



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TERAMO

Facoltà di Giurisprudenza

*Tesi di laurea
in
Diritto Processuale Civile*

***RAPPORTI TRA ACCERTAMENTO DEL PASSIVO
FALLIMENTARE E GIUDIZI DI COGNIZIONE
PENDENTI ALLA DATA DELLA DICHIARAZIONE
DI FALLIMENTO***

Laureanda

Marzia Lombardo

Relatore

Ch.mo Prof. Nicola Sotgiu

Anno Accademico 2012/2013

MATR. 59674

INDICE

Premessa.....	1
---------------	---

CAPITOLO PRIMO

Rapporti tra fallimento e processi di cognizione pendenti: un problema di procedibilità

1.1. Limiti derivanti dall'oggetto del processo	13
1.2. I processi di cognizione pendenti promossi dall'imprenditore <i>in bonis</i> contro i terzi: le ragioni della procedibilità.....	18
1.3. I processi di cognizione pendenti promossi dai terzi contro l'imprenditore <i>in bonis</i> : verso una teoria della improcedibilità	21

CAPITOLO SECONDO

Tesi a confronto: verso una regola della improcedibilità dei giudizi di cognizione pendenti per difetto di interesse della parte in bonis

2.1. Le posizioni di dottrina e giurisprudenza nel codice del commercio del 1882	28
2.2. La posizione della dottrina: la teoria della procedibilità	34
2.3. La posizione della dottrina: le teorie della improcedibilità	37
2.3.1. <i>Segue</i> : la teoria della improcedibilità quale conseguenza degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento. Critica	39

2.3.2. <i>Segue</i> : la teoria della improcedibilità quale conseguenza della domanda del creditore di ammissione al passivo. Critica	46
2.3.3. <i>Segue</i> : la teoria della improcedibilità per “assorbimento” dei giudizi pendenti in virtù della particolare natura, struttura e finalità del fallimento	53
2.3.4. <i>Segue</i> : Le teorie dell’assorbimento dei giudizi pendenti a seguito dell’apertura del fallimento: la teoria della speciale competenza del tribunale fallimentare. Critica.....	55
2.3.4.1. <i>Segue</i> : la teoria dell’esercizio di «azione derivante» dal fallimento. Critica.....	57
2.3.4.2. <i>Segue</i> : la teoria della specialità del procedimento di verifica dei crediti. Critica	62
2.3.5. <i>Segue</i> : le teorie dell’assorbimento dei giudizi pendenti a seguito della domanda di ammissione al passivo	66
2.3.5.1. <i>Segue</i> : teoria della litispendenza. Critica.....	69
2.3.5.2. <i>Segue</i> : teoria della continenza di cause. Critica	73
2.3.5.3. <i>Segue</i> : la teoria della connessione di cause. Critica.....	79
2.3.6. <i>Segue</i> : la teoria della improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse ad agire del creditore in via ordinaria	87
2.4. La posizione della giurisprudenza: il difetto di interesse quale ratio della improcedibilità dei giudizi di cognizione pendenti	89

CAPITOLO TERZO

Effetti del fallimento nei giudizi pendenti

- 3.1. Effetti del fallimento su un giudizio di cognizione volto ad ottenere una sentenza costitutiva, pendente alla data della dichiarazione di fallimento.....97
- 3.2. Effetti del fallimento su un giudizio di cognizione volto ad ottenere una sentenza di condanna al pagamento, pendente alla data della dichiarazione di fallimento.....105
- 3.3. Effetti del fallimento su un giudizio di cognizione volto ad ottenere una sentenza di accertamento mero, pendente alla data della dichiarazione di fallimento.....110
- 3.4. Effetti del fallimento sul decreto ingiuntivo. Casistica.....116
- 3.5. L'efficacia nel fallimento delle ordinanze *ex artt. 186-bis, 186-ter, 186-quater* c.p.c, emesse dal giudice istruttore nel processo ordinario pendente.....127

CAPITOLO QUARTO

Le eccezioni alla regola della improcedibilità

- 4.1. Le sentenze di merito pronunciate prima del fallimento e non ancora passate in giudicato: l'ammissione al passivo dei crediti con riserva.....133
- 4.2. L'eccezione di compensazione.....144
- 4.3. La controversa questione dei giudizi pendenti in materia di lavoro (cenni).....151

CAPITOLO QUINTO

Effetti processuali del fallimento

5.1.	L'art. 43 l.f.: il difetto di legittimazione processuale	159
5.2.	Effetti sul processo civile: interruzione dei processi pendenti e necessaria riassunzione nei confronti del curatore.....	164
5.3.	Il <i>dies a quo</i> per la riassunzione dei processi interrotti.....	170
5.4.	Regime transitorio.....	173

Bibliografia	177
--------------------	-----

Indice dei riferimenti giurisprudenziali.....	192
---	-----

Premessa

La questione dei rapporti tra fallimento e processi pendenti si presenta, oggi come in passato, quale problematica complessa, estremamente controversa e profondamente attuale.

Si può, infatti, constatare che, mentre per quanto concerne la promozione e la prosecuzione di azioni esecutive individuali si è assistito negli anni ad una progressiva chiarificazione (cfr. la disposizione dell'art. 51 l.f.), altrettanto non può dirsi riguardo alla possibilità, per i creditori, di esercitare le azioni cognitive ordinarie in costanza di fallimento.

Si deve, inoltre, considerare che la trattazione del rapporto tra giudizi di cognizione pendenti e fallimento implica la soluzione di questioni di notevole importanza, sia sotto il profilo della ricostruzione e sistemazione di alcune tra le più qualificanti norme della legge fallimentare, sia sotto il profilo strettamente processuale.

Non è infrequente nella pratica che, nelle more di un processo, una delle parti venga dichiarata fallita.

È dunque ben possibile, e anzi piuttosto comune, che alla data di dichiarazione di fallimento siano pendenti giudizi i quali coinvolgano la persona del fallito, ora in veste di attore, ora in veste di convenuto.

L'esigenza di affrontare questo tema nasce dalle conseguenze - di natura squisitamente processuale - scaturenti dagli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento i quali, a determinati condizioni ed entro certi limiti, giungono a travolgere i processi instaurati in precedenza e dunque esterni alle vicende della procedura fallimentare.

In questo senso opera la prima categoria di effetti sottesi alla dichiarazione di fallimento, gli *effetti patrimoniali*.¹

¹ Per un approfondimento generale sul tema degli effetti patrimoniali del fallimento per il fallito prima della riforma si consiglia la lettura di: DE FERRA-GUCLIELMUCCI, “*Degli effetti del fallimento per il fallito*”, in SCIALOJIA-BRANCA, *Commentario alla legge fallimentare* (a cura di); Bologna, Roma, 1986; PAJARDI-BONACINA, “*Gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti del fallito*”, Milano, 1995; RICCI E.F., “*Lezioni sul fallimento*”, II, Milano, 1998.

Dopo la riforma si veda: LO CASCIO, “*Il fallimento*”, Milano, 2007, p. 289 ss.; MARELLI, *Commento* sub. Art. 43, in JORIO-FABIANI (diretto da e coordinato da), “*Il nuovo diritto fallimentare*”, Bologna, 2006, p. 371; GHEDINI, “*Gli effetti della dichiarazione di fallimento per il fallito*” (a cura di FERRO), Padova, 2007, p. 322; GUGLIELMUCCI,

Primo ed immediato effetto patrimoniale per il fallito, conseguente alla dichiarazione, consiste nella privazione dell'amministrazione e della disponibilità del suo patrimonio, in chiave di *inefficacia relativa* di ogni atto giuridico dispositivo del debitore fallito nei confronti della massa dei creditori².

Tali effetti sono ricondotti, da dottrina e giurisprudenza, all'istituto dello *spossessamento*³, a norma dell'art. 42 l.f.

La perdita della disponibilità e dell'amministrazione di tutti i beni e la sostituzione del curatore alla persona del fallito,

“Diritto fallimentare”, Torino, 2006, p. 105 ss.; COSTANZA, *“Gli effetti della dichiarazione di fallimento per il fallito”*, in *“Il Fallimento”*, 2005, p. 1071 e ss.; CECCHERINI, *“Il diritto del fallito alla ragionevole durata del processo concorsuale”*, in FABIANI-PATTI (a cura di), *“La tutela dei diritti nella riforma fallimentare”*, Milano, 2006, p. 109 ss.; LO CASCIO, *“Commento sub Artt. 42-43, in “Codice commentato del fallimento – disciplina UE e transfrontaliera, disciplina tributaria”* (diretto da), Ipsoa, Milano, 2013, p. 520 ss.

² In questo senso si veda PAJARDI-PALUCHOWSKI, *“Manuale di diritto fallimentare”*, edizione VII, Giuffrè, Milano, 2008, p. 268.

³ Tale condizione giuridica, del tutto peculiare, è stata in dottrina frutto di ricostruzioni teoriche assai disparate. Per una sintesi delle posizioni dottrinarie sotto il previgente codice del commercio e sotto la legge fallimentare preriforma si vedano BONSIGNORI, *“Il fallimento”*, volume IX, in *“Trattato di diritto commercial e di diritto pubblico dell'economia”* (diretto da Galgano), CEDAM, Padova, 1986 e RUISI, *“Il fallimento”*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* di JORIO-MAFFEI, ALBERTI-TEDESCHI (diretto da BIGIAMI), Torino, 1972, p. 248 ss.; PAJARDI, *“Codice del fallimento”*, Milano, 1991, p. 143 ss.

comportano non solo un “vincolo di indisponibilità”⁴ su tutti i beni⁵ del debitore, ma anche l’insensibilità del patrimonio di questi alle obbligazioni, di qualunque genere, egli possa assumere dopo la dichiarazione di fallimento, determinando dunque l’*inefficacia relativa*⁶ (rispetto ai creditori) degli atti successivi alla dichiarazione di fallimento, come stabilito dall’art. 44 l.f.

⁴ RONCO, “*Gli effetti del fallimento per il fallito*”, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), “*Il diritto fallimentare riformato, Commentario sistematico*”, Padova, 2007, p. 140.

⁵ L’oggetto dello spossessamento, nonostante l’espressione letteraria utilizzata dal legislatore, non concerne unicamente i “beni” del fallito, bensì l’intero patrimonio del debitore, comprensivo di beni immateriali, facoltà, poteri, diritti, doveri, potestà, aspettative, ed in genere tutte le situazioni giuridiche attive aventi contenuto patrimoniale.

⁶ Tale inefficacia va intesa in termini di *inopponibilità* degli atti nei confronti della massa dei creditori, nel duplice significato che restano validi per il tempo successivo alla chiusura del fallimento, o a maggior ragione dalla sua revoca, ma che dalla relativa attività non potrebbe derivarsi alcun diritto di credito, azionabile mediante insinuazione nel procedimento in corso. La semplice inefficacia dell’atto rispetto ai creditori consente agli organi della procedura una valutazione più elastica, demandando loro la decisione se far valere oppure no l’efficacia, secondo un giudizio prognostico in termini di convenienza economica. Occorre da ultimo ricordare, come giustamente sostenuto in dottrina da SATTA, “*Diritto fallimentare*”, Padova, 1996, p. 148 e, in giurisprudenza, *ex multis*, Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 8 novembre 2002, in *Giurisprudenza di merito*, 2003, 1437, che l’inefficacia relativa degli atti dispositivi comporta ciononostante che gli stessi, per quanto non opponibili ai creditori, creino pacificamente obbligazioni tra le parti.

L'intero patrimonio viene ad essere coinvolto⁷ sia sul piano del diritto sostanziale che su quello del diritto processuale, sia con riguardo ai beni «esistenti» alla data della dichiarazione di fallimento, che a quelli sopravvenuti nel corso della procedura (art. 42, comma secondo, l.f.) ed, infine, ai beni già fuoriusciti dal patrimonio del fallito, per mezzo di atti inopponibili alla massa fallimentare, per omesso compimento delle relative formalità di legge prima della dichiarazione di fallimento (art. 45 l.f.).

Va, inoltre, considerato che, in via di principio, tali effetti si producono di diritto dal giorno in cui è depositata la sentenza dichiarativa di fallimento, come precisato nell'art. 16, comma terzo, l.f., e si protraggono per tutta la durata della procedura.

Tale regola, tuttavia, trova una significativa eccezione per i terzi, nei confronti dei quali gli effetti del fallimento si producono solo dalla data in cui la sentenza viene annotata nel

⁷ Nello spossessamento fallimentare si manifesta così uno dei caratteri del fallimento: *l'universalità oggettiva*, la quale dà attuazione al principio generale di responsabilità patrimoniale enunciato nell'art. 2470 c.c.

registro delle imprese, trovando così applicazione una regola di pubblicità legale, differente da quella ordinaria.

In tal modo il fallimento, avvenuta l'iscrizione, si presume noto ai terzi *iuris et de iure* determinando, per contro, l'omessa iscrizione, una presunzione semplice di ignoranza.

Dato per assunto lo spossamento, è possibile comprendere la portata del successivo art. 43 l.f., inerente i rapporti processuali.

L'articolo in questione, statuendo che «nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito ricompresi nel fallimento sta in giudizio il curatore», dispone la *incapacità processuale* o *perdita della capacità di stare in giudizio* del debitore, quale immediata conseguenza della dichiarazione di fallimento.

Possiamo così dedurre che qualsiasi processo, anche pendente alla dichiarazione di fallimento il quale, in qualche modo, coinvolga rapporti patrimoniali compresi nel fallimento (salvo limiti ed eccezioni di legge) vedrà la necessaria

sostituzione del curatore alla persona del fallito, nell'interesse della massa fallimentare.

A contrario, in qualsiasi processo che coinvolga rapporti personali o patrimoniali non compresi nel fallimento, potrà coerentemente stare in giudizio il fallito, nonostante l'intervenuta dichiarazione di fallimento.

L'articolo in esame, inerente la capacità di stare in giudizio del fallito, è l'unica disposizione espressamente riferita ai processi pendenti - e, dunque, anche a quelli cognitori - alla data della dichiarazione di fallimento.

Nulla viene stabilito dalla legge con riguardo alla possibilità di prosecuzione (o meno) dei giudizi di cognizione pendenti, né con riguardo ai loro rapporti con il fallimento, né in ordine alla presenza di eventuali differenze, sul piano degli effetti, a seconda che si tratti di giudizi nei quali il debitore poi fallito, avesse assunto la veste, rispettivamente, di attore, di creditore procedente o intervenuto (c.d. liti attive), avanzando dunque una pretesa nei confronti dei terzi; ovvero avesse assunto la

veste di convenuto (c.d. liti passive), nei cui confronti terzi creditori avessero avanzato una pretesa.

Ai fini dell'indagine non è di ausilio neppure il nuovo comma terzo dell'art. 43 l.f., aggiunto dall'art. 41 del D. L.vo 9 gennaio 2006, n. 5, il quale stabilisce *l'interruzione automatica* del processo quale conseguenza dell'intervenuto fallimento.

Detta interruzione - oggetto di analisi nel successivo capitolo V in tema di effetti processuali del fallimento - altro non costituisce se non il riflesso della perdita della capacità processuale del debitore dichiarato fallito, ponendosi la necessità di arrestare il processo al fine di poter instaurare correttamente il contraddittorio nei confronti del curatore fallimentare, a norma dell'art. 299 c.p.c.

Particolarmente rilevante è, invece, il disposto dell'art. 52, secondo comma, l.f. il quale, attraverso una formula di ampiezza tale da non lasciare dubbi interpretativi, impone ai creditori che vogliono accertare «*qualunque pretesa*» nei confronti del fallimento, di farlo *esclusivamente* per mezzo della speciale

procedura disciplinata dalle norme del capo V della l.f.: la *procedura dell'accertamento del passivo*, previa proposizione della domanda ai sensi dell'art. 93 l.f.

La norma consente di ricavare, secondo il corrente insegnamento giurisprudenziale, il *principio della improcedibilità dei processi di cognizione istaurati da terzi creditori nei confronti del fallimento*.

La regola della improcedibilità, frutto del diritto vivente, risente tuttavia di non trascurabili eccezioni ancora oggi oggetto di un vivace dibattito dottrinario e fonte di trattazione nel successivo capitolo IV.

Il contrasto dottrinario, inerente al rapporto tra giudizi di cognizione pendenti e fallimento, si deve, *in primis*, alla mancanza di una norma che vieti esplicitamente la prosecuzione dei processi di cognizione pendenti alla data della dichiarazione di fallimento.

Come autorevolmente sostenuto⁸, gli aspetti di improcedibilità ed improponibilità - criticati per contro da una parte della dottrina - costituiscono solo l'aspetto negativo di un regime normativo che necessita di una autonoma definizione.

L'interprete dovrebbe chiedersi, piuttosto, se (e in che modo) i processi cognitori possano proseguire o debbano necessariamente interrompersi, in quali casi ciò debba avvenire e verificare se, e in quali condizioni, in caso di loro prosecuzione, l'atto conclusivo del giudizio pendente possa spiegare i suoi effetti anche internamente al fallimento, rispetto al procedimento di verifica dei crediti.

Partendo dunque da queste scarse premesse legislative, passando in rassegna le divergenti tesi dottrinarie e riportando il lavoro interpretativo effettuato dalla giurisprudenza - avendo riguardo, in particolar modo, alle decisioni costituenti «diritto vivente», per via della loro costante riaffermazione nel tempo -

⁸ In questo senso TARZIA, "Processi pendenti e fallimento", in *Rivista di diritto processuale*, 1990, p. 646 ss.

scopo dell'esposizione a seguire sarà quello di tentare una ricostruzione normativa del rapporto tra processi di cognizione pendenti e fallimento.

CAPITOLO PRIMO

Rapporti tra fallimento e processi di cognizione pendenti: un problema di procedibilità

Sommario: 1.1. Limiti derivanti dall'oggetto del processo; 1.2 I processi di cognizione pendenti promossi dall'imprenditore *in bonis* contro i terzi: le ragioni della procedibilità 1.3. I processi di cognizione pendenti promossi dai terzi contro l'imprenditore *in bonis*: verso una teoria della improcedibilità.

