup>.

A fronte del divieto sancito dall'art. 621 c.p.c. di avvalersi in linea di principio delle testimonianze (e delle presunzioni), il ricorrente, di norma, avrà l'onere di fornire la prova del proprio diritto sui beni mobili mediante atto scritto che, per essere opponibile alla curatela, dovrà avere data certa anteriore al fallimento ai sensi dell'art. 2704 c.c.<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 228; FERRARO, *sub art. 103*, cit., p. 1327; MONTANARI, *sub art. 103*, cit., p. 1568; MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1056, il quale rileva che «è ampiamente condivisa l'affermazione secondo cui la domanda di rivendica rappresenta la traduzione in ambito fallimentare dell'opposizione di terzo, equiparandosi la dichiarazione di fallimento ad un pignoramento generale dei beni del debitore, al quale conseguirebbe la presunzione di appartenenza al fallito dei beni mobili acquisiti ed inventariati dal curatore»: di qui l'estensione, dapprima per via giurisprudenziale, ed ora anche normativa della disciplina di cui all'art. 621 c.p.c. Nella giurisprudenza ante riforma cfr. Cass., 10 dicembre 1984, n. 6482, in *Fall.*, 1985, p. 414; Cass., 14 gennaio 1999, n. 352, in *Fall.*, 1999, 1315; Cass., 19 marzo 2003, in *Fall.*, 2004, p. 43; tra le più recenti Cass., 20 luglio 2007, n. 16158, in *Fall.*, 2007, p. 1482, ove si osserva: «Questa Corte ha affermato che, poiché la dichiarazione di fallimento attua un pignoramento generale dei beni del fallito, le rivendiche dei beni inventariati proposte nei confronti del fallimento hanno la stessa natura e soggiacciono alla stessa disciplina delle opposizioni di terzo all'esecuzione, regolate per l'esecuzione individuale dall'art. 619 c.p.c. e ss. Di conseguenza il terzo, il quale rivendichi la proprietà o altro diritto reale sui beni compresi nell'attivo fallimentare, deve dimostrare, con atto di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, di avere acquistato in passato la proprietà del bene ed altresì che il bene stesso non era di proprietà del debitore per essere stato a lui affidato per un titolo diverso dalla proprietà o altro diritto reale, trovando applicazione l'art. 621 c.p.c. che esclude che il terzo opponente possa provare con testimoni il proprio diritto sui beni pignorati nell'azienda o nella casa del debitore, consentendo di fornire la prova tramite testimoni nel solo caso in cui l'esercizio del diritto stesso sia reso verosimile dalla professione o dal commercio esercitati dal terzo o dal debitore (Cass. 9.7.2004, n. 12684; Cass. 10.12.1984, n. 6482). Il limite alla prova testimoniale si estende anche alla prova per presunzioni, giusta il disposto dell'art. 2729 c.c. comma 2».

<sup>28</sup> FERRARO, *sub art. 103*, cit., 1329; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., 919. Sul punto, in giurisprudenza, si v., recentemente, App. Venezia, 1° aprile 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), ove si legge che «il Tribunale ha correttamente ricondotto la certezza della data del contratto di leasing, e dunque la sua opponibilità al curatore, alle risultanze del libro dei “beni in locazione”, regolarmente tenuto e vidimato anteriormente al fallimento e dunque ad “un fatto che stabilisce in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento” ai

Ove si tratti di domande aventi ad oggetto beni immobili, il diritto fatto valere dal ricorrente dovrà parimenti risultare da scrittura di data certa anteriore al fallimento, ma non in applicazione dell'art. 621 c.p.c., pur genericamente richiamato dall'art. 103, comma 1, l. fall., bensì delle prescrizioni sancite in materia di prova degli atti per i quali è richiesta la forma scritta (art. 2725 c.c., che esige la prova scritta ed ammette la prova per testimoni solo nel caso indicato dall'art. 2724, n. 3, ovvero quando il contraente abbia senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova scritta)<sup>29</sup>.

Nel vigore del regime previgente, la prassi giurisprudenziale aveva reputato ammissibile la proposizione, unitamente alla domanda di rivendicazione o di restituzione, anche della domanda, formulata in via

---

sensi dell'ultima parte, del primo comma, dell'art. 2704 c.c.»; da tale premessa la Corte d'appello ne ha tratto la conseguenza «che, oltre all'affidamento dei beni oggetto del contratto di leasing alla locataria per un titolo diverso dalla proprietà, deve ritenersi debitamente provata anche la proprietà dei beni concessi in locazione finanziaria in capo alla concedente. (...) In definitiva, se è provato il rapporto di leasing per essere il negozio opponibile alla curatela, è provato anche che i beni oggetto di quel rapporto fossero di proprietà della concedente» (al riguardo si v. le osservazioni di MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1057); Trib. Venezia, 16 febbraio 2009, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), ove si legge che «è colui che intende sottrarre i beni appresi al fallimento che deve dar prova del suo diritto ad ottenere la restituzione dei beni, in contrasto con la situazione possessoria, fermo restando che i beni rinvenuti nella sede dell'impresa si presumono appartenenti al debitore. Difatti è colui che agisce in restituzione che deve provare di avere trasmesso la disponibilità del bene al fallito, in forza di atto di data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. anteriore al fallimento per un titolo non implicante il trasferimento della proprietà».