1.1. LIMITI DERIVANTI DALL'OGGETTO DEL PROCESSO

Ai fini della presente indagine occorre, in via preliminare, individuare l'oggetto dei giudizi di cognizione pendenti costituendo, quest'ultimo, il limite per la loro procedibilità in seguito all'intervenuta dichiarazione di fallimento.

A tal proposito è necessario partire dal contenuto dell'art. 43, comma primo, l.f. il quale dispone che «nelle controversie anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento, sta in giudizio il curatore»⁹.

La norma viene intesa, dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritarie, quale espressione del principio secondo il quale *la sentenza dichiarativa di fallimento priverebbe il fallito della sua capacità di stare in giudizio.*

La capacità di stare in giudizio è per legge attribuita al

⁹ La Relazione al Re, n. 12, ricollega espressamente la perdita della legittimazione processuale allo spossessamento, alla perdita dell'amministrazione e della disponibilità del patrimonio. Critico verso questa qualificazione ANDRIOLI, voce *Fallimento*, (*Diritto privato e processuale*) in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 386; v. invece SATTA, opera cit., p. 166, il quale qualifica la norma quale «corollario dello spossessamento».

curatore, quello stesso organo della procedura fallimentare al quale è stata, peraltro, attribuita l'amministrazione e la disponibilità del patrimonio del fallito, quale effetto dello spossessamento.

È opportuno precisare che per «beni» oggetto dello spossessamento si intende l'intero patrimonio del debitore, comprensivo di beni materiali ed immateriali, facoltà, poteri, diritti, doveri, potestà, aspettative, ed in genere tutte le situazioni giuridiche attive aventi contenuto patrimoniale¹⁰, non da ultimi beni del fallito in possesso di terzi¹¹ e beni mobili di proprietà dei terzi, di cui il fallito risulti in possesso alla data della dichiarazione di fallimento¹².

La formulazione legislativa rende avvertiti del fatto che la perdita della gestione dei rapporti processuali non ha estensione

¹⁰ In questo senso DE SEMO, “*Diritto fallimentare*”, Padova, 1968, p. 225.

¹¹ In tal caso il curatore dovrà esercitare le azioni necessarie che a tal fine la legge gli concede. Si veda, per tutte, Cass., 8 giugno 1961, n. 1321, in *Giurisprudenza civile*, 1961, I, 1378.

¹² Per i limiti in cui ciò avviene v. DE FERRA, “*Beni del fallito e beni dei terzi nella sigillazione fallimentare*”, in *Rivista di diritto civile*, 1963, I, p. 665 ss. Come noto i terzi potranno far valere i propri diritti su tali beni con le norme di cui agli artt. 79 e 103 l.f.

assoluta, bensì *relativa*, poiché concerne i soli rapporti di natura patrimoniale, e tra questi, quelli ricaduti nel fallimento¹³.

É indubbio che il fallito mantenga la legittimazione per i rapporti relativi ai beni indicati nell'art. 46 l.f., per i rapporti derivanti dall'attività da lui svolta dopo la dichiarazione di fallimento e per le azioni con cui faccia valere i propri diritti nel fallimento.¹⁴

Ne discende che il fallito può continuare a stare in giudizio personalmente in tutte quelle controversie, di carattere strettamente personale e patrimoniale, *esterne* al fallimento¹⁵.

Per la medesima ragione, la diretta legittimazione attiva e passiva del fallito persiste con riferimento ai cespiti (originari o sopravvenuti) che non siano stati acquisiti o vengano abbandonati dalla curatela ai sensi degli artt. 104 *ter* l.f.,

¹³ Cfr. AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, "Il fallimento", in COTTINO, "Trattato di diritto commerciale" (diretto da), volume XI, tomo II, CEDAM, Padova, 2009, p. 353.

¹⁴ A titolo esemplificativo si pensi all'opposizione del fallito alla sentenza dichiarativa di fallimento. In proposito si veda BRACCI, "La posizione processuale del fallito e i poteri del curatore", Milano, 1974, p. 25 ss.

¹⁵ In questo senso Cass., 20 giugno 2000, n. 8379 in *Diritto fallimentare*, 2001, II, 913.

In dottrina si veda DE FERRA, opera cit., p. 31.

penultimo comma e 42, comma terzo, l.f.¹⁶, quale implicita conseguenza del fatto che tali beni sono (o divengono) estranei al patrimonio fallimentare.

L'art. 43 l.f. costituisce, dunque, il risvolto processuale dell'art. 42 l.f.¹⁷

Alla luce di quanto detto e avendo riguardo all'art. 299 c.p.c. il quale individua, tra le cause di interruzione del processo, proprio la perdita della capacità di stare in giudizio, il legislatore della riforma ha inserito nel medesimo articolo un nuovo comma terzo, il quale dispone che: «l'apertura del fallimento determina *l'interruzione* del processo».

¹⁶ MARELLI, opera cit., p. 716, a parere del quale sarebbe anzi configurabile, previe le dovute autorizzazioni, una derelizione del diritto solo sul piano processuale e cfr. Cass, 16 dicembre 2002, n. 23435, in *Giustizia civile- Massimario*, 2001, 1.

¹⁷ *Ex multis*, RICCI E.F., opera cit., pp. 111-112; PACCHI, “*La riforma della legge fallimentare*”, Firenze, 2001, p. 289.

Il contenuto dell'articolo 43 l.f. costituisce una precisazione di quanto già contenuto nell'art. 699 del cod. comm. del 1882 e, prima ancora, negli artt. 551-552 del cod. comm. del 1865. La legge fallimentare riformata ha preferito attribuire la disciplina degli effetti patrimoniali e processuali per il fallito a due distinti articoli: l'art. 42 l.f. detta la disciplina in tema di spossessamento; diversamente l'art. 43 l.f. detta la disciplina in tema di conseguenze processuali del debitore dichiarato fallito.

Interpretando il dato letterale è coerente desumere che i giudizi pendenti, i quali potrebbero astrattamente arrestarsi al sopravvenire di una sentenza dichiarativa di fallimento, sono solo quelli aventi ad oggetto *rapporti patrimoniali ricompresi nel fallimento*.

La norma pone, inoltre, un altro importante assunto: tutte le azioni avviate contro il debitore poi fallito, coinvolgenti rapporti patrimoniali ricompresi nel fallimento, non potranno promuoversi (o proseguirsi), dal giorno della dichiarazione di fallimento, se non nei confronti del curatore.

Da quanto esposto si può, *a contrario*, desumere un primo importante principio: *i giudizi pendenti concernenti rapporti strettamente personali o patrimoniali esterni al fallimento e coinvolgenti la persona del fallito, tanto in qualità di attore che di convenuto, proseguono indipendentemente dal fallimento, non perdendo il fallito, relativamente a tali controversie, la propria capacità di stare in giudizio*.

Individuati così i giudizi pendenti i quali, in virtù della loro estraneità agli effetti del fallimento (primo tra tutti lo

spossessamento), proseguono indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento, possiamo d'ora in avanti occuparci dei giudizi di cognizione pendenti i quali, in virtù del loro oggetto, risentono propriamente degli effetti del fallimento.

1.2. I PROCESSI DI COGNIZIONE PENDENTI PROMOSSI DALL'IMPRENDITORE *IN BONIS* CONTRO I TERZI: LE RAGIONI DELLA PROCEDIBILITÀ

È orientamento unanime che i giudizi di cognizione pendenti alla data della dichiarazione di fallimento, nei quali il fallito abbia assunto la veste di attore ed aventi ad oggetto rapporti patrimoniali ricompresi nel fallimento, proseguono regolarmente, ferma restando la necessaria sostituzione in giudizio del curatore fallimentare.

Il curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, compare in giudizio in luogo del creditore fallito e nell'interesse della massa potendo, per mezzo del giudizio di cognizione, far valere le pretese di quest'ultimo. Al curatore competono,

dunque, tutte le ordinarie azioni consentite dalla legge al fallito.

Quanto detto è, ancora una volta, desumibile dalla lettura del combinato disposto degli artt. 42,43 e 44¹⁸ l.f., stante l'inefficacia relativa degli atti compiuti dal debitore in seguito alla dichiarazione di fallimento.

¹⁸ L'art. 44, secondo comma, l.f. dispone che «sono egualmente inefficaci i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento».

Trattasi, come premesso, di inefficacia operante di diritto e dunque conseguenza automatica della sentenza di fallimento, per cui «la relativa azione non è soggetta a prescrizione, attese la funzionalità ad una declaratoria di nullità di pieno diritto nei confronti del fallimento e dei creditori» (Cass., 30 marzo 2005, n. 6737, in *Giustizia civile - Massimario*, 2005). Critico in questo senso ROCCO DI TORREPADULA, *Commento sub. Art. 44*, in JORIO-FABIANI, *“Commentario” - “Il nuovo diritto fallimentare”* (diretto da e coordinato da), Bologna, 2006, p. 716.

opera cit., p. 730, secondo il quale «l'instabilità perpetua dell'atto contrasta con le linee evolutive che tendono a preservare al massimo la definitività dei pagamenti».

Giova, inoltre, ricordare che è opinione prevalente che la sanzione dell'inefficacia relativa prescindendo dalla buona fede del terzo che abbia eseguito un pagamento in suo favore (da ultima, Cass., 3 luglio 2008, n. 18222, in *Giustizia civile - Massimario*, 2008, 1090).

È opinione prevalente (del tutto condivisibile) che la disposizione in esame sia, anch'essa, diretta ed immediata conseguenza dello spossessamento, sancito dal precedente art. 42 l.f. In questo senso SATTA, *“Diritto fallimentare”*, seconda edizione, Padova, 1990, pp. 157-158; VASSALLI, *“Diritto fallimentare”*, I, Torino, 1994, p. 254; ROCCO DI TORREPADULA, opera cit., p. 718.

Occorre, peraltro, rilevare che a seguito della nuova formulazione dell'art. 16 l.f., la disposizione deve riferirsi ai pagamenti ricevuti (ed eseguiti) dal fallito dopo l'iscrizione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese.

I pagamenti incassati dal curatore, in luogo del fallito per mezzo del giudizio pendente, sono poi *acquisiti al fallimento* - a norma dell'art. 44, ultimo comma, l.f. - e saranno destinati alle successive fasi di liquidazione e ripartizione dell'attivo al fine del soddisfacimento della massa dei creditori.

É opportuno ricordare in questa sede, per completezza di esposizione, che, seppur l'orientamento in merito alle c.d. «liti attive», pendenti alla dichiarazione di fallimento, propenda pacificamente per la *procedibilità* dei giudizi di cognizione pendenti alla data della dichiarazione di fallimento, gli stessi giudizi hanno, ciononostante, dato luogo a diverse problematiche (caratterizzate talvolta da vivaci dissensi) inerenti l'operatività della *vis attractiva* del foro fallimentare¹⁹.

¹⁹ Ampiamente dibattuta, in dottrina e in giurisprudenza, l'ipotesi del cumulo tra causa ordinaria promossa (o proseguita) dal curatore e riconvenzionale di accertamento del credito proposta dal convenuto. La giurisprudenza è notoriamente divisa, ritenendo una parte che il giudice adito per la causa principale debba limitarsi a dichiarare improponibile la riconvenzionale oppure a trasmetterla al giudice fallimentare, trattenendo la domanda principale «salva la sospensione del processo su tale domanda se la decisione della prima involge questioni di carattere pregiudiziale» (Tribunale di Roma, 21 maggio 1985, in *Il fallimento*, 1986, 317, con nota adesiva di MANZO, “*Improponibilità della (sola) domanda riconvenzionale proposta in sede extra fallimentare?*”). La giurisprudenza della Cassazione ha

1.3. I PROCESSI DI COGNIZIONE PENDENTI PROMOSSE DAI TERZI CONTRO L'IMPRENDITORE *IN BONIS*: VERSO UNA TEORIA DELLA IMPROCEDIBILITÀ

A conclusioni controverse si giunge, invece, in caso di c.d. liti passive, in cui il debitore poi fallito sia convenuto nel giudizio di cognizione pendente alla data della dichiarazione di fallimento.

La giurisprudenza dominante è concorde nel ritenere che tali giudizi siano *tendenzialmente improseguibili*.

Sulla base di tale orientamento si deve coerentemente

invece ripetutamente affermato che «nell'ordinario processo di cognizione la proposizione da parte del convenuto contro il curatore attore di domanda riconvenzionali aventi ad oggetto crediti verso il fallito determina la competenza del giudice fallimentare per l'intero giudizio».

Diversa regola varrebbe, invece, per la semplice eccezione di compensazione, che sarebbe consentita al creditore nel giudizio ordinario (cfr. Cass., 17 febbraio 1982, n. 998, in *Giurisprudenza commerciale*, 1982, II, 583, con nota di BONFATTI).

Le critiche mosse all'orientamento della Suprema Corte muovono dalla mancata *ratio* in base alla quale la domanda ordinaria del curatore possa essere trasferita nel processo sommario di verifica fallimentare.

Contrapposto all'orientamento della Cassazione TARZIA, "*Processi pendenti e fallimento*", in *Rivista di diritto processuale*, 1990, p. 70 ss., in nota, secondo il quale «considerata, da un lato, la funzione limitativa del processo sommario di verifica, e dall'altro, l'inapplicabilità dell'art. 24 l.f. sul foro per le azioni che derivano dal fallimento, la persistenza della competenza e del rito ordinario sembra la più idonea per assicurare il *simultaneus processus*».

dedurre che qualunque pretesa vantato dal terzo, nei confronti del debitore fallito, dovrà necessariamente essere accertata con le forme dell'accertamento del passivo²⁰.

Il principio della tendenziale improcedibilità dei giudizi di cognizione pendenti in conseguenza del fallimento di una delle parti, per quanto assolutamente consolidato in giurisprudenza²¹, trova in dottrina posizioni contrastanti.

La stessa giurisprudenza peraltro esclude l'operatività di tale principio in caso di compensazione, con la conseguente possibilità di accertare al di fuori del fallimento la pretesa del terzo, purché nei limiti della concorrenza della pretesa fatta valere dal fallimento stesso²²; ed in materia di lavoro, potendo

²⁰ Alla luce di quanto detto in tema di c.d. liti attive se ne deduce che tale regola troverà applicazione per le sole pretese reali o personali, vantate da terzi nei confronti del fallimento, e non anche nel caso di pretese avanzate dal creditore poi fallito nei confronti di terzi debitori.

²¹ Con riferimento al giudizio ordinario, cfr., *ex multis*, Cass., 3 dicembre 2009, n. 25403, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2009, voce *Fallimento*, 283; Cass., 13 agosto 2008, n. 21565, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2008, voce *cit.*, 540; Cass., 26 settembre 1996, n. 8515, in *Fallimento*, 1997, 185.

²² Si tratta di un principio assolutamente pacifico in giurisprudenza.

In tal senso si veda, *ex multis*, Cass., 3 settembre 1996, n. 8053, in *Fallimento*, 1997, 598.

dunque compiere l'accertamento, sempre al di fuori del fallimento, di particolari rapporti o *status*, ferma la determinazione del *quantum* in sede fallimentare.

Importante eccezione è inoltre costituita dalla materia tributaria, in virtù delle particolari esigenze di tutela riconosciute al contribuente fallito.

A tal proposito e senza alcuna pretesa di esaustività si può, già in questa sede, ricordare che, al solo fine di garantire adeguata tutela giurisdizionale al contribuente fallito, si è riconosciuta in materia di contenzioso tributario la “*concorrente*” *capacità processuale* del fallito e del curatore, sul presupposto che il contribuente non è privato della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario, restando così esposto ai riflessi sanzionatori che conseguono alla definitività dell'atto impositivo: da ciò deriva che l'accertamento tributario, pur se inerente a crediti i cui presupposti si siano verificati prima della dichiarazione di fallimento, dev'essere notificato non solo al curatore, ma anche al contribuente poi fallito.

In sede di contenzioso tributario, dunque, non solo il contribuente fallito mantiene una capacità processuale *concorrente* (o *sostitutiva*) a quella del curatore fallimentare²³ ma, rimanendo

²³ Per quanto concerne la capacità processuale del contribuente fallito, la giurisprudenza ha avuto occasione di affermare più volte che egli conserva piena ed esclusiva legittimazione nelle controversie in cui siano dedotte questioni relative ad obbligazioni d'imposta inopponibili al fallimento, quali potrebbero essere, a titolo esemplificativo, quelle collegate ad attività fiscalmente rilevanti spiegate dal fallito successivamente alla sentenza dichiarativa di fallimento, ovvero ai redditi da lui denunciati, ai sensi dell'art. 125, comma secondo, del T.U. delle imposte sui redditi (trattasi della dichiarazione che le persone fisiche fallite devono presentare negli ordinari termini di scadenza comprendendo il reddito d'impresa conseguito nel periodo fallimentare oggetto della dichiarazione da parte del curatore fallimentare).

La legittimazione sostitutiva del fallito viene parimenti riconosciuta in tutti i casi in cui l'ufficio fallimentare non intenda impugnare le pretese del fisco, perché giudicate fondate o, molto più semplicemente, non ritenendo che l'imputazione possa in qualche modo giovare agli interessi della procedura, come ad esempio nell'ipotesi in cui il fallimento sia privo di attivo. In questo senso, *ex multis*, Cass., 1 giugno 1999, n. 5308, in *Fallimento*, 1999, 1258; Cass., 17 marzo 1995, n. 3094, in *Bollettino Tributario di informazione*, 1995, 1272; Cass., 20 dicembre 1994, n. 10957, in *Fallimento*, 1995, n. 1272; Cass., 20 marzo 1993, n. 3321, in *Bollettino Tributario di informazione*, 1994, 719.

Dubbi sussistono con riguardo alla questione se al contribuente fallito spetti anche la legittimazione concorrente con quella del curatore, allorché si controverta su rapporti tributari anteriori alla dichiarazione di fallimento e gli organi fallimentari decidano di proporre impugnazione. Al riguardo l'opinione prevalente, in dottrina e in giurisprudenza, è orientata in senso decisamente negativo: fuori dalle ipotesi tassativamente previste dall'art. 43 l.f., il fallito non può promuovere né intervenire in giudizi nei quali siano dedotti rapporti compresi nella massa passiva concorsuale.

soggetto alle obbligazioni d'imposta in corso di accertamento, lo stesso è legittimato a contestare la fondatezza della pretesa tributaria.

A tal fine, gli accertamenti tributari dovranno essere portati a sua conoscenza da parte del curatore²⁴.

In particolar modo, secondo alcune pronunce il fallito si ritiene legittimato a proporre ricorso e domanda di condono²⁵, secondo altre, invece, si considera improcedibile, una volta intervenuto il fallimento, il giudizio di opposizione

In dottrina, in questo senso, SATTA, opera cit., p. 154 ss.; DE FERRA-GUGLIELMUCCI, opera cit., p. 35; DE MARTINI, "Attività negoziale e attività processuale del fallito durante il fallimento", in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1971, p. 220 ss.; BONSIGNORI, "Diritto fallimentare", Torino, 1992, p. 150. In giurisprudenza, in questi ultimi anni, si veda Cass., 12 maggio 2006, n. 11068, in *Platinum*, UTET giuridica; Cass., 15 marzo 2006, n. 5671, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, 469; Cass., 3 aprile 2003, n. 5202, in *Fallimento* 2004, 639, con nota di CAPOCCHI; Cass., 8 marzo 2001, n. 3418, in *GT - Rivista di giustizia tributaria* 2002, 163, con nota di MONTANARI.

Non mancano tuttavia voci dissenzienti inclini ad ammettere, in ambito fiscale, una autonoma e concorrente legittimazione processuale accanto a quella del curatore.

In questo senso, per tutti MONTANARI, "Ancora sulla capacità processuale del fallito al cospetto delle pretese vantate nei confronti dell'erario", in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*", 2011, I, p. 512.

²⁴ Cfr. Commissione Tributaria di I grado Livorno, 3 dicembre 1983, in *Diritto e pratica tributaria*, 1984, II, 407.

²⁵ Commissione Tributaria I grado di Lecce, 20 aprile 1983, in *Il Fallimento*, 1984, 1061.

all'ingiunzione fiscale in quanto il credito andrebbe accertato dal giudice fallimentare²⁶.

²⁶ Tribunale di Genova, 24 marzo 1981, in *Il Fallimento*, 1982, 1012.

CAPITOLO SECONDO

Tesi a confronto: verso una regola della improcedibilità dei giudizi di cognizione pendenti per difetto di interesse della parte in bonis

Sommario: 2.1. Le posizioni di dottrina e giurisprudenza nel codice del commercio del 1882; 2.2 La posizione della dottrina: le teorie della procedibilità; 2.3. La posizione della dottrina: le teorie della improcedibilità; 2.3.1. *Segue*: la teoria della improcedibilità quale conseguenza degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento. Critica; 2.3.2. *Segue*: la teoria della improcedibilità quale conseguenza della domanda del creditore di ammissione al passivo. Critica; 2.3.3. *Segue*: la teoria della improcedibilità per “assorbimento” dei giudizi pendenti in virtù della particolare natura, struttura e finalità del fallimento 2.3.4. *Segue*: le teorie dell'assorbimento dei giudizi pendenti a seguito dell'apertura del fallimento. 2.3.4.1. *Segue*: la teoria della speciale competenza del tribunale fallimentare. Critica; 2.3.4.2. *Segue*: la teoria dell'esercizio di «azione derivante» dal fallimento. Critica; 2.3.4.3. *Segue*: la teoria della specialità del provvedimento di verifica dei crediti. Critica; 2.3.5. *Segue*: le teorie dell'assorbimento dei giudizi pendenti a seguito della domanda di ammissione al passivo. 2.3.5.1. *Segue*: la teoria della litispendenza. Critica; 2.3.5.2. *Segue*: la teoria della continenza di cause. Critica; 2.3.5.3. *Segue*: la teoria della connessione di cause. Critica; 2.3.6. *Segue*: la teoria della improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse ad agire del creditore in via ordinaria; 2.4. La posizione della giurisprudenza: il difetto di interesse quale *ratio* della improcedibilità dei giudizi di cognizione pendenti.

2.1. LE POSIZIONI DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA NEL CODICE DEL COMMERCIO DEL 1882

Prima di procedere alla trattazione delle posizioni assunte in dottrina e giurisprudenza, in merito al rapporto tra fallimento e giudizi di cognizione pendenti alla data della dichiarazione di fallimento, segue una breve esposizione sugli orientamenti vigenti al tempo del codice del commercio del 1882.

La dottrina era unanimemente orientata verso la tesi dell'assorbimento nella procedura fallimentare dei processi cognitivi in corso.

Si riteneva che la sentenza dichiarativa di fallimento privasse, da un lato, il fallito della disponibilità e dell'amministrazione del proprio patrimonio; dall'altro, il singolo creditore del potere di promuovere azioni esecutive individuali.

Tutto ciò equivaleva ad affermare che il provvedimento di apertura del fallimento produceva una "trasformazione" delle azioni di cognizione ordinarie sotto il profilo del loro esercizio,

sussumendolo quale logica conseguenza della natura e della struttura del processo fallimentare.

Il creditore, in seguito alla dichiarazione di fallimento, avrebbe dovuto percorrere la via del procedimento di verifica dei crediti per ottenere il soddisfacimento delle proprie ragioni, in quanto l'unico titolo per la partecipazione al concorso consisteva nell'ammissione allo stato passivo del credito, operata dal giudice delegato: diversamente il creditore non avrebbe potuto preconstituirsì tale titolo in un ordinario giudizio di cognizione.

Non si considerava, infatti, ammissibile una tra giudizio ordinario di accertamento del credito nei confronti del fallito e procedimento di accertamento del passivo²⁷.

Partendo dalle argomentazioni sulla speciale natura del procedimento e passando per la deroga alle ordinarie norme

²⁷ Si noti, in questo senso, il parallelismo con la *ratio* che sottendono ad oggi l'art. 96, comma terzo, n. 3), in ambito di crediti ammessi al passivo con riserva, rinviando ivi la trattazione al successivo capitolo IV.

sulla competenza del c.p.c. - la c.d. “*vis attractiva*”²⁸ (attuale art. 24 l.f.) - si giungeva così alla conseguenza che il giudizio di verifica del passivo aveva, di fatto, un carattere precettivo per il creditore, nella misura in cui questi avesse inteso soddisfarsi attraverso il concorso fallimentare.

In base alla tesi appena esposta, i giudizi di cognizione pendenti alla dichiarazione di fallimento dovevano perciò interrompersi, comportando la necessaria riproposizione della (medesima) domanda in sede fallimentare per mezzo della speciale procedura di insinuazione al passivo.

La dichiarazione di fallimento - sempre secondo la dottrina vigente sotto il passato codice - operava nei confronti dei creditori, la trasformazione (e conseguente sostituzione) delle

²⁸ Come si vedrà nella successiva esposizione, ancora oggi una parte della dottrina erroneamente deriva l'improcedibilità dei giudizi pendenti alla data della dichiarazione di fallimento dalla competenza «inderogabile» o «funzionale» del giudice delegato o del tribunale fallimentare o dalla «specialità» del relativo procedimento.

In questo senso si vedano, da ultimo, la Cass., 2 febbraio 2010, n. 2411, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, p. 303 e Tribunale di Milano 2 agosto 2006, in *AIDA*, 2007, p. 931 ss., con nota di VANZETTI, “*Azione di contraffazione o di concorrenza sleale e fallimento: alcuni profili processuali*”.

azioni cognitive ordinarie in un'azione concorsuale proponibile esclusivamente mediante la domanda di ammissione al passivo, prescindendo dalla circostanza che il credito vantato fosse stato o meno accertato giudizialmente.

Opposta era invece la posizione assunta dalla giurisprudenza consolidata²⁹ e dalla dottrina minoritaria³⁰, le quali propendevano per la tesi della procedibilità del giudizio pendente in sede ordinaria all'apertura del fallimento.

Distinguendo tra proponibilità della domanda in costanza di fallimento (esercitabile allora solo nelle forme della domanda di collocazione *ex artt.* 758 ss. cod. comm.) e procedibilità del giudizio di cognizione, istaurato anteriormente alla dichiarazione di fallimento, si derivava dalla legge l'obbligatorietà del procedimento di verifica dei crediti a mezzo

²⁹ Per un'elencazione sistematica delle sentenze si guardi CAVALAGLIO, "*Fallimento e giudizi pendenti*", CEDAM, Padova, 1975, p. 11, nota n. 17.

³⁰ CALAMANDREI, "*Del fallimento*", I, p. 393, Torino, 1893; SIMONCELLI, "*La sentenza di ammissione al passivo di un fallimento e l'interruzione della prescrizione*", in *Rivista di diritto commerciale*, 1980, 11, p. 232 ss.; CANDIAN, "*Il giudizio fallimentare della verifica e le condizioni della locazione*", in *Rivista di diritto commerciale*, 1937, I, 26; PIPIA, "*Del fallimento*", Torino, 1932, pp. 239; 241; 242; 561.

della speciale procedura solo in relazione all'azione esecutiva.

Si riteneva dunque applicabile (in via piuttosto arbitraria) il principio della *perpetuatio iurisdictionis* essendo necessario, per la formazione del titolo legittimante la partecipazione al concorso, l'esercizio dell'attività giurisdizionale di cognizione da parte di un altro giudice.

Pertanto i soli giudizi di cognizione pendenti non si interrompevano, né venivano rinviati od avvocati alla cognizione del giudice delegato, ma proseguivano davanti al giudice ordinario come se la dichiarazione di fallimento non fosse mai intervenuta³¹.

Ad ogni modo, pendente il giudizio cognitivo in sede ordinaria, il giudice delegato non avrebbe potuto emettere, sulla contemporanea richiesta del creditore di ammissione allo stato

³¹ Si consigliava, tuttavia, al creditore, nelle more del giudizio in corso, di proporre ugualmente la tempestiva domanda di ammissione allo stato passivo, onde evitare i rischi e le conseguenze dell'insinuazione tardiva. La domanda, si precisava, non avrebbe comportato una duplicazione dei giudizi sullo stesso oggetto, poiché il giudice delegato non avrebbe compiuto un'ulteriore cognizione della pretesa creditoria, pronunciandosi unicamente in merito all'ammissione (o esclusione) del credito e, di riflesso, sull'azione esecutiva proposta dal creditore attraverso la domanda di collocazione.

passivo, alcun provvedimento positivo (o negativo) poiché avrebbe incontrato ostacolo nella litispendenza.

Una volta emessa la sentenza in sede ordinaria, questa avrebbe costituito prova inconfutabile circa l'*an* e il *quantum* del credito vantato³².

La suddetta tesi ammetteva, così, per un verso la improponibilità assoluta delle azioni ordinarie in costanza di fallimento, per l'altro la procedibilità dei giudizi di cognizione già pendenti in virtù della *perpetuatio iurisdictionis*, nel silenzio della legge.

Nel vigore della nuova legge fallimentare, dopo un periodo

³² Se una simile ricostruzione potrebbe apparire alquanto incoerente, posto che l'art. 750, comma secondo, cod. comm., stabiliva la sottoposizione di ogni credito all'accertamento nelle forme del procedimento di verificaione, occorre, tuttavia, ricordare che sotto la vigenza del passato codice, non vi era una norma dal contenuto analogo a quello del vigente articolo 96, comma terzo, n. 3) l.f.

In questo senso avrebbe sicuramente aiutato l'art. 101, comma secondo, contenuto nel progetto di riforma Bonelli il quale, oltre a prevedere per legge l'interruzione dei processi di cognizione pendenti e l'obbligo incondizionato della verificaione del credito per mezzo dell'ammissione al passivo, stabiliva che le sentenze ottenute dal creditore avrebbero avuto valore di documenti, ponendo fine al problema della tutela giurisdizionale del credito in sede ordinaria in costanza di fallimento.

di oscillazioni giurisprudenziali, si è andata progressivamente consolidando l'opinione, oggi dominante, della *tendenziale improcedibilità del giudizio di cognizione pendente alla data della dichiarazione di fallimento*³³.

2.2. LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA: LA TEORIA DELLA PROCEDIBILITÀ

Con riferimento all'incidenza dell'apertura del fallimento sui processi di cognizione in corso, le opinioni dottrinarie, succedutesi nel tempo, si sono incanalate essenzialmente in due grandi categorie contrapposte:

³³ In dottrina tale orientamento giurisprudenziale si riscontra in CAVALAGLIO, opera cit., il quale nell'introduzione precisa che, ancorché vi si scorga concordanza sul risultato finale - l'improcedibilità del giudizio cognitivo pendente - le motivazioni addotte divergono profondamente.

L'autore sostiene che il giudizio di verifica dei crediti costituisca il nodo dal quale muovere per il tema trattato, giungendo a rilevare come l'evoluzione dell'istituto abbia influenzato direttamente la questione della sorte dei processi cognitivi pendenti.

- le teorie della procedibilità dei giudizi pendenti;
- le teorie della improcedibilità dei giudizi pendenti;

potendosi ciononostante rinvenire, a margine, posizioni intermedie³⁴.

Parte della dottrina afferma la piena ammissibilità e procedibilità dei giudizi pendenti, muovendo dal presupposto che da tali processi la massa non è mai interessata³⁵.

Ottenere una sentenza di accertamento (o di accertamento e condanna) contro il fallito significherebbe, in ogni caso, acquisire una pronuncia sfornita di qualunque effetto all'interno del fallimento, destinata ad essere utile solo una volta chiusa la

³⁴ Per un ulteriore approfondimento in materia si consiglia la lettura di CAVALAGLIO, opera cit., p. 21 ss.; RICCI E.F., “*Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*” in *Quaderni di giurisprudenza commerciale* n. 24, Giuffrè, Milano, 1979, p. 21 ss.; BONSIGNORI, voce *Fallimento*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione V commerciale, edizione IV, UTET, Torino, 1990, pp. 407-409.

³⁵ Aderisce a questa tesi ANDOLINA, “*Appunti sulla vicenda giurisdizionale dei crediti pendente il processo di fallimento*”, in *Giurisprudenza Italiana*, 1958, I, 1, p. 361 ss.

In giurisprudenza tale orientamento è stato in passato dominante.

Da ultimo, Cass., 6 giugno 1975, n. 2248, in *Giurisprudenza commerciale*, 1976, II, 5, con un diligente richiamo alla giurisprudenza precedente.

procedura concorsuale³⁶.

Altra parte della dottrina, sul presupposto che non vi siano interferenze tra i due giudizi, ritiene che il giudizio di cognizione pendente possa senz'altro proseguire per la formazione di un giudicato che sarà opponibile all'imprenditore tornato *in bonis*³⁷.

Altri ancora ammettono la procedibilità del giudizio in corso a condizione della mancata partecipazione del creditore alle vicende fallimentari dell'accertamento dello stato passivo³⁸.

In posizione del tutto residuale si pone, infine, la tesi che ammette la procedibilità, in sede ordinaria, delle sole azioni di

³⁶ Cfr. RICCI E.F., “*Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*” opera cit., p. 22.

Da notare come questa conclusione, che in passato ha costituito la base per teorizzare la procedibilità dei giudizi di cognizione pendenti sia stata, successivamente, utilizzata per postulare il fenomeno opposto, e cioè la loro improcedibilità

³⁷ Cfr. RICCI E.F., “*Sull'efficacia dell'ammissione al passivo fallimentare*”, in *Giurisprudenza commerciale*, 1975 II, p. 90; ID., “*Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*”, opera cit., pp. 21 ss., 141 ss.; VOCINO, “*Il fallimento nel suo processo*”, in *Diritto fallimentare*, 1972, I, p. 254.

³⁸ Cfr. RAGUSA MAGGIORE, “*Diritto fallimentare*”, Napoli, 1974, p. 596; CAVALAGLIO, “*Fallimento e giudizi pendenti*”, opera cit, p. 149; FABIANI M., “*L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*”, in *Fallimento*, 1990, p. 899.

condanna, escludendo quelle di mero accertamento³⁹.

Sebbene la tesi della improcedibilità sia stata in passato sostenuta dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza, ad oggi solo una parte della dottrina minoritaria perviene a tale conclusione.

2.3. LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA: LE TEORIE DELLA IMPROCEDIBILITÀ

Nell'ambito delle teorie dell'improcedibilità è possibile individuare, tendenzialmente, quattro categorie:

1. la teoria della improcedibilità quale conseguenza degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento;
2. la teoria della improcedibilità quale conseguenza della domanda del creditore di ammissione al passivo;
3. la teoria della improcedibilità per “assorbimento” dei giudizi pendenti in virtù della particolare natura, struttura

³⁹ CAVALAGLIO, opera cit., p. 194 ss.; RICCI E.F., *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, opera cit., p. 20 ss, in

e finalità del fallimento:

- le teorie dell'assorbimento dei giudizi pendenti a seguito dell'apertura del fallimento:
 - teoria della speciale competenza del tribunale fallimentare;
 - teoria dell'esercizio di «azione derivante» dal fallimento;
 - teoria della specialità del procedimento di verifica dei crediti;
 - le teorie dell'assorbimento dei giudizi pendenti a seguito della domanda di ammissione al passivo:
 - teoria della litispendenza;
 - teoria della continenza;
 - teoria della connessione;
4. la teoria della improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse ad agire del creditore in via ordinaria.

**2.3.1. SEGUE: LA TEORIA DELLA IMPROCEDIBILITÀ QUALE
CONSEGUENZA DEGLI EFFETTI DELLA SENTENZA DICHIARATIVA
DI FALLIMENTO. CRITICA**

Partendo dalla prima delle teorie elencate, l'improcedibilità viene fatta derivare dagli effetti prodotti dalla sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti del fallito (artt. 42, 43, 44 l.f.).

Si rende dunque necessario definire la posizione giuridica del debitore dichiarato fallito in ordine alla capacità di agire sul piano sostanziale e, conseguentemente, i suoi riflessi sul piano processuale.

La sentenza dichiarativa di fallimento non comporterebbe la indiscriminata perdita della capacità di agire e questo è un punto che, attualmente, costituisce un risultato non discutibile per la dottrina⁴⁰.

Il fallimento lascia integra la capacità d'agire, mentre, per

⁴⁰ Cfr. VITALE, "La dichiarazione di fallimento", Milano, 1967, p. 227 ss. e autori *ivi* richiamati.