<sup>29</sup> DIMUNDO e QUATRARO, *Accertamento del passivo*, cit., p. 1076; D'AQUINO, *sub art. 103*, cit., p. 749; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 230; MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Comm. breve legge fall.*, cit., p. 598, ove si legge che il regime probatorio previsto dall'art. 621 c.p.c., pur se richiamato dall'art. 103 l. fall., «non può riguardare la rivendicazione di beni immobili, che sono assoggettati alla esecuzione sulla base delle risultanze dei registri immobiliari, assumendo invece rilievo decisivo per questi beni la trascrizione della pretesa del terzo, anteriormente al fallimento, in detti registri»; muovendo da tale prospettiva, pertanto, la pretesa dell'accertamento del diritto di proprietà sulla base di un atto negoziale dovrà risultare da scrittura di data certa anteriore al fallimento – ma in applicazione non dell'art. 621 c.p.c., ma della prescrizione di forma degli atti relativi ai diritti reali immobiliari – ed altresì da domanda giudiziale trascritta anteriormente al fallimento; MACAGNO, *Le azioni possessorie tra regole di competenza e principio di esclusività dell'accertamento nel nuovo rito fallimentare*, cit., p. 720, ricorda quanto contenuto nella Relazione al d. lgs. 5/2006, secondo cui il regime probatorio di cui all'art. 621 c.p.c. sarebbe applicabile anche in caso di rivendiche di immobili ed osserva, in senso critico, che l'articolo citato si riferisce unicamente ai beni mobili e non si vede come tale espressa limitazione possa essere superata dal richiamo effettuato nella norma fallimentare.

subordinata, di ammissione al passivo per il *tantundem* in denaro<sup>30</sup>; così come si riteneva possibile che l'istante, all'udienza di verifica, potesse abbandonare la domanda formulata ai sensi dell'art. 103 l. fall. per avanzare quella di insinuazione al passivo del controvalore per lo stesso titolo, qualora risultasse la vendita della cosa da parte del fallito prima della dichiarazione di fallimento e l'impossibilità di recuperarla<sup>31</sup>.

L'art. 103, comma 1°, secondo periodo, l. fall., nel recepire questi orientamenti, prevede che, qualora il bene formante oggetto della domanda non sia stato acquisito all'attivo della procedura (in quanto, evidentemente, il fallito ne abbia perduto la disponibilità in un momento anteriore alla dichiarazione di fallimento)<sup>32</sup>, il titolare del diritto può, anche nel corso dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, modificare l'originaria domanda (di rivendicazione o, per quanto in questa sede interessa, di restituzione) e chiedere l'ammissione al passivo del controvalore del bene alla data di apertura del concorso. In questo caso, pertanto, la pretesa del terzo si trasforma da reale o restitutoria in creditoria, e l'istante ha diritto al controvalore del bene alla data di dichiarazione del fallimento<sup>33</sup>.

Per contro, nella diversa ipotesi in cui il curatore abbia perduto la disponibilità della cosa dopo averla acquisita (ossia dopo la redazione dell'inventario), in base all'ultimo periodo dell'art. 103, comma 1° l. fall., il titolare del diritto può chiedere che il controvalore del bene gli venga corrisposto in prededuzione. Ai sensi della richiamata disposizione, il titolare del diritto può quindi chiedere il controvalore pecuniario del bene anche quando il curatore abbia perduto il bene dopo la sua acquisizione; la fondamentale differenza rispetto alla previsione di cui alla seconda parte del comma 1°, risiede nel fatto che la consequenziale pretesa al controvalore deve trovare soddisfazione in

---

<sup>30</sup> Per ampi riferimenti sul punto, si v. MAFFEI ALBERTI, *Comm. breve legge fall.*, cit., pp. 599-560; nonché FERRARO, *sub art. 103*, cit., p. 1330.

<sup>31</sup> Per i necessari riferimenti, si v. ancora FERRARO, *sub art. 103*, cit., p. 1330.

<sup>32</sup> CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 563.

<sup>33</sup> Ancorché l'art. 103, comma 1° l. fall., si riferisca espressamente solo alla trasformazione della domanda reale o restitutoria in creditoria, si afferma peraltro la possibilità di far luogo anche ad una *mutatio libelli* di segno opposto: così MONTANARI, *sub art. 103*, cit., p. 1572; CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 563; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 918; PELLEGRINO, *L'insinuazione al passivo. La domanda di ammissione al passivo*, cit., p. 125.

prededuzione, dal momento che il relativo credito trova la sua fonte in un fatto posteriore alla dichiarazione di fallimento e nell'ambito dell'attività d'amministrazione e custodia del patrimonio fallimentare<sup>34</sup>.