Contrariamente si veda RICCI, "Lezioni sul fallimento", opera cit., pp. 112-114.

effetto dello spossessamento, il fallito perderebbe la capacità di stare in giudizio relativamente ai rapporti patrimoniali avocati al fallimento.

In ordine all'attività processuale, destinata ad incidere direttamente sui rapporti giuridici ricompresi nel fallimento, l'art. 43 l.f.⁴¹ attribuisce la legittimazione processuale esclusiva al curatore, salve le tassative eccezioni individuate dal comma secondo del medesimo articolo, restando così l'attività processuale relativa a rapporti non ricompresi nel fallimento (o svolta in previsione del futuro riacquisto del potere di disposizione del fallito tornato *in bonis*) gestita dal fallito personalmente⁴².

⁴¹ Gli artt. 44 e 45 l.f. sanciscono rispettivamente l'inefficacia degli atti compiuti dal fallito - *ivi* compresi pagamenti eseguiti (o ricevuti) e le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi - a fra data dalla dichiarazione di fallimento.

Inefficacia intesa quale inopponibilità di tali atti nei confronti della massa.

⁴² La questione su cui la dottrina si è spesso interrogata concerne, piuttosto, il diverso problema se il fallito abbia o meno la capacità di compiere atti processuali nell'inerzia degli organi del fallimento.

Su tale argomento, in particolar modo MARTINO, "In tema di legittimazione processuale del fallito", in *Giurisprudenza della cassazione civile*, 1953, VII, p. 727; AZZOLINA "Il fallimento e le altre procedure concorsuali", volume II, Torino, 1961, p. 1102; CELORJA-PAJARDI,

La giurisprudenza ha ammesso, volta per volta, eccezioni alla regola della assoluta incapacità processuale, indotte dalla considerazione delle esigenze delle singole fattispecie, rivelandosi inadeguata una rigida applicazione del criterio della incapacità assoluta.

Per quanti aderiscono alla presente tesi, al contrario, dalla *incapacità processuale assoluta* del fallito, quale effetto della sentenza dichiarativa di fallimento, si verrebbe a determinare, quale conseguenza, un *arresto automatico* dei processi pendenti⁴³.

“Commentario alla legge fallimentare”, volume I, Milano, 1960, p. 381; DE MAIO, “Sulla presunta capacità del fallito di compiere atti processuali nell’inerzia del curatore”, in *Giurisprudenza della Cassazione civile*, 1952, II, p. 711; MANFRA, “In tema di sostituzione processuale nel fallimento” in *Giustizia civile*, 1953, I, p. 1404; DE MARCO, “Sulla presunta capacità del fallito di compiere atti processuali nell’inerzia del curatore”, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1952, II, p. 711.

⁴³ Propendono per la tesi della conseguente incapacità processuale *assoluta* del fallito: ANDRIOLI, “Incapacità processuale del fallito”, in *Giurisprudenza della Cassazione civile*, 1954, 143; ID, “Accertamento del passivo fallimentare e processi di cognizione pendenti”, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1958, I, p. 53 ss.; AZZOLINA, opera cit., p. 1096; GARBAGNATI, “Fallimento ed azioni dei creditori”, in *Esecuzione individuale e fallimento. Bilancio della legge fallimentare*, Milano, 1961, p. 75; LANFRANCHI, “Sull’efficacia della verifica del passivo nel fallimento”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1943, I, p. 296; TRAVI, “Accertamento dei crediti verso il fallito ed esclusività del procedimento di verifica”, in *Giurisprudenza Italiana*, 1957, II, 1, p. 296; DE FERRA, “Degli effetti del fallimento per il fallito”, opera cit., p. 35 ss.

La critica a tale tesi muove da un diverso assunto, e cioè che la perdita della legittimazione processuale non si verifica automaticamente, bensì a seguito dell'esercizio del potere di legittimazione sostitutiva da parte del curatore conferito a norma dall'art. 43 l.f.: il difetto di legittimazione processuale del fallito costituirebbe, dunque, il risultato del concreto esercizio del potere esclusivo dell'organo fallimentare⁴⁴.

Parte della dottrina è così giunta a distinguere tra «subingresso automatico» e «potere di subingresso» del curatore nelle varie posizioni processuali.

Il potere di subingresso del curatore sarebbe desunto dal combinato disposto degli artt. 44 e 96, comma terzo, n. 3) l.f. -

Anteriormente alla vigente legge fallimentare la tesi è stata sostenuta da BONELLI, *“Del fallimento”* (con aggiunte di ANDRIOLI), II, Milano, 1938, p. 639.

Contrastano tale tesi CAVALAGLIO, opera cit. pp. 27-35; PICARDI, *“La successione del curatore nella esecuzione immobiliare”*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1965, 506, n. 6, p. 520, il quale esclude il subingresso automatico del curatore nell'ipotesi dell'art. 107 l.f.

⁴⁴ A tale conclusione perviene CAVALAGLIO, opera cit., p. 32, il quale precisa che il curatore dovrà, ogni qualvolta intenda istaurare o intervenire in giudizio, ottenere un apposito provvedimento del giudice delegato, in mancanza del quale verrebbe eccepito il suo difetto di legittimazione.

ferma restando l'impossibilità di opporre alla massa fallimentare e ai creditori i risultati di un processo condotto nei confronti del fallito, con conseguente l'impossibilità di recare pregiudizio a questi ultimi - mentre la valutazione circa l'opportunità di subentrare o meno in giudizio sarebbe tendenzialmente lasciata al curatore, il quale deve tener conto delle esigenze e degli interessi della massa e dei creditori al fine di decidere se esercitare (o meno) il potere di subingresso nei limiti attribuitigli dall'art. 43 l.f.

Così, come sul piano negoziale il fallimento può far valere la carenza di legittimazione *ad negotia* del fallito stesso oppure utilizzare i suoi risultati, non eccependo l'inefficacia degli atti da lui compiuti, allo stesso modo il difetto di legittimazione processuale di questi si paleserebbe solo a seguito dell'esercizio del potere di legittimazione sostitutiva da parte del curatore.

Stando a questa impostazione se dunque il curatore scegliesse di non sostituirsi al fallito, questi non perderebbe la

propria legittimazione processuale⁴⁵ ed il processo non potrebbe subire alcuna automatica interruzione, come diversamente sostenuto da una parte della dottrina.

Sulla base di queste premesse la critica ha ricavato le seguenti conclusioni: ogni qualvolta si intenda ottenere un accertamento del credito, o una sentenza di condanna o costitutiva (sebbene esclusivamente sul patrimonio del fallito tornato *in bonis*) è ammissibile una legittimazione del fallito a stare nel giudizio ordinario; viceversa è impossibile estendere tale possibilità ai fini di una partecipazione del creditore al concorso, stante il principio disposto dall'art. 52 l.f.

La critica giunge così alla conclusione che dalla sentenza dichiarativa di fallimento non discenderebbe affatto, quale effetto personale nei confronti del fallito, una incapacità né sostanziale né processuale, ma solo un difetto di legittimazione, operante nei limiti della necessaria insensibilità della massa fallimentare rispetto all'attività negoziale e processuale del

⁴⁵ In questo senso CAVALAGLIO, opera cit., p. 33.

fallito.

Da qui deriverebbe, dunque, l'impossibilità di considerare la situazione del fallito quale unica causa della asserita improcedibilità dei giudizi di cognizione pendenti alla data della dichiarazione di fallimento.

La critica non coglie nel segno.

Come si è visto è, infatti, indubbio che il fallito perda la propria capacità di stare in giudizio in seguito alla dichiarazione di fallimento⁴⁶.

Detta perdita comporterebbe esclusivamente un problema di rappresentanza, non intaccando affatto il merito del giudizio; problema, questo, risolto dal legislatore attribuendo la legittimazione esclusiva al curatore.

L'improcedibilità di un giudizio di cognizione pendente alla data di dichiarazione di fallimento non può, dunque, derivare dalla perdita della capacità del fallito.

⁴⁶ Il difetto di capacità di stare in giudizio del fallito permane, infatti, anche in caso di inerzia del curatore fallimentare.

Né sembra derivare che dalla mancata scelta del curatore di comparire in giudizio possa discendere una residua legittimazione processuale del fallito⁴⁷.

2.3.2. SEGUE: LA TEORIA DELLA IMPROCEDIBILITÀ QUALE CONSEGUENZA DELLA DOMANDA DEL CREDITORE DI AMMISSIONE AL PASSIVO. CRITICA

Secondo altra parte della dottrina minoritaria l'improcedibilità (o improseguibilità) dei giudizi di cognizione pendenti sarebbe invece conseguenza della domanda di insinuazione del creditore al passivo, sì da non verificarsi ove il creditore non proponga quest'ultima⁴⁸.

⁴⁷ In materia tributaria si è tuttavia ammessa una *legittimazione «sostitutiva»* del fallito, derogatoria del principio enunciato dall'art. 43 l.f., in tutti i casi in cui, per inerzia del curatore, il fallito potrebbe essere sottoposto a sanzione connessa all'inadempimento dell'obbligazione tributaria a suo carico.

⁴⁸ Cfr., RICCI, "Formazione del passivo fallimentare e decisioni sul credito", opera cit., p. 23. Aderiscono alla presente tesi PAJARDI, "Manuale di diritto fallimentare", Milano, 1976, p. 482, in relazioni a quanto premesso a pag. 291; ID., "Ancora sulla esclusività del procedimento speciale di accertamento di diritti verso il fallito; in particolare i suoi limiti e la sorte delle cause di mero

Tralasciando le situazioni sostanziali e processuali del fallito derivanti dalla domanda di ammissione al passivo, il giudizio di cognizione ordinario si interromperebbe senza alcuna possibilità di confluire nell'opposizione eventualmente proposta contro il decreto di esclusione.

Occorre inoltre ricordare che l'accertamento giurisdizionale, effettuato in sede extra fallimentare del credito, ed il giudizio di verifica dei crediti per la formazione dello stato passivo fallimentare si svolgono su piani *indipendenti*, senza reciproche interferenze, poiché tendono, per loro natura, a risultati diversi⁴⁹.

accertamento”, in *Diritto fallimentare*, 1975, II, p. 816 (in relazione ai giudizi di mero accertamento); DE MARTINI, “*Il fallimento del debitore sopravvenuto nel corso del giudizio di accertamento del credito*”, in *Rivista di diritto commerciale*, 1953, II, p. 229 ss., ID., “*Accertamento in sede di verifica dello stato passivo e accertamento fuori fallimento di crediti verso il fallito*”, in *Rivista di diritto commerciale*, 1955, II, p. 368 ss.; AZZOLINA, “*A proposito di attrazione nel fallimento delle azioni ordinarie di cognizione*”, in *Foro padano*, 1955, I, p. 816 ss., il quale argomentando sulla procedibilità del giudizio pendente contro il fallito circoscrive la veridicità della stessa alla sola ipotesi di mancata istanza di insinuazione al passivo (p. 819); PAZZAGLIA, “*Effetti del fallimento sui processi pendenti per l'accertamento dei crediti*”, in *Tem*, 1954, p. 436; CAVALAGLIO, opera cit., p. 70 ss.

⁴⁹ A sostegno dell'indipendenza dei due processi (eccezion fatta per una sentenza emanata in sede ordinaria e già passata in giudicato alla data della dichiarazione di

La diversità di risultati fa sì che i procedimenti abbiano una loro inconfondibile autonomia escludendo, al contempo, la possibilità di una reciproca interferenza.

Alla conclusione dell'infungibilità tra giudizio cognitorio ordinario e attività fallimentare sono giunte la dottrina e la

fallimento, la quale ha valenza di cosa giudicata anche nel fallimento) basterebbe indicare la diversità dei risultati cui, rispettivamente, tendono.

L'accertamento extra fallimentare è un procedimento ordinario, caratterizzato da un pieno ed effettivo contraddittorio tra le parti e dalla cognizione (piena) da parte dell'organo giurisdizionale. Si conclude con un provvedimento, destinato ad acquisire l'autorità di cosa giudicata, in relazione all'*an* e al *quantum* del credito fatto valere nei confronti del debitore, o a costituire titolo esecutivo legittimante il creditore ad agire *in executivis* per la realizzazione coattiva del proprio diritto o, ancora, per creare, estinguere o modificare un rapporto giuridico, da cui potrebbe astrattamente derivare un credito di restituzione.

La domanda di ammissione al passivo fallimentare costituisce condizione necessaria e sufficiente per consentire il riconoscimento di un credito all'interno della procedura fallimentare. Il combinato disposto degli artt. 52 e 93 l.f. suggerisce infatti al creditore, che voglia ottenere il riconoscimento del proprio credito nel fallimento, di farlo esclusivamente a mezzo della procedura disciplinata dal capo V della l.f., e, dunque, nelle forme e nei modi imposti dalla procedura.

La procedura è caratterizzata dunque da un proprio accertamento, condotto nei modi e forme imposte dalla procedura concorsuale, e che nasce sommario potendo, a seguito di opposizione allo stato passivo, divenire a «cognizione piena» (sul concetto di cognizione piena nel fallimento si tornerà nel corso della trattazione del presente capitolo).

giurisprudenza prevalenti⁵⁰.

Si desume allora il principio secondo il quale *tutto ciò che viene stabilito nel fallimento resta nel fallimento*, il cui fondamento positivo riposa nell'art. 96, ultimo comma, l.f., a norma del quale «il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'art. 99, producono effetti soltanto ai fini del concorso».

La dottrina aderente alla presente tesi ha invece rilevato tale autonomia-infungibilità unicamente per spiegare la portata del combinato disposto degli artt. 51 e 52 l.f. e non anche per

⁵⁰ In dottrina, senza pretese di esclusività, PROVINCIALI, “*La lanterna di Diogene e gli effetti del fallimento sui processi procedimenti in corso per accertamento dei crediti*”; in *Diritto fallimentare*, 1953, II, 81; GARBAGNATI, opera cit.; PAJARDI, tra le altre, “*Domanda riconvenzionale improponibile in sede extra fallimentare*”, in *Diritto fallimentare*, 1956, I, 120; GAETA L., “*Procedimenti in corso per accertamento di crediti e sopravvenuto fallimento*”, in *Giurisprudenza della Cassazione civile*, 1955, IV, 50, 370; GAETA S., “*Azione di accertamento in corso alla data di dichiarazione di fallimento*”, in *Foro Italiano*, 1955, IV, p. 110; ZINITI, “*Esclusività del procedimento di verifica del passivo fallimentare*”, in *Archivio ricerche giuridiche*, 1948, 270.

In giurisprudenza l'indirizzo è consolidato e costituisce *ius receptum*. tra le altre si veda Cass., 28 maggio 1955, n. 1658, in *Diritto fallimentare*, 1955, II, 249; Cass., 6 dicembre 1963, n. 3106, in *Diritto fallimentare*, 1963, II, 605; Cass., 9 luglio 1968, n. 2357, in *Diritto fallimentare*, 1956, II, 50; Cass., 6 settembre 1969, n. 3074, in *Giustizia civile - Massime*, 1969, 1581.

giungere ad una risoluzione del problematico rapporto tra giudizi, rimasto così insoluto.

L'improcedibilità deriverebbe dal fatto che «la domanda di ammissione al passivo del fallimento, mentre costituisce la forma esclusiva per il conseguimento della soddisfazione del credito, mediante l'instaurazione di un procedimento di volontaria giurisdizione nell'ambito del fallimento, non può essere considerata la nuova forma in cui esercitare anche l'azione cognitiva già proposta dal creditore in sede ordinaria o, eventualmente, proponibile dal medesimo in costanza di fallimento»⁵¹.

A ben vedere non potendo ammettersi un duplice accertamento, il quale abbia ad oggetto il medesimo credito in due differenti giudizi governati a loro volta da differenti procedimenti, non lo si potrebbe coerentemente assumere quale causa dalla quale far pervenire l'improcedibilità dei giudizi pendenti.

⁵¹ Cfr. CAVALAGLIO, opera cit., p. 154.

Occorre domandarsi, piuttosto, quali sarebbero gli effetti di una sentenza di accertamento nel fallimento e quali, viceversa, quelli di un provvedimento (sentenza o ordinanza) conclusivo del fallimento in un giudizio di cognizione ordinario.

Per rispondere al primo quesito, basti ricordare quanto già detto in precedenza, e cioè che *gli effetti del provvedimento conclusivo del fallimento valgono esclusivamente nel fallimento*.

L'art. 120, ultimo comma, l.f., dispone infatti che «il decreto o la sentenza con la quale il credito è stato ammesso al passivo costituisce prova scritta per gli effetti di cui all'art. 634 del c.p.c.».

Richiamando dunque la normativa sulla prova scritta il legislatore fallimentare ha così fugato ogni dubbio circa la reale portata dell'atto conclusivo della procedura fallimentare, che quindi non costituisce, né potrebbe costituire, valido titolo per far valere pretese creditorie in un ordinario giudizio di cognizione.

Quanto al secondo quesito, lo stesso art. 52 l.f. dispone il

principio della necessità dell'accertamento dei crediti nelle forme stabilite dagli artt. 93 ss. l.f., quale unico strumento in possesso del creditore per far valere qualsiasi pretesa nel fallimento.

Solo un atto, conclusivo di un giudizio di cognizione, che sia già passato in giudicato alla data della dichiarazione di fallimento, avrebbe valenza di cosa giudicata anche nel fallimento.

Non è però questo il nostro caso.

Per completezza di esposizione si ricorda che una parte della dottrina minoritaria, aderente alla tesi in esame, ritiene che le domande di insinuazione al passivo costituirebbero un vero e proprio atto di riassunzione davanti al tribunale fallimentare⁵².

⁵² In questo senso SATTA, opera cit., p. 243; PROVINCIALI, *“Trattato di diritto fallimentare”*, Milano, 1974, III, p. 1421.

2.3.3. *SEGUE*: LA TEORIA DELLA IMPROCEDIBILITÀ PER “ASSORBIMENTO” DEI GIUDIZI PENDENTI IN VIRTÙ DELLA PARTICOLARE NATURA, STRUTTURA E FINALITÀ DEL FALLIMENTO

Altri autori hanno cercato la soluzione del problema del rapporto tra giudizi di cognizione pendenti e fallimento negli aspetti caratterizzanti la procedura concorsuale quali la competenza, le azioni derivanti, la speciale natura, il rito.