È stato osservato che la disciplina in discorso sia suscettibile di trovare applicazione con esclusivo riguardo alla perdita del possesso di beni mobili, mentre i diritti reali su beni immobili, se opponibili al fallimento, non si trasformano in crediti al controvalore, ma restano integri, con la conseguenza che il terzo può far valere la propria pretesa in termini rivendicazione anche quando l'immobile non sia più nella disponibilità del curatore o sia stato da questi alienato<sup>35</sup>.

Alla luce di tutte le previsioni sopra richiamate racchiuse nell'art. 103, comma 1° l. fall., è agevole prevedere, in considerazione delle rigorose decadenze e preclusioni introdotte dalla riforma fallimentare per chi voglia far valere le proprie ragioni in sede concorsuale, la diffusione della pratica di proporre contestualmente, in via principale, la domanda di rivendicazione o di restituzione e, in via subordinata, la domanda di ammissione al passivo del credito relativo al controvalore<sup>36</sup>.

Infine, deve accennarsi alla regola, contemplata dall'art. 103, comma 2°, l. fall., giusta la quale sono salve le disposizioni dettate

---

<sup>34</sup> Per un'applicazione della norma, si v. Trib. Venezia, 16 febbraio 2009, cit., che, a fronte dell'intervenuta cessione dei beni da parte del curatore nel corso delle operazioni di liquidazione, ha affermato il diritto al controvalore degli stessi, oltre agli interessi al tasso legale dalla data della domanda al saldo, in prededuzione, a favore della società di *leasing*.

<sup>35</sup> GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 232; CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 564; PELLEGRINO, *L'insinuazione al passivo. La domanda di ammissione al passivo*, cit. p. 126.

<sup>36</sup> L'osservazione è di FERRARO, *sub art. 103*, cit., p. 1331; a favore della possibilità di cumulare sin dall'origine e nella medesima istanza la domanda di rivendicazione/restituzione e quella di ammissione al passivo del credito al controvalore, proponendo la prima in via principale e la seconda in via subordinata, si esprimono anche D'AQUINO, *sub art. 103*, cit., p. 751; NARDO, *Domanda di rivendica, restituzione, separazione*, cit., p. 479. In piena consonanza con detta previsione, cfr., ancora, Trib. Venezia, 16 febbraio 2009, cit., dalla quale si evince che la società di *leasing* aveva formulato una domanda di restituzione dei beni mobili formati oggetto del contratto di *leasing*, chiedendo in via subordinata e/o alternativa di essere ammessa al passivo per l'importo pari al controvalore dei beni medesimi, per il caso di mancata acquisizione dei predetti beni all'attivo della procedura fallimentare, e altresì formulando, in via ulteriormente subordinata e/o alternativa, una domanda di corresponsione in prededuzione del controvalore, per l'ipotesi di perdita del possesso dei detti beni per fatto ascrivibile al creditore. A fronte dell'intervenuta cessione dei beni da parte del curatore in sede di liquidazione dell'attivo, il Tribunale ha finito per accogliere quest'ultima istanza.

dall'art. 1706 c.c., in materia di acquisti del mandatario senza rappresentanza. L'espressa salvezza di tale disposizione comporta per il mandante la possibilità di rivendicare dal fallimento del mandatario le cose mobili acquistate per suo conto solo nell'ipotesi in cui il contratto di mandato risulti da atto di data certa anteriore alla sentenza dichiarativa. Nel caso di beni mobili registrati o immobili occorre, invece, che prima del fallimento sia stata trascritta la domanda giudiziale volta ad ottenere il ritrasferimento del bene *ex art. 2932 c.c.*<sup>37</sup>.

5. – L'art. 87-*bis* l. fall., introdotto con la riforma, pone una deroga alle regole generali dell'inventariazione di tutti i beni riconducibili al fallito nonché di quelle che disciplinano il concorso formale, individuando una procedura più snella di restituzione con esclusivo riguardo ai beni mobili sui quali i terzi vantano diritti reali o personali chiaramente riconoscibili.

In tal caso i beni possono essere restituiti con decreto del giudice delegato, su istanza della parte interessata e con il consenso del curatore e del comitato dei creditori, anche provvisoriamente nominato, in «deroga a quanto previsto dagli artt. 52 e 103» (così l'*incipit* dell'art. 87-*bis*, comma 1° l. fall.), oltre che in deroga all'art. 93 l. fall. Tali beni possono anche non essere inclusi nell'inventario (art. 87-*bis*, comma 2° l. fall.).

La *ratio* di tale deroga è individuata, nella Relazione accompagnatoria del d. lgs. 5/2006, nella necessità di «assecondare esigenze di certezza dei traffici commerciali e di semplificazione», per cui i beni «che si trovano nella disponibilità del curatore possono non essere inventariati laddove sia immediatamente e chiaramente riconoscibile, quindi non contestato, il diritto reale o personale del terzo, evitando così di dover presentare la domanda di rivendica o di restituzione». La nuova norma codifica istanze e soluzioni già elaborate in sede dottrinale e nella prassi applicativa di taluni uffici sotto il

---

<sup>37</sup> CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 564; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 232; PELLEGRINO, *L'insinuazione al passivo. La domanda di ammissione al passivo*, cit., p. 126; MONTANARI, *Revisione di insufficiente realizzo dell'attivo fallimentare e domande di restituzione e rivendica di cui, rispettivamente, agli artt. 102 e 103 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare, novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Comm. sist. diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, 2010, p. 445.

previgente sistema, volte a sottrarre all'inventariazione e all'attivo fallimentare i beni che *ictu oculi* risultavano non appartenere al fallito<sup>38</sup>.

Poiché l'inventario è atto del curatore, questi avrà quindi la possibilità di valutare, in via preliminare, la chiara ed immediata riconoscibilità del diritto del terzo, al fine di decidere se ricomprenderlo o meno nell'inventario<sup>39</sup>; detta facoltà è stata peraltro qualificata come «meramente strumentale all'inventariazione», dal momento che la restituzione del bene, secondo quanto normativamente stabilito, potrà conseguire solo in seguito alla presentazione di un'apposita istanza da parte dell'interessato e al successivo accoglimento della stessa da parte del giudice delegato: con la conseguenza dunque che, fino a quando tale decisione non intervenga, il bene, ancorché non inventariato, resterà comunque soggetto alla custodia del curatore<sup>40</sup>.

A seguito della presentazione dell'istanza da parte dell'interessato – che si ritiene possa agire per la restituzione senza l'ausilio di un legale e senza osservare particolari formalità, formulando la relativa richiesta anche oralmente al curatore, il quale dovrà inserirla nel verbale di inventario<sup>41</sup> – spetterà in ogni caso al curatore il compito di verificare, caso per caso, l'immediata e chiara riconoscibilità del diritto da parte del terzo. La restituzione postula il consenso del curatore nonché quello del comitato dei creditori, anche provvisoriamente nominato<sup>42</sup>; consenso

---

<sup>38</sup> Per un approfondimento su dette soluzioni e prassi, cfr. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Comm. breve legge fall.*, cit., 476.

<sup>39</sup> ROVERONI, *sub art. 87-bis*, in *La legge fallimentare*, Commentario teorico-pratico, a cura di Ferro, cit., p. 994; BERTACCHINI, *La custodia e l'amministrazione delle attività fallimentari*, in Bertacchini, Gualandi, Pacchi, Pacchi, Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, p. 146.

<sup>40</sup> ROVERONI, *sub art. 87-bis*, cit., p. 994.

<sup>41</sup> FONTANA, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, I, cit., *sub art. 87-bis*, p. 1373; MARROLLO, *Apposizione dei sigilli ed inventario*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, cit., p. 848; MACAGNO, *La domanda di rivendicazione/restituzione*, cit., p. 1060.

<sup>42</sup> Con riguardo a quest'ultimo riferimento la norma in esame evidenzia un difetto di coordinamento con l'art. 40 l. fall., che, diversamente da quanto previsto del sistema normativo precedente, non contempla più la nomina provvisoria del comitato dei creditori: se ne è desunto, in sede interpretativa, che in presenza di domande di restituzione avanzate in via anticipata *ex art. 87-bis* quando il comitato dei creditori non sia ancora stato nominato, sia possibile, per il giudice delegato, procedere alla nomina di un comitato provvisorio *ad hoc* ai sensi dell'art. 87-bis, individuando i nominativi dei componenti con l'ausilio del curatore sulla base delle risultanze delle scritture contabili (FONTANA, *sub art. 87-bis*, cit., p.

che, nondimeno, pur essendo necessario, non è vincolante per il giudice delegato<sup>43</sup>.

Il profilo certamente più dilemmatico concerne l'esatta identificazione dei presupposti idonei ad integrare gli estremi della chiara riconoscibilità del diritto vantato. La norma, sotto questo aspetto, appare formulata in termini decisamente elastici, rimettendo quindi ogni valutazione in ordine alla sussistenza della fattispecie dapprima del curatore e, poi, del giudice delegato.

Al riguardo, si tratta in ultima analisi di stabilire il senso da attribuire alla deroga sancita nell'*incipit* della medesima («In deroga a quanto previsto dagli articoli 52 e 103») all'art. 103 l. fall.: se, come taluno sostiene, essa debba essere estesa anche al regime probatorio ivi previsto, con la conseguenza che la prova può essere fornita anche mediante presunzioni semplici o documenti privi di data certa, se non addirittura acquisita tramite notizie informalmente assunte dal curatore<sup>44</sup>; ovvero se, come ritiene l'opinione prevalente, detta deroga vada intesa unicamente con riferimento al procedimento da seguire, mentre sotto il profilo probatorio nulla cambierebbe, essendo l'istante soggetto alle medesime preclusioni che vigono in caso di domanda ordinaria proposta ai sensi dell'art. 103 l. fall.<sup>45</sup>.

---

1375); D'AQUINO, *sub* art. 103, cit., p. 753, parla di probabile refuso, ritenendo peraltro che la norma possa voler intendere che la presentazione di un'istanza *ex* art. 87-*bis* l. fall. obblighi il curatore a chiedere la nomina del comitato dei creditori prima dei trenta giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento.

<sup>43</sup> Così ABETE, *sub* art. 87-*bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, II, cit., p. 1173.