Questi orientamenti hanno sviluppato diversi filoni, legati da un dato comune: l'*improcedibilità* del giudizio di cognizione pendente alla data della dichiarazione del fallimento, derivandola da cause diverse, seppur tutte riconducibili ai caratteri distintivi del fallimento medesimo.

L'opinione prevalente, in dottrina e giurisprudenza, ha in passato utilizzato il termine «potere assorbente» o «*vis atractiva*» per indicare la prevalenza della procedura fallimentare sui giudizi di cognizione pendenti.

Con la sentenza dichiarativa di fallimento si aprirebbe un procedimento che - proprio in virtù della sua particolare natura,

struttura, finalità - eserciterebbe un potere di attrazione e, dunque, un «assorbimento» su tutti i giudizi di cognizione in corso.

In questo modo le azioni, che potevano essere in precedenza esercitate liberamente secondo le regole del diritto comune, confluirebbero nella procedura concorsuale, assumendone le peculiari formalità.

Il fondamento positivo di tali costruzioni viene costantemente individuato nell'art. 52 l.f., il quale connota il procedimento di accertamento del passivo di un carattere di specialità ed infungibilità rispetto ai processi di cognizione pendenti.

Nell'ambito di questo orientamento sarebbe possibile delineare alcune grandi direttrici.

2.3.4. SEGUE: LE TEORIE DELL'ASSORBIMENTO DEI GIUDIZI PENDENTI A SEGUITO DELL'APERTURA DEL FALLIMENTO: LA TEORIA DELLA SPECIALE COMPETENZA DEL TRIBUNALE FALLIMENTARE. CRITICA

Il tentativo di una parte della dottrina di giustificare il potere di assorbimento dei giudizi pendenti con la particolare competenza attribuita al foro fallimentare, imperniata sull'art. 24 l.f., non ha avuto molto successo⁵³.

La competenza del tribunale fallimentare è pacificamente intesa quale competenza *funzionale, assoluta e inderogabile* dalla volontà delle parti⁵⁴, fondata positivamente sul combinato

⁵³ Fanno riferimento alla competenza assorbente del tribunale fallimentare, con riguardo all'instaurazione del procedimento di accertamento del passivo ROSSONI, "*Inderogabilità di forme nell'accertamento dei crediti verso il fallito e processi pendenti*" in *Diritto fallimentare*, 1965, II, 253. *Contra*: GAETA S, opera cit., p. 606; GAETA L., opera cit.; PAJARDI, "*Ulteriori applicazioni del principio di esclusività del procedimento speciale di accertamento dei diritti verso il fallito*", in *Diritto fallimentare*, 1958, II, 956.

⁵⁴ In questo senso CASELLI, in SCIALOJIA-BRANCA, *Commentario della Legge fallimentare* (a cura di), in *Foro Italiano*, pp. 67-68, AZZOLINA, "*Il fallimento e le altre procedure concorsuali*", I, UTET, p. 384; PROVINCIALI, opera cit., I, pp. 676-677. In giurisprudenza si veda per tutte, Tribunale di Milano, 25 marzo 1958, in *Il Fallimento*, 1985, 677.

disposto degli artt. 9 e 24 l.f.

Individuato il tribunale competente a dichiarare il fallimento, ciò non potrebbe, tuttavia, portare ad affermare che la sentenza dichiarativa di fallimento comporti automaticamente l'ulteriore conseguenza dell'attrazione al foro fallimentare dei giudizi cognitivi pendenti contro il debitore, dichiarato successivamente fallito.

La competenza deve, infatti, determinarsi con riguardo alla *legge vigente* e allo *stato di fatto* esistente al momento della proposizione della domanda.

Ciò comporta coerentemente che, poiché la competenza in un giudizio pendente alla data della dichiarazione di fallimento (dunque precedente) si troverebbe ad essere già determinata al sopraggiungere del fallimento, la stessa non potrebbe, in seguito, subire modifiche a causa di questo.

La competenza inderogabile del tribunale fallimentare non potrebbe quindi fornire alcuna valida spiegazione al potere di assorbimento da parte del fallimento sui giudizi ordinari:

manca, di fatto, il nesso diretto causa-effetto, risolvendosi in un «salto logico difficilmente colmabile»⁵⁵.

**2.3.4.1. *SEGUE*: LA TEORIA DELL'ESERCIZIO DI «AZIONE DERIVANTE»
DAL FALLIMENTO. CRITICA**

Non potendo derivare l'assorbimento dalla semplice competenza funzionale si è ricercato il fondamento positivo in una diversa lettura del dato normativo contenuto nell'art. 24 l.f., a norma del quale «il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore».

Ricomprendendo i giudizi cognitivi pendenti nella categoria delle azioni derivanti dal fallimento, si è potuto attrarre gli stessi nell'ambito di questo.

Per aderire alla tesi (o, viceversa, criticarla) dovremmo

⁵⁵ Cfr. CAVALAGLIO, opera cit., p. 39.

anzitutto conoscere la reale portata del concetto di «azioni derivanti» e chiederci, solo in momento successivo, se le azioni ordinarie possano essere ricomprese in tale categoria⁵⁶.

In continuità con i risultati dottrinali conseguiti sotto il passato codice del commercio, opinione pacifica sul significato di «azioni che derivano dal fallimento» (sul presupposto di una lettura coerente al dettato degli artt. 52, comma secondo e 92 ss. l.f.), tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, è quella secondo la quale «in linea di principio, derivano dal fallimento tutte le azioni che trovano in quest'ultimo la loro origine causale e che sarebbero ad ogni modo inconcepibili al di fuori di esso»⁵⁷.

Si ritiene comunemente che la *vis attractiva* si estenda anche

⁵⁶ Il problema era stato avvertito, da parte della dottrina più attenta, già sotto il codice del commercio del 1882.

Per una sintesi in ordine al dibattito dottrinario ed alle interpretazioni che ne sono seguite, si rinvia alla lettura di CAVALAGLIO, opera cit., nota n. 7.

⁵⁷ Cfr. Corte Costituzionale, 7 luglio 1988, n. 778, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, I, 7748.

In dottrina tra gli altri FERRARA-BORGIOLI, “*Il fallimento*”, quinta edizione, Milano, Giuffrè editore, 1995, p. 274; SANDULLI, “*La crisi dell'impresa, Il fallimento e le altre procedure concorsuali?*”, Torino, 2007, p. 59.

alle azioni che, pur potendo essere esercitate indipendentemente dal fallimento, vedono però modificata, a causa di quest'ultimo, la loro essenza e la loro sostanziale disciplina giuridica, con la conseguente applicazione di norme sostanziali tipiche del concorso.

In ragione di ciò si afferma che l'art. 66 l.f. attribuisce espressamente al tribunale fallimentare la competenza a conoscere delle azioni revocatorie ordinarie allorché siano esercitate dal curatore⁵⁸.

Pertanto, le azioni che non sarebbero venute ad esistenza in assenza della procedura concorsuale - o sulla natura e a fondamento delle quali essa non esercita alcuna influenza né vi incide - esulano dalla competenza per attrazione del tribunale fallimentare e possono, conseguentemente, essere promosse (o proseguite) davanti al giudice ordinario⁵⁹.

⁵⁸ Tribunale di Treviso, 2 luglio 2007, in *Corriere giur.*, 2008, 849.

⁵⁹ A questa conclusione giungono PROVINCIALI, opera cit., volume I, p. 149 ss. e 669 ss., PAJARDI, opera cit., p. 192; CIPRIANI, "La competenza del tribunale fallimentare e le azioni che derivano dal fallimento", in *Circolazione e trasporti*, 1958, 277, DI CARLO, "La vis

Con riguardo al piano processuale, mentre la *vis atractiva* ben potrebbe spiegare i suoi effetti su un giudizio ordinario, non si potrebbe, viceversa, ipotizzare l'influenza di una lite svolgentesi in sede extra fallimentare sui risultati e sulle finalità del fallimento, data l'assoluta insensibilità di questo rispetto a tutti gli atti negoziali e le attività processuali poste in essere dal fallito o nei suoi confronti.

Non potranno allora essere accolte interpretazioni estensive del concetto di derivazione risultando equivoco qualunque tentativo di enunciazione di un principio di carattere generale.

Dottrina e giurisprudenza hanno cercato, piuttosto, di delimitare l'ambito della c.d. «competenza per attrazione» del foro fallimentare con riferimento a singole fattispecie e sulla base del dato positivo⁶⁰.

attractiva del foro fallimentare e i suoi limiti?, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1950, I, 242.

⁶⁰ La giurisprudenza generalmente include nella competenza del tribunale fallimentare non solo le controversie che traggono origine dallo stato di dissesto, ma anche quelle che comunque dal fallimento ne sono investite (o influenzate) e che in questo trovano il loro svolgimento al fine di poter garantire l'unità dell'esecuzione concorsuale e la *par condicio creditorum*. La giurisprudenza di merito (Appello di Firenze, 13 febbraio 1989, in *Diritto*

Le azioni cognitive in corso, per loro natura discendono da rapporti giuridici preesistenti al fallimento e tale precedenza temporale ne giustifica sufficientemente la loro autonomia,

fallimentare, 1990, II, 167) ha specificato che, poiché per «azioni derivanti dal fallimento» devono intendersi anche quelle che incidono sul patrimonio del fallito, rientrano in tale ambito anche gli accertamenti che costituiscono premessa di una pretesa nei confronti della massa «anche quando l'accertamento sia diretto a porre in essere solo il presupposto di una successiva sentenza di condanna (cfr. Cass., 28 dicembre 1994, n. 11235, in *il Fallimento*, 1995, 749; secondo la quale rientra in tale competenza anche la domanda di accertamento di un diritto reale di garanzia). Nel senso che sussiste competenza anche quando la domanda proposta costituisca la *premissa* ed il *mezzo* attraverso il quale si intenda ottenere il riconoscimento dell'obbligazione vantata nello stato passivo fallimentare, si veda Tribunale di Monza, 7 novembre 1995, in *il Fallimento*, 1996, 298.

Da ultimo preme ricordare che la competenza esclusiva del tribunale fallimentare riguarda le sole azioni e non pure le *eccezioni*, e che pertanto la deduzione di un proprio maggiore credito opposta dal debitore di un fallito, convenuto con azione di adempimento dal curatore, determina l'attrazione dell'intera controversia nella competenza del tribunale fallimentare solo quando il convenuto abbia richiesto in via riconvenzionale - previa compensazione *ex* art. 56 l.f. - la condanna del fallito al pagamento della differenza. Qualora l'eccezione sia invece fatta al solo scopo di ottenere il rigetto della domanda della curatela, di essa il giudice adito potrebbe conoscere in via ordinaria, *ex* artt. 34-35 c.p.c., ancorché il credito opposto non precedentemente costituito oggetto di verifica da parte del giudice delegato (C 82/998, con nota di BONFATTI, in *Giurisprudenza commerciale*, 1982, II, 583; per la giurisprudenza di merito si veda Tribunale di Milano, 23 febbraio 1989, in *Il Fallimento*, 1989, 665).

La dottrina individua, inoltre, quali attratte alla competenza funzionale del tribunale fallimentare le azioni comuni originatesi dagli atti della procedura e per le quali si potrebbe palesare un evidente nesso di derivazione. Per gli autori si faccia riferimento alla nota n. 50.

escludendole dalla derivazione fallimentare.

2.3.4.2. *SEGUE*: LA TEORIA DELLA SPECIALITÀ DEL PROCEDIMENTO DI VERIFICA DEI CREDITI. CRITICA

L'opinione prevalente in passato ha ritenuto di poter individuare quale giustificazione positiva del potere di assorbimento del tribunale fallimentare sui giudizi pendenti in corso il dato normativo racchiuso nell'art. 52 l.f.⁶¹

L'articolo in esame dispone un procedimento speciale al fine di regolare le modalità di partecipazione al concorso dei creditori governato, come noto, dal principio della *par condicio creditorum*.

⁶¹ In questo senso PROVINCIALI, opera cit., volume III, p. 1419 ss, ID, "La lanterna", opera cit., FERRARA, opera cit., p. 453 ss., GARBAGNATI, opera cit.; TRAVI, opera cit., GAETA S., opera cit.; GAETA L., opera cit., DEL POZZO, "Rilievi in tema di sopravvenienza del fallimento del debitore nel corso del giudizio di accertamento del credito", in *Diritto e giurisprudenza*, 1956, 173; SANTULLI, "Ammissione con riserva di un credito al passivo fallimentare e giudizio pendente per l'accertamento di un credito", in *Giustizia civile*, 1961, I, 334; ROSSONI, opera cit.

In giurisprudenza l'orientamento è considerato *ius receptum*.

Dal medesimo articolo vengono, peraltro, desunti due importanti principi: il *principio di specialità del rito* ed il *principio di esclusività del procedimento di accertamento dello stato passivo*.

Sulla base di dette argomentazioni non potrebbe del resto coerentemente derivarsi quella attrazione o «assorbimento» di tutti i giudizi cognitivi pendenti nell'ambito della competenza del tribunale fallimentare con conseguente improcedibilità dei medesimi in sede ordinaria, e ciò sulla base della stessa critica mossa nei confronti della precedente tesi⁶².

La tesi è inoltre da respingersi a causa del difetto di interesse, della parte *in bonis*, a proseguire un giudizio la cui

⁶² Viene correttamente esclusa la questione di competenza in Cass., 2 febbraio 2010, n. 2411, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, p. 303 ed in Tribunale di Milano 2 agosto 2006, in AIDA, 2007, p. 931 ss., con nota di VANZETTI, “*Azione di contraffazione o di concorrenza sleale e fallimento: alcuni profili processuali*”. Sebbene la tesi precedentemente esposta conduca, al pari della presente, alla improcedibilità del giudizio cognitorio in corso, l'ordine di idee da cui rispettivamente muovono è completamente diverso: non è più, infatti, l'organo giurisdizionale e la sua particolare competenza a determinare le categorie dei procedimenti soggetti a *vis atractiva*, ma è la speciale natura del procedimento a individuare l'organo. Ci si sposta dunque dal versante concettuale della competenza e della derivazione *ex art. 24 l.f.*, a quello (diverso) del carattere di esclusività del procedimento di accertamento del passivo fallimentare *ex art. 52 l.f.*

conclusione non potrebbe comunque opporsi al debitore dichiarato fallito.

Ciò in quanto l'eventuale riconoscimento della sua pretesa creditoria nel pendente giudizio di cognizione non avrebbe, infatti, alcuna valenza in seno alla procedura concorsuale, dovendo il creditore ottenere il riconoscimento del proprio credito *esclusivamente* per mezzo dello speciale procedimento di accertamento dei crediti.

La tesi appena esposta, pur giungendo ad una conclusione affatto condivisibile (ed, anzi, facilmente aggredibile) ha avuto il merito di porre in luce una serie di ulteriori constatazioni tra le quali una, in particolar modo, è degna di attenzione.

Si tratta della mancanza, per il creditore, una volta apertosi il concorso con la dichiarazione di fallimento, dell'interesse ad agire in via ordinaria, sede nella quale otterrebbe una sentenza non opponibile alla massa proprio in virtù dell'art. 52 l.f.

Sebbene meritevole di considerazione, l'argomentazione sul difetto di interesse della parte *in bonis* non è stata, tuttavia,

adeguatamente sviluppata ed anzi, ha portato in passato parte della dottrina a propendere (per contro) per la tesi della procedibilità di quegli stessi giudizi.

La stessa è stata inoltre estremizzata a tal punto che si è persino giunti ad affermare che, anche in mancanza di una norma, quale quella dell'art. 52 l.f., si dovrebbe giungere ugualmente alla medesima conclusione (dell'improcedibilità) «poiché è dalla struttura e finalità del fallimento che deriva la conseguenza ineluttabile che l'accertamento del passivo si svolge all'interno del fallimento, davanti al giudice fallimentare e con le forme a ciò predisposte, nel contraddittorio universale dei creditori, per sfociare in quei provvedimenti tipici ed essenziali propri della esecuzione collettiva»⁶³.

⁶³ PROVINCIALI, opera cit., p. 1434. A tale affermazione si può obiettare che i rapporti creditorî non vengono automaticamente assorbiti nel fallimento, potendo il creditore soddisfare le proprie ragioni al di fuori e a chiusura della procedura concorsuale, contro il debitore tornato *in bonis*.

**2.3.5. *SEGUE*: LE TEORIE DELL'ASSORBIMENTO DEI GIUDIZI
PENDENTI A SEGUITO DELLA DOMANDA DI AMMISSIONE AL
PASSIVO**

Altri autori, pur nell'ambito delle teorie dell'assorbimento, hanno affrontato il problema dei rapporti tra giudizi cognitivi in corso e fallimento sotto un diverso profilo: non già con riguardo al momento della pronuncia della sentenza di apertura al concorso, bensì al successivo momento della presentazione della domanda di ammissione al passivo da parte del creditore agente contemporaneamente in sede ordinaria.

Alcuni di essi hanno individuato, quale base normativa, l'art. 94 l.f., a norma del quale «la domanda di cui all'art. 93 (domanda di ammissione al passivo) produce gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso del fallimento».

L'articolo in esame equipara dunque, quanto ad effetti, la domanda di ammissione al passivo alla domanda giudiziale: la soluzione andava dunque ricercata mediante il ricorso ad istituti tipici del processo comune quali la litispendenza, la continenza

e la concessione di cause, con gli opportuni adattamenti alle esigenze del processo fallimentare⁶⁴.

È bene sin d'ora premettere che il risultato di tale sforzo sistematico si è risolto nella riaffermazione della competenza esclusiva del tribunale fallimentare sui giudizi ordinari pendenti.

Inoltre l'assorbimento, dovuto alla competenza in esame, non produrrebbe l'assoluta improcedibilità di queste portando, inevitabilmente, alla inutilità o intrasferibilità dei risultati ottenuti⁶⁵: «la questione è dunque quella se *possano* o addirittura *debbano* essere utilizzati i risultati conseguiti in un giudizio di cognizione pendente, anche in relazione agli effetti sostanziali

⁶⁴ Aderiscono alla tesi della improcedibilità per litispendenza, concessione, o continenza dei processi in corso a seguito della proposizione di insinuazione al passivo BIANCHI D'ESPINOSA, "L'ammissione al passivo del fallimento di un credito per l'accertamento del quale è pendente altro procedimento"; in *Diritto fallimentare*, 1949, II, 343; AZZOLINA, "Il fallimento e le altre procedure concorsuali", opera cit., volume II, p. 1004; TARZIA, opera cit., p. 466 ss.

⁶⁵ Postula la possibilità di una utilizzazione post fallimentare degli effetti dei giudizi di cognizione pendenti, ferma la loro improcedibilità, ANDRIOLI, "Accertamento del passivo fallimentare e processi di cognizione pendente il processo di fallimento", in *Giurisprudenza Italiana*, 1958, I, p. 70 ss., il quale puntualizza la centralità «dell'indagine intesa ad individuare se e in quale misura possano essere utilizzati, nella procedura fallimentare di accertamento del passivo, gli atti di parte e i provvedimenti del giudice compiuti nel corso del giudizio pendente alla data della sentenza dichiarativa di fallimento».

della domanda giudiziale, in virtù dei quali, secondo la ben nota nozione chiovendiana, la durata del processo «non deve andar a danno dell'attore che ha ragione»⁶⁶.

L'applicazione degli istituti del processo comune comporterebbe allora una “traslazione” della causa pendente davanti al tribunale del fallimento, con tutte le conseguenze processualistiche connesse.

⁶⁶ In questo senso TARZIA, opera cit., p. 647 il quale sostiene, ferma l'improcedibilità dei giudizi di cognizione pendenti, l'esigenza, costituzionalmente garantita, della conservazione degli effetti della domanda giudiziale, degli atti di parte compiuti e dei provvedimenti emessi nel processo pendente, in virtù del fatto che «l'apertura della procedura fallimentare non può far lucrare (agli altri creditori o al debitore, o meglio agli uni e all'altro) il vantaggio di rendere vano il processo precedente, provocando, di per sé, l'inopponibilità degli atti ivi compiuti e degli effetti da esso prodotti ai soggetti della procedura fallimentare».

2.3.5.1. *SEGUE*: TEORIA DELLA LITISPENDENZA. CRITICA

Una opinione⁶⁷ isolata, sostiene che le due azioni, esercitata l'una con la domanda giudiziale e l'altra con la domanda di ammissione al passivo, sarebbero di fatto *identiche* configurando la litispendenza di cause, qualora proposte davanti a giudici diversi.

L'osservazione si fonda positivamente sull'art. 94 l.f. il quale, disponendo l'equiparazione degli effetti della domanda di insinuazione e della domanda giudiziale, eguaglierebbe anche la natura delle due azioni.

La tesi, oltre ad aver avuto scarso seguito in dottrina e in giurisprudenza⁶⁸ presenta, inoltre, molti aspetti criticabili.

Un primo ordine di critiche muove dal presupposto che il tenore letterale dell'art. 94 l.f. non consentirebbe di derivare dall'identità degli effetti processuali delle due domande anche la

⁶⁷ SCAFIDI, “*Sulla pendenza in giudizio di cognizione all'atto della dichiarazione di fallimento*”, in *Foro Italiano*, 1955, IV, p. 110.

⁶⁸ Non risultano ad oggi pronunce giurisprudenziali in merito a tale tesi.

identità di natura delle azioni (e dei giudizi), che da quelle domande derivano⁶⁹.

Un secondo ordine di critiche muovendo invece dall'esame degli elementi costitutivi delle due azioni, confermerebbe l'impossibilità di eguagliare le due domande, minando, così, alla condizione richiesta per l'esistenza della litispendenza.

Quanto alla *causa petendi*, consistendo, in entrambe le domande, nell'affermazione della titolarità di un diritto di credito insoddisfatto, si potrebbe concordare sulla identità.

Quanto al *petitum*, tuttavia, le due azioni risultano difficilmente assimilabili.

Se con la domanda di ammissione al passivo il creditore chiede di essere ammesso a partecipare al riparto in sede fallimentare, attraverso il riconoscimento e la collocazione del

⁶⁹ Tale assunto è criticato da FERRARA, “*Il Fallimento*”, opera cit., p. 419, il quale afferma che l'equiparazione è espressamente limitata agli effetti delle due domande; ANDRIOLI, “*Accertamento del passivo fallimentare e processi di cognizione pendenti?*”, opera cit., p. 70, il quale, aderendo alla tesi della continenza di cause si riferisce unicamente al giudizio sull'opposizione promossa dal creditore escluso, potendosi ritenere che, in ordine alla domanda di insinuazione al passivo, egli escluda la natura di domanda giudiziale e, quindi l'identità.

proprio credito nello stato passivo; diversamente nella domanda giudiziale il giudice ordinario è chiamato ad accertare l'esistenza e la consistenza del credito stesso o ad emettere una pronuncia di condanna del debitore inadempiente al pagamento⁷⁰.

L'aspetto più criticato della tesi resta, tuttavia, incentrato sulla diversità dell'elemento soggettivo.

Nel giudizio ordinario la domanda proposta dal creditore si rivolge al debitore personalmente, mentre la domanda di ammissione al passivo è fatta non nei confronti del fallito, bensì del curatore fallimentare, inteso non solo e non tanto quale rappresentante dello stesso fallito, ma quale rappresentante della massa e dei creditori.

L'istanza di insinuazione svolge essenzialmente la sua

⁷⁰ Cfr. CAVALAGLIO, opera cit., p. 65.

Per un ulteriore approccio critico di veda in SEGNI, "Osservazioni sul giudizio di verificaione dei crediti nel fallimento", in *Rivista di diritto processuale civile*, 1930, II, 262; ID. "La contestazione dei crediti sul fallimento", in *Studi per Vivante*, II, p. 293; ANDRIOLI, "In tema di ammissione di crediti al passivo fallimentare", in *Foro Italiano*, 1935, I, p. 188; LIEBMAN, "La contestazione dei crediti nel fallimento", in *Rivista di diritto processuale civile*, 1930, I, 209.

efficacia nei confronti degli altri creditori. A questi ultimi è, in particolare, riconosciuto il potere di contestare i crediti, e loro collocazione, nello stato passivo fallimentare.

Chi critica la presente tesi⁷¹ muove dall'assunto che, in tal modo, si andrebbe a rendere possibile un risultato del tutto contrastante con la finalità - perseguita dalla legge fallimentare - dell'assorbimento del giudizio in corso da parte del tribunale fallimentare.

Infatti, attraverso una corretta applicazione della disciplina della litispendenza, il conflitto derivante dalla proposizione di due identiche cause davanti a due giudici diversi deve essere risolto con il criterio della prevenzione, da rilevarsi in base alla data di notificazione dei rispettivi atti introduttivi: in questo modo il giudizio ordinario diventerebbe improcedibile ma

⁷¹ PROVINCIALI, "La lanterna di Diogene e gli effetti del fallimento sui procedimenti in corso per accertamento di crediti", opera cit., p. 81; PAJARDI, "La sorte dei giudizi di simulazione e di revocazione dopo il fallimento del debitore", in *Rivista di diritto civile*, 1958, II, 599; ID. "Un problema vecchio e nuovo: gli effetti del fallimento sui pendenti per accertamento di diritti verso il fallito", in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1957, II, 335.

potrebbe, viceversa, continuare in sede ordinaria qualora risulti preventivamente proposto⁷².

Una soluzione incentrata sulla litispendenza è stata ritenuta, sulla base delle argomentazioni poc'anzi esposte, palesemente insostenibile.

2.3.5.2. *SEGUE*: TEORIA DELLA CONTINENZA DI CAUSE. CRITICA.

Questa tesi, ritenuta suggestiva dai contemporanei, configura un rapporto di continenza di cause tra giudizio cognitivo ordinario e giudizio fallimentare di verifica dei crediti⁷³.

⁷² A quanti obiettano che, in simili ipotesi il criterio della prevenzione non potrebbe operare a causa della incompetenza del giudice ordinario e della competenza esclusiva del giudice delegato, si risponde che ciò presupporrebbe la dimostrazione che le azioni cognitive pendenti siano derivanti dal fallimento. E tale impostazione è stata, per l'appunto, esclusa.

⁷³ GRECO, “*Appunti in tema di efficacia attrattiva del processo di accertamento del passivo rispetto ai processi pendenti all'atto della dichiarazione del fallimento*”, in *Diritto fallimentare*, 1952, II, 215; ANRIOLI, “*Limiti obiettivi del provvedimento di ammissione al passivo del fallimento*”, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1957, II, 229; AZZOLINA, “*A proposito di attrazione nel fallimento delle azioni ordinarie di cognizione*”, opera cit., I, 816.

Secondo i sostenitori dell'orientamento in questione nell'azione esercitata dal creditore, per mezzo della presentazione della domanda di collocazione nello stato passivo del fallimento, sarebbe possibile distinguere due elementi: la richiesta di accertamento del credito vantato ed il riconoscimento della qualità di creditore concorrente, condizione quest'ultima da cui dipende la possibilità di partecipare alla ripartizione dell'attivo fallimentare.

A questa duplicità di elementi corrisponderebbe una duplice attività del giudice (delegato o tribunale fallimentare in sede di opposizione al passivo), suscettibile di essere distinta, a sua volta, in due momenti: il primo consistente nell'esame dell'esistenza, esigibilità e liquidità del credito del quale si chiede la liquidazione; il secondo riguardante l'attribuzione al creditore del diritto a prendere parte al concorso fallimentare.

Per i sostenitori della tesi il legislatore fallimentare avrebbe voluto che il giudice delegato fosse investito della cognizione di entrambe le questioni suddette, dunque anche di quella relativa

all'accertamento del credito.

Unica eccezione tassativa sarebbe costituita dall'art. 96, comma terzo, n. 3), l.f., nell'ipotesi in cui sia già stata pronunciata una sentenza del giudice ordinario.

Il legislatore avrebbe così ritenuto di dover scindere la controversia, con tutte le necessarie esigenze in ordine alla competenza: il potere di assorbimento cederebbe di fronte alla competenza funzionale del giudice dell'impugnazione⁷⁴.

Sulla base di tali premesse si è sostenuto che il rapporto tra giudizio di cognizione pendente e procedimento di accertamento del passivo fallimentare ben potrebbe configurare una relazione di continenza tra cause.

La domanda di ammissione al passivo ingloberebbe, allora, sia l'oggetto della domanda proposta davanti al giudice ordinario, sia l'ulteriore elemento della *richiesta di riconoscimento della qualità di creditore concorrente*.

Il *petitum* del giudizio di verifica si porrebbe, pertanto, in

⁷⁴ Così CAVALAGLIO, opera cit., p. 69.

rapporto di contenente a contenuto rispetto a quello sottoposto alla contemporanea cognizione del giudice ordinario, potendo trovare applicazione le regole della continenza.

L'art. 39 c.p.c. adotta al riguardo il criterio della prevenzione e, a completamento di questo, il criterio dell'assorbimento, nell'ipotesi in cui il primo giudice adito non sia competente a conoscere anche della causa successivamente proposta.

Secondo i sostenitori della presente tesi il giudice ordinario, pur preventivamente adito, sarebbe allora sempre incompetente rispetto al giudice fallimentare, successivamente adito con la domanda di ammissione al passivo, a riconoscere al creditore il diritto di partecipare al concorso in sede fallimentare.

Dunque il giudice ordinario dovrebbe sempre dichiarare la continenza, spogliarsi della causa e rimettere le parti, fissando loro un termine per la riassunzione del processo davanti al giudice delegato.

Nonostante la presente costruzione abbia il pregio di riconoscere (e garantire), senza eccezioni, il potere di

assorbimento del tribunale fallimentare, presenta, al contempo, elementi poco convincenti.

Le stesse critiche mosse alla tesi della litispendenza, inerenti l'identità dei soggetti delle azioni (ordinaria e fallimentare), la possibilità di configurare la domanda di insinuazione al passivo quale vera e propria domanda giudiziale e la non convincente giustificazione della competenza esclusiva del tribunale fallimentare, possono ivi essere riproposte⁷⁵.

⁷⁵ In merito alle criticità sottese alla tesi della continenza, CAVALAGLIO, opera cit., p. 70, sostiene, sul piano soggettivo, che il debitore, convenuto nel giudizio ordinario e dichiarato fallito nelle more dello stesso, non avrebbe alcuna possibilità di riassumere la causa pendente davanti al giudice fallimentare, potendo avere interesse all'accertamento negativo del credito vantato nei suoi confronti o alla reiezione della domanda di condanna o costitutiva. Il difetto del potere di riassumere la causa in sede fallimentare deriverebbe dalla mancata qualità di parte del fallito, privato così di tutti i poteri e la facoltà che a quest'ultimo sono normalmente afferenti.

La possibilità di una riassunzione della causa pendente davanti al giudice del fallimento è stata sostenuta anche da altri autori, quali il FERRARA, “*Il fallimento*”, opera cit., p. 454, il quale ritiene che, in un siffatto caso, non vi possa essere *traslatio iudicii*, essendo diventata improcedibile la domanda ordinaria e non potendosi esimere il giudice delegato dal decidere sull'insinuazione. Solo nel caso in cui il creditore non si sia insinuato, si avrebbe una sospensione del giudizio ordinario, potendo riprendere dopo la chiusura del fallimento. Si veda in merito anche TRAVI, opera cit., p. 434, ID, “*La sorte dei processi per accertamento di crediti pendenti all'atto di fallimento*”, in *Diritto fallimentare*, 1955, II, 249, il quale

Deve, peraltro, osservarsi come il *petitum* della domanda proposta dal terzo, nel giudizio pendente alla data della dichiarazione di fallimento, non sia affatto ricompreso nel *petitum* della domanda di ammissione al passivo.

In nessun caso, infatti, il provvedimento di ammissione al passivo, quale che ne sia la fonte, potrà produrre effetti di accertamento nei confronti dell'imprenditore tornato *in bonis*, come, del resto, si è avuto modo di osservare in corso di trattazione; parimenti in nessun caso la sentenza pronunciata al di fuori del fallimento potrà essere opponibile agli altri creditori.

In una siffatta situazione, parlare di continenza di cause appare, pertanto, del tutto fuori luogo posto che ciascuna delle decisioni è destinata a produrre effetti *indipendenti* dall'altra.

sostiene l'assoluta inutilizzabilità dell'attività processuale davanti al giudice di fallimento, in caso di successiva riassunzione.

La tesi in questione è da respingere in quanto, posto che il giudizio di cognizione pendente alla data della dichiarazione di fallimento ed il fallimento stesso sono tra loro autonomi ed indipendenti, non si potrebbe, coerentemente ipotizzare la riassunzione dell'attività processuale dell'uno nell'altro.

2.3.5.3. *SEGUE*: LA TEORIA DELLA CONNESSIONE DI CAUSE. CRITICA.

Secondo altra tesi tra la domanda di insinuazione al passivo e la domanda giudiziale correrebbe una relazione di connessione⁷⁶.

Tale connessione renderebbe, ciononostante, possibile la riunione delle cause davanti al tribunale fallimentare in considerazione della inderogabilità delle funzioni istruttorie del giudice delegato.

I sostenitori della tesi in esame limitano, tuttavia, il potere di assorbimento del tribunale fallimentare sul processo cognitivo in corso alla sola ipotesi in cui il giudizio di verifica sia giunto alla fase contenziosa, a seguito di opposizione allo stato passivo.

Essendo la *ratio* dell'art. 40 del c.p.c. quella di consentire che le cause connesse vengano decise simultaneamente, il tribunale

⁷⁶ MIELE, “*Sulla competenza per connessione in relazione al procedimento di verifica dei crediti nel fallimento*”, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1960, II, 109; MONACO, Nota a ordinanza del Tribunale di Firenze, 7 novembre 1949, in *Foro Italiano*, I, p. 1544.

fallimentare verrebbe dunque ad essere investito, in modo esclusivo, di entrambe le cause.

Il momento in cui si verificherebbe la relazione di connessione di cause si attuerebbe, nella presente costruzione, non già tra domanda giudiziale e domanda di insinuazione al passivo, bensì tra la prima e l'opposizione allo stato passivo proposta dal creditore escluso o ammesso con riserva⁷⁷.

Da ciò si desumerebbe che, qualora in sede fallimentare l'accertamento dei crediti si trovi nella fase sommaria della verifica, non esisterebbero impedimenti alla prosecuzione del processo in corso davanti al giudice ordinario.

Solo in seguito all'apertura della fase contenziosa, a seguito di opposizione di un creditore escluso o ammesso con riserva, il giudice della causa pendente in sede ordinaria dovrebbe

⁷⁷ Questa pare essere la posizione di ANDRIOLI, SATTA e, in un certo senso, PROVINCIALI, i quali cadono, tuttavia, in controsenso ove, dopo aver affermato la natura di domanda giudiziale della domanda di insinuazione al passivo, ritengono poi possibile applicare tali istituti unicamente con riguardo alla fase contenziosa del giudizio di verifica dei crediti, dovendo ciò desumersi (a rigor di logica) la non omogeneità delle due domande.

rilevare la connessione: la *vis atractiva* dipenderebbe, in definitiva, dall'eventualità della proposizione di una opposizione allo stato passivo.

Questa conclusione non può essere condivisa non potendo derivarsi, nella fattispecie in esame, alcuna ragione di connessione a norma degli artt. 31 c.p.c.

La connessione si sostanzia in una comunanza parziale di elementi tra due o più azioni che interessa l'ordinamento sotto il profilo della eventuale opportunità (e che lo stesso ordinamento fonda su quella comunanza) di trattazione congiunta di due o più cause per ragioni di *economia processuale*, non rinvenendosi alcuna norma positiva che prescriva l'obbligatorietà di operare una connessione di cause.

La connessione tra più azioni può, dunque, dipendere sia dalla comunanza di entrambi gli elementi soggettivi sia dalla comunanza di alcuno degli elementi oggettivi (stesso *petitum* e/o stessa *causa petendi*).