<sup>44</sup> Nel senso che, per il richiedente, non sia necessario invocare un documento di data certa anteriore al fallimento, ma sia possibile avvalersi di uno strumentario probatorio di ampio spettro, segnatamente di un qualsivoglia mezzo di prova i cui esiti si prestino ad essere velocemente letti ed appaiano al tempo stesso tendenzialmente incontrovertibili si esprime ABETE, *sub* art. 87-*bis*, cit., p. 1173.

<sup>45</sup> ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, pp. 196-197; PROTO, *sub* art. 87-*bis*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, pp. 817-818, il quale non vede a quale titolo un terzo, in un momento anteriore alla verifica dei crediti, potrebbe ottenere ciò che neppure potrebbe ottenere all'esito della verifica medesima, al punto che – logicamente – la prova finalizzata ad ottenere una restituzione che non passi attraverso il procedimento di verifica dovrebbe invero essere ancor più rigorosa di quella richiesta all'esito della verifica; VACCARELLI e MASSIMI, *sub* art. 87-*bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Artt. 64-123, Milano, 2010, pp. 644-645, ad avviso dei quali l'adesione alla tesi che conclude per

Ciò posto, occorre peraltro osservare, che anche a voler seguire l'orientamento più rigoroso – pur con tutti i dubbi che scaturiscono dalla portata dell'*incipit*, a prima vista avente portata generale, dianzi menzionato – la prova per testimoni (e per presunzioni), stando al disposto dell'art. 621 c.p.c., espressamente richiamato dall'art. 103 l. fall., risulta comunque ammissibile ogni volta in cui il diritto del terzo appaia verosimile in ragione della professione o del commercio del terzo o del debitore; di modo che, in un certo numero di casi la chiara riconoscibilità potrebbe essere riscontrata anche in mancanza di un atto avente data certa anteriore al fallimento<sup>46</sup>: si pensi, ad esempio, agli abiti dei clienti nell'ipotesi di fallimento di una tintoria ovvero ai veicoli appartenenti a terzi affidati in riparazione all'officina fallita e che si trovino nell'autorimessa di quest'ultima<sup>47 48</sup>.

Il decreto motivato del giudice delegato è suscettibile di reclamo ai sensi dell'art. 26 l. fall.<sup>49</sup>, anche se non manca chi ne postula l'ammissibilità unicamente in caso di accoglimento, sostenendo che

---

un'agevolazione dell'onere probatorio comporterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento fra chi agisca per il recupero «in via anticipata» del bene e chi, al contrario, segua la via «ordinaria» della verifica del credito. Nel senso che non possa prescindersi dalla titolarità del bene risultante da atto di data certa, si esprime anche D'AQUINO, *sub* art. 103, cit., p. 753.

<sup>46</sup> FONTANA, *sub* art. 87-bis, cit., p. 1374.

<sup>47</sup> ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., pp. 196-197; ROVERONI, *sub* art. 87-bis, cit., pp. 992-993.

<sup>48</sup> Si è inoltre affermato, sempre da parte di chi aderisce all'orientamento più rigoroso, che fra i diritti chiaramente riconoscibili possano essere annoverati anche quelli scaturenti da situazioni particolari, nelle quali il titolare del diritto non possa provare l'avvenuto affidamento del bene al debitore poi fallito, di cui ha perso il possesso per smarrimento (si pensi, ad esempio, a chi abbia dimenticato la propria borsa nei locali dell'impresa mentre ordinava il mobilio di casa) o per effetto di furto: cfr. PROTO, *sub* art. 87-bis, cit., p. 838; ROVERONI, *sub* art. 87-bis, cit., p. 993, i quali sottolineano che nei detti casi il curatore che trattenesse il bene nella sicura consapevolezza dell'altruità della cosa, potrebbe addirittura commettere reato di appropriazione indebita di cose smarrite (art. 647 c.p.) ovvero di ricettazione (art. 648 c.p.).

<sup>49</sup> VACCARELLI e MASSIMI, *sub* art. 87-bis, cit., 646; PROTO, *sub* art. 87-bis, cit., pp. 838-839; MARROLLO, *Apposizione dei sigilli ed inventario*, cit., p. 884; ROVERONI, *sub* art. 87-bis, cit., p. 993; NONNO, *sub* art. 103, in *La legge fallimentare*, Commentario teorico-pratico, a cura di Ferro, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2011, pp. 1152-1153.

avverso il provvedimento di rigetto non sarebbe esperibile alcun rimedio<sup>50</sup>.

6. – La disciplina delle restituzioni interferisce indubitabilmente con quella dettata con riguardo ai rapporti contrattuali preesistenti. Molteplici sono i profili che vengono in considerazione, ancorché in questa sede ci si limiterà all'esame di quelli connessi alla regola generale di cui all'art. 72 l. fall. In base al comma 1° della predetta disposizione se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando nei confronti di una di esse è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della medesima sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo<sup>51</sup>.