Non sussiste nel caso considerato né connessione soggettiva

che consiste, in sostanza, nella proposizione o proponibilità di cause diverse dalla stessa parte contro al stessa parte nello stesso processo - e che potrebbe dar luogo al cumulo oggettivo *ex art. 104 c.p.c.* - poiché nel fallimento si rinviene la presenza di più creditori estranei al giudizio di cognizione pendente, venendo così a mancare l'identità delle parti; né connessione oggettiva - che potrebbe dar luogo a cumulo soggettivo o litisconsorzio facoltativo *ex art. 103 c.p.c.* - poiché si necessiterebbe di un collegamento quanto a *petitum* e *causa petendi* che, come si è già avuto modo di precisare, in relazione alla tesi della continenza, sembra invece mancare.

Va, inoltre, considerato che, essendo stata la connessione introdotta dal legislatore esclusivamente per ragioni di economia processuale, quella stessa economia non potrebbe in tal caso desumersi posto che il giudizio fallimentare si conclude con una pronuncia priva del valore di giudicato.

La pronuncia conclusiva del fallimento diverge dunque, quanto a funzione, da quella propria del giudizio a cognizione

piena, costituendo quest'ultima la conclusione di un accertamento idoneo ad assumere l'incontrovertibilità propria della cosa giudicata formale.

Una improcedibilità dei giudizi pendenti dovuta alla *vis atractiva* del fallimento, seppur in questo caso la si faccia discendere dall'opposizione allo stato passivo (non comprendendosi le ragioni di una tale arbitraria scelta), incorrerebbe, poi, nelle stesse critiche già mosse precedentemente: il rito o la competenza del giudizio fallimentare non potrebbero comunque intaccare il merito di un giudizio di cognizione instaurato in un momento anteriore al fallimento.

Il giudizio di cognizione pendente si arresterebbe allora *esclusivamente* per l'impossibilità, per il creditore, di poter opporre in sede fallimentare quanto conseguito in sede di cognizione.

Tutte le teorie in precedenza considerate concordano nel ritenere che il risultato, cui tenderebbe la legge fallimentare, sia

l'attrazione delle azioni cognitive, pendenti o proponibili, nell'ambito della procedura concorsuale.

Posta tale premessa si ricorre agli istituti di diritto processuale comune ritenuti, volta per volta, idonei a dimostrare l'esattezza dell'assunto, confluendo, tuttavia, in un perenne contrasto intrinseco con la premessa stessa.

Gli istituti della litispendenza, connessione o continenza di cause possono infatti trovare utile applicazione nel processo fallimentare solo a condizione di voler ritenere il giudice ordinario previamente adito incompetente, o la cui competenza sia suscettibile di venir meno di fronte a quella del giudice fallimentare poiché investito della cognizione di una causa continente o principale o connessa⁷⁸.

Se dunque per escludere che l'applicazione dei predetti istituti porti ad ammettere la possibilità di prosecuzione dei giudizi pendenti occorre sempre affermare (senza indicarne lo specifico titolo) il carattere di esclusività della competenza

⁷⁸ Critica tali impostazioni il CAVALAGLIO, opera cit., p. 73 ss.

fallimentare, ecco che la dimostrazione dell'assunto viene data per mezzo della riaffermazione della premessa stessa⁷⁹.

Per questa ragione in passato la dottrina maggioritaria ha, preferito discendere il potere di assorbimento dal carattere di specialità ed esclusività del procedimento di verifica in sede fallimentare.

⁷⁹ A monte di queste costruzioni occorrerebbe, ad ogni modo e prima di tutto, indagare la natura e il contenuto della domanda di insinuazione al passivo e, successivamente, l'efficacia del decreto di esecutorietà dello stato passivo emesso a chiusura del procedimento.

Solo in questo ordine si potrebbe indagare la eventuale omogeneità tra le due domande. Così, riconoscendo al decreto di esecutorietà dello stato passivo l'efficacia o l'autorità di una sentenza, con conseguente valenza di giudicato, la tesi dell'esistenza di una continenza di cause potrebbe risultare fondata e trovare conferme mancanti nella tesi esposta. La domanda di ammissione al passivo conterrebbe allora, rispetto alla domanda giudiziale, l'ulteriore riconoscimento del creditore quale concorrente e l'assorbimento di questa fase in sede fallimentare soddisferebbe completamente il bisogno di tutela giurisdizionale del creditore, rendendo del tutto inutile una prosecuzione dell'azione in via ordinaria.

Viceversa, qualora si riconoscesse al provvedimento di esecuzione dello stato passivo efficacia meramente preclusiva e limitata all'ambito processuale (qual è in virtù dell'art. 93, ultimo comma l.f.), ecco che le domande verrebbero a diversificarsi, cadendo la premessa della omogeneità e dunque la stessa utilità di un ricorso alle categorie del processo comune.

Si dovrebbe a quel punto convenire sulla procedibilità del giudizi cognitorio pendente, il quale consentirebbe di conseguire un diverso risultato, essendo dunque insuscettibile di assorbimento.

Più in generale la pretesa di applicare ai rapporti tra cognizione endofallimentare e giudizi esterni al fallimento le regole processuali in materia di litispendenza, continenza e connessione presuppone l'*equiparazione* tra accertamento endofallimentare ed un ordinario giudizio di cognizione dal momento che che, solo con riferimento a questo, potrebbero trovare ragionevole applicazione i predetti istituti.

Si è già visto, peraltro, come detta equiparazione sia contraria alla lettera della legge fallimentare, la quale esclude in radice che i provvedimenti resi in sede di accertamento fallimentare del passivo possano produrre effetti al di fuori del fallimento.

2.3.6. SEGUE: LA TEORIA DELLA IMPROCEDIBILITÀ PER SOPRAVVENUTA CARENZA DI INTERESSE AD AGIRE DEL CREDITORE IN VIA ORDINARIA

Secondo altra parte della dottrina, la sentenza dichiarativa di fallimento del debitore, intervenuta nelle more del giudizio cognitivo, farebbe venir meno l'interesse ad agire nel creditore attore in sede ordinaria⁸⁰.

Il creditore quindi, una volta ottenuta una sentenza, la quale riconosca le sue pretese creditorie, si troverebbe ad avere un titolo esecutivo che, da una parte, non lo legittimerebbe ad iniziare l'esecuzione forzata immediata a causa dell'esplicito divieto *ex art.*, 51 l.f.; dall'altra, non costituirebbe titolo sufficiente per acquisire il diritto a partecipare al concorso in sede fallimentare, assurgendo a tale compito la domanda *ad hoc* di ammissione al passivo fallimentare.

In astratto la prosecuzione del giudizio cognitivo pendente

⁸⁰ La tesi è stata autorevolmente sostenuta da ANDRIOLI, "Liquidazione coatta amministrativa e formazione del passivo", in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1945, XVII, 23.

non viene esclusa, potendo il creditore ottenere in tal sede una sentenza di condanna in futuro, da far valere esclusivamente al di fuori e a chiusura del fallimento, una volta tornato *in bonis* il fallito.

A tale impostazione si è obiettato che il sopravvenire di nuove attività in capo al fallito consentirebbe la riapertura del fallimento, nella quale sentenza di condanna del giudice ordinario non potrebbe comunque produrre effetti: il giudizio cognitorio non sarebbe più improcedibile ma dovrebbe concludersi con una sentenza di rigetto della domanda proposta dal creditore, per sopravvenuto difetto della condizione dell'art. 100 c.p.c.⁸¹

Questa impostazione è stata successivamente abbandonata dal suo autore, il quale ha riconosciuto la procedibilità del giudizio cognitorio (non solo per il creditore agente in mero accertamento, ma anche con riguardo ad azioni di condanna)⁸².

⁸¹ Così ANDRIOLI, opera cit., p. 25.

⁸² Secondo lo stesso ANDRIOLI, in “*Accertamento del passivo fallimentare e processi di cognizione pendenti*”, opera cit., l'interesse (del creditore o del debitore) alla prosecuzione

2.4. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA: IL DIFETTO DI INTERESSE QUALE *RATIO* DELLA IMPROCEDIBILITÀ DEI GIUDIZI DI COGNIZIONE PENDENTI

Il tema dell'ammissibilità dei processi di cognizione contro il debitore poi fallito, aventi ad oggetto crediti verso quest'ultimo, se ad oggi è ancora ampiamente controverso in dottrina trova, viceversa, la giurisprudenza ormai unanimemente orientata per la *tendenziale improcedibilità* degli stessi⁸³.

Assunta quale *jus receptum*, la improcedibilità dei processi di cognizione pendenti alla data della dichiarazione di fallimento troverebbe la sua base normativa nell'art. 52 l.f.⁸⁴

del giudizio di condanna non potrebbe escludersi in senso assoluto, poiché il procedimento di accertamento del passivo non è condizionato dalla definitività o inattaccabilità della sentenza dichiarativa di fallimento.

⁸³ In questo senso Cass., 6 giugno 1975, n. 2248, in *Giurisprudenza commerciale*, 1976, II, 5. Da ultimo, con riferimento al giudizio ordinario, Cass., 3 dicembre 2009, n. 25403, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2009, voce «Fallimento», 283; Cass., 13 agosto 2008, n. 21565, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2008, voce cit., 540; Cass., 26 settembre 1996, n. 8515, in *Il Fallimento*, 1997, 185; Cass., 13 agosto 2008, n. 21565, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2008, voce «Fallimento», 540; Cass., 3 dicembre 2009 n. 25403, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2009, voce cit., 283.

⁸⁴ È sicuramente da escludere, alla luce di quanto detto, il tentativo di parte della dottrina di compensare il vuoto lasciato dall'improcedibilità del giudizio di cognizione pendente con la procedibilità-proponibilità di extrafallimentari azioni cognitive sul medesimo

La giurisprudenza, in più occasioni, si è premurata di precisare che tale improcedibilità dei giudizi ordinari, tra i quali dunque anche quelli di cognizione pendenti alla data di dichiarazione di fallimento, non deriva (come affermato dalla summenzionata dottrina) dalla competenza «inderogabile» o «funzionale» del giudice delegato o del tribunale fallimentare⁸⁵, né tantomeno dalla specialità del relativo procedimento.

oggetto del giudizio di verifica dei crediti in sede fallimentare, e cioè il diritto di credito. Tale accertamento non avrebbe, alla luce dell'art. 52 l.f., alcuna valenza, rivelandosi inopponibile al fallimento.

Sul punto, da ultimo, LANFRANCHI, “*Mero accertamento negativo di un credito concorsuale promosso dal curatore in sede extra fallimentare e verifica del passivo*”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, p. 302 ss.

⁸⁵ Cfr. SOTGIU, “*Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*”, in PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, seconda edizione, volume II, CEDAM, 2012, secondo il quale «nell'ambito del processo di cognizione, infatti, una questione di competenza sopravvenuta all'instaurazione del giudizio, stante l'art. 5 c.p.c., sarebbe difficilmente configurabile, e potrebbe comunque portare, al più, ad una *traslatio iudicii*; ancor meno configurabile sarebbe poi una questione, sopravvenuta in corso di giudizio, di scelta del rito applicabile, il cui esito non sia una riassunzione o un mutamento di rito, ma una dichiarazione di improcedibilità». Lo stesso in nota n. 10, riporta le pronunce della giurisprudenza in merito: Cass., 2 febbraio 2010, n. 2411, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, p. 303, ove si esclude correttamente che la dichiarazione di fallimento di una delle parti faccia sorgere una questione di competenza e Tribunale di Milano, 2 agosto 2006, in *AIDA*, 2007, p.931 ss., con nota di VANZETTI, “*Azione di contraffazione o di concorrenza sleale e fallimento: alcuni profili processuali*”.

Nell'estrema lacunosità della legge la ricostruzione di una regola generale, in tema di giudizi di cognizione pendenti alla data della dichiarazione di fallimento, non potrebbe che affidarsi all'interpretazione sistematica delle disposizioni normative.

Il fondamento della tendenziale improcedibilità viene pertanto positivamente individuato nel combinato disposto degli artt. 52 e 96 l.f.⁸⁶, i quali evocano una *improcedibilità* della cognizione pendente sul medesimo oggetto della verifica al tempo della sentenza dichiarativa di fallimento⁸⁷.

⁸⁶ In giurisprudenza, in particolare, Cass., 22 dicembre 2005, n. 28481, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2005, voce «Fallimento», 528: «nel sistema delineato dagli artt. 52 e 95 l.f., qualsiasi ragione di credito nei confronti della procedura fallimentare deve essere dedotta, nel rispetto della regola del concorso, con le forme dell'insinuazione al passivo; qualora pertanto, a seguito della dichiarazione di fallimento, la parte che aveva agito in giudizio nei confronti del debitore coltivi la propria azione nei confronti del curatore, subentrato all'originaria parte ai sensi dell'art. 43 l.f., la domanda dev'essere dichiarata *improcedibile*, in quanto inidonea a condurre ad una pronuncia di merito opponibile alla massa, a meno che il creditore non dichiari espressamente di voler utilizzare tale titolo, dopo la chiusura del fallimento, per agire esecutivamente nei confronti del debitore ritornato in bonis».

⁸⁷ Secondo una parte della dottrina l'improcedibilità dei giudizi pendenti, e l'automatico arresto dello stesso alla data della sentenza dichiarativa di fallimento, sarebbe l'inevitabile conseguenza del combinato disposto degli artt. 42, 43, 52 l.f., da considerare *lex specialis* anche in rapporto agli stessi artt. 299 ss. l.f. Così LANFRANCHI, «La verifica del

L'improcedibilità viene così fatta derivare dal *difetto di interesse* della parte *in bonis*, rispetto ad una pronuncia che non potrebbe, comunque, essere opposta al fallimento⁸⁸.

L'art. 52, comma secondo, l.f., il quale dispone che «ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'art. 111, primo comma, n. 1), nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo V, salvo diverse disposizioni della legge», rende allora *inopponibile* alla procedura fallimentare il risultato conseguito nel giudizio di cognizione precedentemente instaurato (eccezion fatta per le sentenze di merito passate in giudicato prima della dichiarazione di fallimento, *ex* art. 96, comma terzo, n. 3), l.f., le quali sono ammesse al passivo con riserva)⁸⁹.

passivo nel fallimento», Milano, 1979; PUNZI, «*L'interruzione del processo*», Milano, 1963, p. 186 ss.

⁸⁸ In questo senso si è uniformata la giurisprudenza più recente, *ex multis*, Cass., 28 giugno 2006, n. 14981, in *Giustizia civile*, 2007, I, p. 1688; Tribunale di Milano, 9 febbraio 1989, in *Foro Padano*, 1990, I, p. 71 ss.

⁸⁹ Secondo la Suprema Corte «il sistema concorsuale, proprio della procedura fallimentare, è informato a due fondamentali principi: quello della *universalità oggettiva*,

Se dunque la procedura dell'accertamento concorsuale dei crediti è *autonoma* ed *indifferente* rispetto ai giudizi ordinari di cognizione pendenti incostanza di fallimento, e diretti all'accertamento dei crediti nei confronti del creditore poi fallito, *a contrario*, si potrà a rigor di logica derivare *l'assoluta autonomia* dell'accertamento ordinario rispetto all'accertamento concorsuale dei crediti, risultando, la sentenza emessa in un giudizio esterno al fallimento, priva di qualsiasi utilità per la parte *in bonis*.

Ecco dunque che quelle stesse argomentazioni che in passato avevano portato parte della dottrina dapprima a convenire sulla piena ammissibilità e procedibilità dei giudizi

derivante dall'art. 42 l.f., e quello della *universalità soggettiva*, derivante dagli artt. 51 e 52 della stessa legge, Il primo principio comporta la privazione integrale del debitore della disponibilità del suo patrimonio; il secondo la soggezione dei suoi crediti alle norme specifiche sulla formazione dello stato passivo e l'esclusione della possibilità di azioni autonome sui beni del fallito, nonché della possibilità di proseguire (o iniziare) azioni volte alla conservazione del patrimonio del fallito» (Cass., 19 agosto 2003, n. 12114, in *Giustizia civile - Massimario*, 2003, 7-8; Cass., 4 aprile 2003, n. 5323, in *Giustizia civile - Massimario*, 2003, 3, 4).

Si può, dunque, dedurre che il combinato disposto degli artt. 51 e 52 l.f. costituisce il nucleo caratterizzante la concorsualità.

pendenti, e successivamente ad escludere questioni di competenza e rito, accantonando definitivamente la teoria dell'assorbimento⁹⁰ - dalla quale si era derivata l'improcedibilità di quegli stessi giudizi - giungono ora a fondare la improcedibilità dei giudizi di cognizione pendenti per difetto di interesse.

Partendo dall'*inopponibilità* al fallimento dei giudizi di cognizione pendenti, si può conseguentemente dedurre la *tendenziale improcedibilità per difetto di interesse ad agire* degli stessi, in seguito alla dichiarazione di fallimento: *il difetto di interesse della parte in bonis si spiega dunque nella inutilità, per la stessa, di una sentenza (conclusiva del giudizio pendente) che non potrebbe in alcun modo spiegare i suoi effetti nel fallimento*⁹¹.

⁹⁰ In particolare RICCI E.F., "Sull'efficacia dell'ammissione al passivo fallimentare", opera cit., p. 90; ID., "Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi", in *Giurisprudenza commerciale*, 1986, I, 1021 ss.

⁹¹ La giurisprudenza è inoltre concorde sulla rilevabilità d'ufficio, da parte della Cassazione, della *improponibilità* - sempre sulla base del combinato disposto degli artt. 51 e 52 l.f. - delle azioni di accertamento di un credito e di condanna al pagamento di esso proposte innanzi al giudice in sede ordinaria (Cass., 15 gennaio, 2000, n. 241, in *Diritto fallimentare*, 2000, II, 25).

A tale conclusione pervengono, ad oggi, la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie.

Si è inoltre (giustamente) osservato che la parte *in bonis* potrebbe allegare un distinto interesse alla pronuncia della sentenza, un interesse *concreto* ed *esterno* al fallimento, mirando, ad esempio, ad ottenere una pronuncia da far valere nei confronti del debitore una volta tornato *in bonis*⁹².