L'art. 72, comma 1° l. fall., esclude dall'applicabilità della regola i contratti ad effetti reali nei quali sia già avvenuto il trasferimento del diritto, ipotesi in cui la disciplina generale di cui sopra non trova applicazione e l'adempimento deve pertanto necessariamente avere luogo. Ne consegue che, laddove il fallimento sia stato pronunciato a carico della parte alienante, il terzo acquirente fa salvo il proprio acquisto, mantenendo quindi integro il diritto alla consegna del bene, previa insinuazione al passivo *ex art. 103 l. fall.* Beninteso il curatore

---

<sup>50</sup> Così ABETE, *sub art.*, 87 *bis*, cit., p. 1174, per il quale il terzo potrà unicamente riproporre la domanda di restituzione o di rivendicazione nelle forme ordinarie di cui agli artt. 93 e ss. l. fall.; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., p. 197; MANCINELLI, *Le operazioni preliminari e la custodia delle attività fallimentari*, cit., p. 17. Sul punto, si v. anche D'AQUINO, *sub art. 103*, cit., p. 753, il quale, a fronte dell'astratto concorso fra il reclamo *ex art. 26 l. fall.* e la riproposizione della domanda in sede di adunanza dei creditori, rileva a favore della seconda opzione che lo strumento esclusivo per la separazione dei beni è rappresentato da quest'ultima domanda e che all'art. 87-*bis* c.p.c. può estendersi il disposto dell'art. 96, comma 1, l. fall., a norma del quale la domanda dichiarata inammissibile può sempre essere riproposta; in tal caso, la riproposizione può avvenire con la domanda tempestiva, ove vi siano ancora decorrenti i termini ovvero con quella tardiva.

<sup>51</sup> La disposizione trova applicazione ogni volta in cui non sia disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, nel qual caso si viene in considerazione l'art. 104, comma 7° l. fall. («Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli»).

può eccepire al terzo acquirente *in bonis* l'inopponibilità al fallimento dell'atto di trasferimento della proprietà non risultante da atto di data certa anteriore al fallimento ovvero, nel caso di beni immobili o mobili registrati, non trascritto.

Nell'ipotesi in cui, sospesa l'efficacia del contratto, il curatore opti per lo scioglimento, il contraente *in bonis*, secondo quanto stabilito dall'art. 72, comma 4° l. fall., ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno. Pur nell'assenza di una specifica identificazione del credito da farsi valere, è evidente si tratti del credito alla restituzione di quanto il fallito aveva ricevuto in esecuzione del contratto. Il venir meno *ex post* della giustificazione dell'adempimento da parte del contraente *in bonis* decreta il sorgere di un'obbligazione restitutoria<sup>52</sup>, che, ove consista nella restituzione di un bene diverso dal denaro, decreterà l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 103 l. fall.<sup>53</sup>.

Questione tradizionalmente dibattuta è quella dell'opponibilità al fallimento delle domande giudiziali di accertamento o costitutive pendenti al momento della sentenza dichiarativa, volte a rimuovere il contratto traslativo che attribuisce al fallito il diritto di proprietà di beni determinati; la riforma ha offerto una soluzione al problema con specifico riguardo all'azione di risoluzione per inadempimento contrattuale.

A questo proposito, stabilisce l'art. 72, comma 5° l. fall. che l'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento (dal contraente *in bonis*) nei confronti della parte inadempiente (poi

---

<sup>52</sup> Il tema delle restituzioni contrattuali è da tempo oggetto di un vivace dibattito e ad esso sono state dedicate le relazioni di Giorgio De Nova e di Elena Bargelli. Da ultimo è intervenuto sul tema con un lavoro monografico GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012.

<sup>53</sup> Così VATTERMOLI, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, I, cit., sub art. 72, cit., p. 998; JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, cit., p. 479, nt. 35, ove si legge che se la prestazione divenuta indebita ha per oggetto cose mobili determinate, il contraente *in bonis*, secondo quanto stabilito dall'art. 103 l. fall., ha diritto alla restituzione della cosa in natura o alla ammissione al passivo in via chirografaria di un credito pari al controvalore del bene, ove questo al momento della dichiarazione di fallimento non si trovasse più nel possesso del fallito; per contro, ove il curatore abbia perduto il possesso della cosa dopo averla acquisita, il titolare del diritto potrà chiedere che il controvalore del diritto del bene sia corrisposto in prededuzione.

dichiarata fallita) spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda: ne discende che, qualora il giudizio venga riassunto nei confronti della curatela e si concluda con una sentenza di risoluzione, il contratto sarà risolto a prescindere da un'eventuale diversa volontà del curatore; peraltro, ove l'azione di risoluzione sia stata promossa prima della dichiarazione di fallimento, ma sia stata trascritta dopo, la regola in esame non troverà applicazione e il curatore manterrà la facoltà di scelta attribuitagli dal primo comma<sup>54</sup>.

Aggiunge l'art. 72, comma 5° l. fall. che, se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V. In merito alle concrete modalità operative da seguirsi da parte del contraente *in bonis*, si afferma che, nell'ipotesi considerata, occorra avanzare in sede fallimentare sia la domanda volta a fare valere il diritto nei confronti del fallito, sia quella diretta a ottenere la risoluzione del contratto, con la conseguenza che il giudizio di risoluzione deve esser riassunto davanti al tribunale fallimentare<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Comm. breve legge fall.*, cit., pp. 371-372.

<sup>55</sup> Sul punto, si v. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 494, il quale afferma che la facoltà del contraente *in bonis* di proseguire l'azione di risoluzione innanzi al giudice competente, che può essere diverso dal tribunale fallimentare, non pone problemi nel caso in cui il *petitum* sia limitato alla richiesta di risoluzione (qualora, per esempio, la parte miri ad essere liberata dall'obbligo di eseguire la controprestazione). Qualora invece l'azione sia prodromica alla richiesta di restituzione o di risarcimento del danno (e, quindi, destinata ad interferire con le aspettative degli altri creditori), si pone la necessità di rispettare l'esclusività del rito fallimentare nell'accertamento del passivo. Prosegue, l'A. citato, rilevando che, onde evitare incertezze o soluzioni comportanti la separazione dei giudizi, l'art. 72, comma 5 l. fall., dispone che in tal caso entrambe le domande (ovvero quella di risoluzione e quella di restituzione o di risarcimento del danno) devono essere trasferite nella sede fallimentare e valutate secondo il rito speciale di cui al capo V: ne consegue che il procedimento già pendente si interrompe, salva che sia già intervenuta una decisione, e deve essere riassunto mediante la domanda di restituzione o di ammissione al passivo. La domanda di restituzione di beni mobili o immobili, potrà essere accolta solo con riserva, condizionatamente all'esito della risoluzione del contratto; analogamente DI MARZIO, *Azione di risoluzione del contratto (e di risarcimento dei danni) e fallimento della parte inadempiente*, in *Fall.*, 2009, p. 1183, ove si legge che se con la risoluzione (e, dunque, non autonomamente e dopo l'ottenuta pronuncia di scioglimento del contratto, ma contestualmente alla domanda di risoluzione) si chiede anche la restituzione del bene o il risarcimento del danno, allora varranno le regole concorsuali; VATTERMOLI, *sub art. 72*, cit.,

La sentenza di risoluzione ottenuta prima della dichiarazione di fallimento si considera invece opponibile al fallimento, allo stesso modo di qualsiasi altra pronuncia ottenuta davanti al giudice ordinario: sulla base di quella sentenza il terzo potrà quindi proporre la domanda ammissione al passivo del credito (qualora si tratti di una somma di denaro) o di restituzione del bene<sup>56</sup>.

È invece pacifica l'inammissibilità dell'azione di risoluzione del contratto proposta dopo il fallimento e fondata sull'inadempimento del fallito: all'accoglimento seguirebbero infatti effetti restitutori e risarcitori, i quali, in quanto successivi al fallimento, si porrebbero in aperto contrasto con il principio dell'indisponibilità fallimentare e della destinazione del patrimonio del debitore al soddisfacimento dei creditori anteriori<sup>57</sup>.

Una disciplina analoga a quella sancita dall'art. 72, comma 5° 1. fall., non è, invece, espressamente prevista per le altre azioni volte a rimuovere il titolo negoziale in forza del quale il fallito ha acquistato la proprietà dei beni, quali le azioni di nullità, annullamento, rescissione, simulazione. Può peraltro ritenersi che, in conformità degli orientamenti maturati in epoca precedente alla riforma<sup>58</sup>, non vi siano ragioni ostative

---

pp. 998-999, secondo cui, se il contraente in *bonis* richiede, oltre alla risoluzione, la restituzione di una somma di denaro o di un bene e/o il risarcimento del danno patito, allora il relativo giudizio si interrompe e le domande debbono essere riproposte secondo le disposizioni relative all'accertamento dei crediti nel fallimento (art. 72, comma 5 1. fall.); nello stesso senso ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., pp. 162-163; FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, p. 367.

<sup>56</sup> MACAGNO, *La domanda di rivendicazione/restituzione*, cit., p. 1055; D'AQUINO, *sub art. 103*, cit., p. 743, che richiama Cass., 14 aprile 1988, n. 2960, in *Fall.*, 1988, p. 669.

<sup>57</sup> Così GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 132; MACAGNO, *La domanda di rivendicazione/restituzione*, cit., p. 1055; GRIMALDI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di Caiafa, Padova, 2011, p. 504; D'AQUINO, *sub art. 103*, cit., p. 743, il quale ricorda l'orientamento secondo cui deve escludersi anche la possibilità per il contraente *in bonis* di avvalersi della clausola risolutiva espressa dopo la dichiarazione di fallimento, in quanto la stessa *ratio* che osta alla possibilità della domanda di risoluzione contro il fallimento dell'inadempiente impedisce che dopo la dichiarazione di fallimento di quest'ultimo il contraente possa fare accertare, con riguardo ad un inadempimento anteriore, l'avveramento della condizione risolutiva (cfr. Cass., 5 gennaio 1995, n. 185, in *Fall.*, 1995, p. 826)

<sup>58</sup> MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione*, cit., p. 1056.

ad ammettere un'applicazione estensiva del regime previsto per l'azione di risoluzione anche a queste ipotesi<sup>59</sup>.

7. – Il diritto fallimentare costituisce indubbiamente un osservatorio, per certi versi privilegiato, attraverso il quale guardare alla portata delle regole, nonché dei concetti, di matrice civilistica. Il tema delle restituzioni in sede fallimentare, se analizzato nella prospettiva civilistica, è certamente da annoverare tra quelli forieri di maggiori spunti.

Nell'ambito di uno stato passivo concepito come momento unitario di accertamento delle pretese di ogni terzo, la regola generale di cui all'art. 52, comma 2° l. fall. stabilisce, come visto, che l'accertamento concerne i crediti nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare. Occorre subito notare come le finalità perseguite dal legislatore, di uniformare cioè il procedimento di accertamento, abbiano condotto ad oscurare alcune differenze sostanziali concernenti le pretese che in quella sede possono esser fatte valere. Non può sottacersi, infatti, che con riferimento ai diritti personali vantati dai terzi ciò che, in realtà, occorre accertare è il diritto alla restituzione di un bene in virtù dell'inefficacia originaria o sopravvenuta del titolo alla stregua del quale il fallito ne aveva la disponibilità. Più opportunamente, infatti, nell'art.

---

<sup>59</sup> Cfr. sul punto D'AQUINO, *sub* art. 103, p. 745, il quale ricorda che, quando alle azioni di impugnazione di contratti traslativi della proprietà promosse prima della dichiarazione di fallimento, sono state ritenute sottratte alla competenza del tribunale fallimentare e quindi procedibili in via ordinaria le azioni di impugnazioni dei contratti traslativi relative a beni immobili, ove trascritte prima della dichiarazione di fallimento, aventi ad oggetto la nullità (cfr. Cass., 26 agosto 2004, n. 17057, in *Giust. civ. Mass.*, 2004), l'annullamento (Cass., 22 maggio 2002, n. 7510, in *Arch. civ.*, 2003, p. 313), la simulazione assoluta (Cass., 9 febbraio 1987, n. 1382, in *Fall.*, 1987, p. 928), la simulazione relativa (Cass., 22 agosto 1997, n. 7865, in *Fall.*, 1998, p. 1030, con nota di DIDONE), in presenza di una controdeklarazione avente data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. (Cass., 10 dicembre 2003, n. 18824, in *Fall.*, 2004, p. 1349, con nota di CECCHERINI). In materia di esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrattare, sulla medesima scia, Cass., sez. un., 7 aprile 2004, n. 12505, in *Fall.*, 2005, p. 755, con nota di BETTAZZI, giusta la quale, quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore del contraente fallito, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento accordatogli dall'art. 72 l. fall. (in termini, recentemente, Cass., 8 luglio 2010, n. 16160, in *Fall.*, 2011, p. 244).

93 l. fall. si parla di domanda di ammissione al passivo di restituzione di beni mobili o immobili.

La disciplina delle restituzioni in sede fallimentare pone in luce, d'altra parte, come al concetto delle restituzioni debba attribuirsi una portata più ampia di quella ordinariamente invalsa in ambito civilistico (restituzione e, quindi, recupero di un bene in precedenza consegnato), in quanto vi rientra ad esempio, alla stregua di quanto già osservato, il diritto del compratore alla consegna di un bene acquistato dal fallito con contratto ed effetto reale immediato (ovvero differito, ma comunque realizzatosi prima della dichiarazione di fallimento). Dunque, un'ipotesi in cui più propriamente si parla di diritto di credito alla consegna.

Non può poi farsi a meno di rilevare che anche il diritto alla restituzione è un diritto di credito; e pur tuttavia, la circostanza che esso concerne un bene, diverso dal danaro, comporta alcune differenziazioni in sede fallimentare, seppur, come detto, nell'ambito di un procedimento unitario. Differenziazioni che, comunque, appaiono presenti anche sotto il profilo squisitamente civilistico allorquando viene in considerazione la disciplina in tema di ripetizione dell'indebito (art. 2037 c.c.).

Infine, un profilo che emblematicamente mette in discussione le acquisizioni comunemente maturate in ambito civilistico, concerne l'eccezione contemplata nella parte finale del comma 1 dell'art. 72 l. fall. alla regola generale prevista dal medesimo comma. Eccezione che è frutto dell'idea, propria del diritto fallimentare, giusta la quale nei contratti ad effetti reali l'esecuzione coincide con il verificarsi del trasferimento del diritto. Ora, al di là di ogni considerazione in merito alla portata della norma, e cioè se essa debba riferirsi ai soli contratti ad effetti reali che abbiano ad oggetto il trasferimento del diritto o anche a quelli che contemplino la costituzione di un diritto reale, non par dubbio che in ambito fallimentare – in modo pragmatico – l'attenzione sia stata rivolta, per quel che concerne i contratti ad effetti reali, all'effetto (*rectius*: alla prestazione<sup>60</sup>) caratterizzante i contratti in questione.

---

<sup>60</sup> Sulla qualificazione dell'attribuzione in proprietà quale prestazione contrattuale, v. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, p. 318.