⁹² In giurisprudenza si veda, *ex multis*, Cass., 4 aprile 1998, n. 3495, in *Massimario di giurisprudenza italiana*, 1998, la quale dispone che «il creditore, il quale abbia già ottenuto l'ammissione la passivo fallimentare del proprio credito può promuovere una ordinaria azione di cognizione (nella specie, un procedimento monitorio), diretta ad ottenere la condanna del fallito da far valere quale titolo esecutivo nei confronti del terzo datore di ipoteca, trattandosi di rapporto *estraneo* al fallimento».

Tale giudizio non potrebbe, ad ogni modo, proseguire nei confronti del fallito, privato della capacità processuale (art. 43 l.f.), ma necessariamente nei confronti del curatore.

In dottrina, CARRATTA, “*Arbitrato rituale su credito e interferenze con la verifica del passivo*”, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, p. 112 ss.

CAPITOLO TERZO

Effetti del fallimento nei giudizi pendenti

Sommario: 3.1. Effetti del fallimento su un giudizio di cognizione volto ad ottenere una sentenza costitutiva, pendente alla data della dichiarazione di fallimento; 3.2. Effetti del fallimento su un giudizio di cognizione volto ad ottenere una sentenza di condanna al pagamento, pendente alla data della dichiarazione di fallimento; 3.3. Effetti del fallimento su un giudizio di cognizione volto ad ottenere una sentenza di accertamento mero, pendente alla data della dichiarazione di fallimento; 3.4. Effetti del fallimento sul decreto ingiuntivo. Casistica; 3.5 L'efficacia nel fallimento delle ordinanze *ex* artt. 186-*bis*, 186-*ter*, 186-*quater* c.p.c, emesse dal giudice istruttore nel processo ordinario pendente.

3.1. EFFETTI DEL FALLIMENTO SU UN GIUDIZIO DI COGNIZIONE VOLTO AD OTTENERE UNA SENTENZA COSTITUTIVA, PENDENTE ALLA DATA DELLA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

Volendo ora considerare gli effetti del fallimento sui giudizi di cognizione pendenti alla data della sua dichiarazione occorre ricordare, in via preliminare e senza anticipare la trattazione degli effetti processuali del provvedimento in esame (oggetto del capitolo V), che la sentenza dichiarativa di fallimento, per disposizione dell'art. 43, comma terzo l.f., determina l'*interruzione ipso iure* di tutti i processi pendenti a tale data⁹³.

Inoltre, sulla base delle argomentazioni esposte nel capitolo precedente, qualsiasi giudizio in corso per l'accertamento di un credito diventa, a seguito del fallimento del convenuto,

⁹³ Secondo la giurisprudenza consolidata la perdita di capacità del fallito, quale effetto della sentenza dichiarativa di fallimento, in ordine ai rapporti di natura patrimoniale, non è assoluta bensì *relativa* nei confronti della massa fallimentare e dei creditori; sicché la conseguente incapacità processuale del primo in relazione a tale rapporto non può essere rilevata d'ufficio, né eccepita da soggetti diversi dal curatore fallimentare, a tutela dei secondi (Cass., 15 giugno 1988, n. 4079, in *Il Fallimento*, 1988, p. 981; Cass., 18 aprile 1984, n. 2544, in *Foro Italiano*, 1984).

tendenzialmente improcedibile nei confronti del curatore per *difetto di interesse* della parte *in bonis*, con conseguente esclusione della *perpetuatio jurisdictionis*⁹⁴ e della possibile riassunzione del giudizio stesso da parte del curatore⁹⁵.

Ferma la propensione, da parte di dottrina e giurisprudenza maggioritarie, per la tesi della tendenziale improcedibilità, questione assai dibattuta è se domande volte alla pronuncia di sentenze costitutive o di mero accertamento debbano seguire anch'esse il procedimento di accertamento del passivo fallimentare divenendo, così, improcedibili in sede ordinaria.

Nel nostro ordinamento è possibile individuare tre tipi di azioni di cognizione, in relazione all'interesse ad agire che muove la parte ad intraprenderle: azione costitutiva, azione di condanna, azione di mero accertamento.

Alla luce di questa tripartizione si procederà a valutare gli effetti del fallimento sui giudizi di cognizione in corso alla data

⁹⁴ Appello di Milano, 25 febbraio 1972, in *Diritto fallimentare*, 1972, II, 432.

⁹⁵ Appello di Milano, 14 settembre 1962, in *Diritto fallimentare*, 1962, II, 857.

della dichiarazione di fallimento.

Partendo dalle azioni costitutive, esse sono caratterizzate dall'interesse della parte ad ottenere, per mezzo della sentenza, la modificazione - intesa quale costituzione, modificazione, estinzione - di un determinato rapporto giuridico.

Al giudice è richiesto non solo l'accertamento del diritto, di cui si vuol provocare la modificazione, ma anche un *quid pluris* quale, per l'appunto, la modificazione giuridica stessa.

Sebbene, in linea di principio, anche in caso di azioni costitutive pendenti operi la regola generale della tendenziale improcedibilità, si sono tuttavia presentate questioni controverse meritevoli di essere considerate in questa sede.

Una prima questione concerne l'ipotesi di giudizio cognitorio instaurato al fine di ottenere una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c. - *esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto* - in virtù dell'inadempimento di un contratto preliminare di vendita.

L'art. 72 l.f., contenente la disciplina positiva degli effetti del

fallimento sui rapporti preesistenti dispone, in via generale, la *sospensione* dei contratti rimasti ineseguiti o non compiutamente eseguiti dalle parti qualora nei confronti di una di esse sia dichiarato il fallimento, riconoscendo al curatore fallimentare (previa autorizzazione del comitato dei creditori), la facoltà di scegliere se subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendone tutti i relativi obblighi; ovvero sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto⁹⁶.

La giurisprudenza, riconoscendo il valore costitutivo della sentenza - emanata per produrre gli effetti del contratto non concluso - fa derivare l'effetto traslativo, preclusivo della facoltà di scelta, riconosciuta al curatore fallimentare dall'art. 72 l.f., esclusivamente dal passaggio in giudicato della sentenza⁹⁷.

⁹⁶ Al curatore fallimentare sarebbe riconosciuto un vero e proprio *diritto potestativo*, non assimilabile ad un diritto di recesso, né suscettibile di prescrizione, posto che l'unico limite fissato dalla disposizione normativa in questione, consiste nell'avvenuto trasferimento della proprietà. In questi termini si veda Cass., 26 ottobre 2000, n. 14102, in *Fallimento*, 2001, p. 914, con nota di PLANTEDA.

⁹⁷ In questo senso Cass., 7 gennaio 2008, n. 33, in *Fallimento*, 2008, p. 767, con nota di FINARDI; Cass., 13 gennaio 2006, n. 542, in *Massimario* 2006, 45; Cass., 5 dicembre

In caso di giudizio concluso con sentenza emanata ai sensi dell'art. 2932 c.c. in un momento precedente alla dichiarazione di fallimento, la stessa sentenza ha già determinato quell'effetto traslativo-derogativo della facoltà di scelta rimessa al curatore, quest'ultimo pertanto non potrà che dare esecuzione al contratto definitivo, immettendo il terzo nel possesso del bene.

Nel diverso caso in cui il giudizio cognitorio, istaurato al fine di ottenere la sentenza produttiva degli effetti del contratto non concluso, fosse *pendente* alla data della dichiarazione di fallimento, la parte *in bonis* non avrebbe più alcun interesse a

2002, n. 17257, in *Massimario*, 2002; Cass., 22 aprile 2000, n. 5287, in *Il Fallimento*, 2000, p. 886, ove si pone a confronto l'ipotesi in questione con il diverso caso di scrittura privata contenente un atto definitivo di vendita, nel quale gli effetti reali di quest'ultimo sono opponibili, in caso di accertamento giudiziale dell'autenticità della sottoscrizione dell'atto stesso e della trascrizione della relativa domanda, al fallimento dichiarato successivamente a detta trascrizione.

Si veda inoltre Cass., 14 aprile 2004, n. 7070, in *Massimario*, 2004, nella parte in cui specifica che l'eventuale trascrizione -ai sensi dell'art. 2652, n. 2), c.c. - della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre del promissario acquirente, non ostacolerebbe la facoltà di scelta del curatore, bensì determinerebbe - ai sensi dell'art. 45 l.f. - l'opponibilità alla massa dei creditori della domanda stessa e della eventuale sentenza di accoglimento, configurandosi in questo caso la scelta del curatore quale elemento ostativo all'accoglimento di quella domanda.

proseguire lo stesso dal momento che la sentenza emanata sarebbe, a quel punto, *non opponibile* al fallimento, poiché la volontà negoziale non è coercibile in sede ordinaria.

Posto, infatti, che il curatore ha il potere di sciogliersi dal contratto preliminare *ex art. 72 l.f.* e che comunque l'efficacia di detto contratto è sospesa in attesa di un suo pronunciamento, il giudizio pendente non potrebbe più portare ad una pronuncia costitutiva, essendo venuto meno l'obbligo irrevocabile a contrarre.

Nelle ipotesi, invece, in cui il curatore non ha il potere di sciogliersi dal contratto preliminare⁹⁸, il terzo avrà comunque l'onere di proporre la domanda nelle forme dettate dagli artt. 93

⁹⁸ Ciò accade, a norma dell'art. 67, comma terzo, lett. c), l.f., - lettera così modificata dall'art. 4, comma quarto, lett. a) del D.L.vo 12 settembre 2007, n. 169 – per i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c., i cui effetti non siano cessati ai sensi del terzo comma della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti o affini entro il terzo grado; e a norma dell'art. 72-*bis* l.f. nel caso in cui, prima che il curatore abbia potuto esercitare il potere di scelta l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato, dandone altresì comunicazione al curatore, non potendo viceversa escutere la fideiussione nel caso in cui il curatore abbia già comunicato la volontà di dare esecuzione al contratto.

ss. l.f., con la conseguente inopponibilità della pronuncia eventualmente ottenuta in sede ordinaria.

In ogni caso, pertanto, il giudizio ordinario non potrà proseguire.

Altro caso controverso concerne la perseguibilità di un giudizio di cognizione a mezzo del quale l'attore miri ad ottenere una sentenza costitutiva di diritti reali sul patrimonio del convenuto, dichiarato fallito nelle more del giudizio stesso.

In un siffatto caso, sotto il regime legislativo previgente alla riforma del 2006, si riteneva improcedibile esclusivamente il giudizio di cognizione pendente alla data della dichiarazione di fallimento ed avente ad oggetto l'accertamento di crediti.

Coerentemente dottrina e giurisprudenza precedenti deducevano la procedibilità di giudizi di cognizione pendenti aventi ad oggetto l'accertamento di un qualsiasi diverso diritto, purché non consistente in un diritto di credito.

La riforma del diritto fallimentare, attuata con D. L.vo. 9 gennaio 2006, n. 5, modificando, tra gli altri, l'art. 52 l.f. -

inerente al concorso dei creditori - ha esteso profondamente l'ambito di applicabilità delle norme sull'accertamento del passivo attribuendo alla cognizione endofallimentare anche l'unico caso di accertamento devoluto alla competenza ordinaria.

La previsione di un'unica sede concorsuale per l'accertamento del passivo, l'inderogabile osservanza del rito funzionale alla realizzazione della *par condicio creditorum* e la conseguente concentrazione presso un unico organo giudiziario delle azioni dirette all'accertamento non più dei soli crediti, ma di «ogni diritto reale e personale, mobiliare o immobiliare» e dunque di *qualsiasi pretesa* sul patrimonio del fallito, ha determinato l'*improcedibilità* della domanda proposta nelle forme ordinarie⁹⁹, stante l'*inopponibilità* al fallimento della relativa sentenza.

In virtù del riformato art. 52 l.f., il giudizio instaurato al fine di ottenere una domanda costitutiva di diritti reali sul

⁹⁹ In questo senso Cass., 29 gennaio 2009, n. 1065.

patrimonio del fallito pendente alla data della dichiarazione di fallimento è oggi da ritenersi, in ogni caso, improcedibile.

3.2. EFFETTI DEL FALLIMENTO SU UN GIUDIZIO DI COGNIZIONE VOLTO AD OTTENERE UNA SENTENZA DI CONDANNA AL PAGAMENTO, PENDENTE ALLA DATA DELLA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

Quando una parte intraprende l'azione di condanna la cognizione si svolge in funzione ed in preparazione dell'esecuzione forzata, chiedendosi al giudice l'accertamento del diritto che si vuol far valere ed, al contempo, quel *quid pluris* che apre la via all'esecuzione stessa, di modo che la sentenza di condanna ne costituisca titolo esecutivo¹⁰⁰.

Nel caso in cui il giudizio cognitorio, per mezzo del quale la parte miri ad ottenere una sentenza di condanna del convenuto poi fallito, sia ancora in corso alla data della dichiarazione di

¹⁰⁰ Da qui la distinzione rispetto all'azione di mero accertamento sotto il profilo dell'interesse ad agire.

fallimento, si potrebbero astrattamente configurare tre distinte ipotesi:

- 1) il processo non subisce interruzioni, nonostante l'intervenuto fallimento, ed il giudice ordinario pronuncia sentenza di condanna nei confronti del fallito;
- 2) il processo, interrotto ai sensi del novellato art. 43, comma terzo, l.f., viene riassunto (o continuato) dal curatore, pronunciandosi sentenza di condanna nei suoi confronti;
- 3) il processo, interrotto ai sensi del novellato art. 43, comma terzo, l.f., viene riassunto (o continuato) ad opera della persona del fallito, pronunciandosi sentenza di condanna nei suoi confronti.

Nel primo dei casi considerati, assumendo che nessuno rilevi l'intervenuto fallimento, la sentenza pronunciata nei confronti della persona del fallito - frutto di errore da parte del

giudice ordinario - sarebbe comunque *inefficace* nei confronti del fallimento, derivando da un accertamento non condotto con le speciali formalità richieste dalla legge e prescritte dalle norme del Capo V della l.f.¹⁰¹

La sentenza sarebbe, inoltre, *nulla* per difetto della capacità di stare in giudizio del fallito, quale conseguenza processuale della stessa dichiarazione di fallimento, la quale nullità dovrebbe essere necessariamente fatta valere quale motivo di impugnazione¹⁰².

Potremmo immaginare una legittimazione straordinaria del fallito ad impugnare la sentenza, attraverso la nomina di un *curatore speciale* - a norma dell'art. 78 c.p.c., differente dalla figura del curatore fallimentare e nominato proprio in ragione della mancanza di quest'ultimo, perchè lo rappresenti nel giudizio di impugnazione - laddove si voglia evitare il consolidarsi

¹⁰¹ Tale ipotesi, a ben vedere, era maggiormente frequente prima dell'introduzione dell'interruzione *ipso iure* del giudizio pendente, quale conseguenza della dichiarazione di fallimento in seguito alla riforma del 2006.

¹⁰² La sentenza potrebbe, ancorché nulla, produrre effetti qualora i legittimati non dovessero provvedere a rilevarla.

dell'accertamento dopo il ritorno *in bonis* del fallito.

Nel secondo dei casi considerati, la sentenza di condanna - nuovamente frutto di errore da parte del giudice ordinario - pronunciata nei confronti del curatore, il quale abbia riassunto (o proseguito) il giudizio cognitorio interrotto a seguito della dichiarazione fallimento, sarebbe ugualmente *inefficace* nei confronti del fallimento, per lo stesso ordine di ragioni già considerate nell'ipotesi sub 1).

Non si potrebbe ragionevolmente rilevare alcuna nullità della sentenza posto che la nomina del curatore fallimentare consente di ristabilire la pienezza del contraddittorio delle parti, *ratio* sottesa all'interruzione del processo disposta dall'art. 43 l.f.

In tal caso il tribunale avrebbe dovuto, piuttosto, dichiarare d'ufficio l'*improcedibilità* del giudizio in corso¹⁰³ a causa del *difetto di interesse* ad agire - il quale, in virtù del dettato *ex art.* 100 c.p.c., si pone quale condizione dell'azione e presupposto necessario

¹⁰³ In questo senso, per tutte, Cass. S.U., 14 ottobre 1977, n. 4375, in *Giurisprudenza commerciale*, 1978, II, p. 365; Tribunale di Bologna, 29 marzo 1983, *ivi*, 1983, II, p. 725.

per proporre una domanda (o contraddire alla stessa) - della parte *in bonis* la quale otterrebbe, a conclusione del processo cognitorio, un provvedimento *non opponibile* ai creditori e alla massa fallimentare.

Il curatore potrebbe avere, ciononostante, un interesse ad impugnare la sentenza di condanna, quantomeno per recuperare le spese di giudizio che andrebbero altrimenti a depauperare la massa stessa.

L'improcedibilità non potrebbe invece essere dichiarata qualora l'attore espressamente dichiarasse di voler ottenere una sentenza da far valere nei confronti dell'imprenditore fallito solo dopo la chiusura della procedura fallimentare a suo carico.

Nel terzo ed ultimo dei casi considerati, la sentenza di condanna emanata nei confronti del fallito sarebbe, oltre che *inefficace*, per lo stesso ordine di ragioni sub. 1), 2) anche *nulla* per carenza di capacità processuale del fallito, salva l'eventuale nomina di un curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.*

3.3. EFFETTI DEL FALLIMENTO SU UN GIUDIZIO DI COGNIZIONE VOLTO AD OTTENERE UNA SENTENZA DI ACCERTAMENTO MERO, PENDENTE ALLA DATA DELLA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

A completamento della trattazione non resta che considerare gli effetti del fallimento sulle azioni di mero accertamento in corso al momento della sua dichiarazione.

L'interesse ad agire è *in* determinato dalla contestazione, sufficientemente seria e consistente, di un certo diritto - sotto i diversi profili della contestazione di un diritto goduto da terzi, che si assume proprio, di vanto di un certo diritto già in godimento che si assume proprio, ma che viene negato dalla controparte o, ancora, dalla contestazione di un diritto vantato da terzi sul proprio patrimonio - mirando, la parte, ad ottenere una sentenza che sostituisca all'incertezza del diritto la obiettiva certezza dello stesso.

Giurisprudenza e dottrina maggioritarie ritengono che, a seguito del fallimento del debitore, l'azione di mero accertamento, allorquando la relativa pronuncia costituisca il

fondamento di una pretesa creditoria da far valere in sede concorsuale, sia *tendenzialmente improcedibile* davanti al giudice di cognizione ordinaria¹⁰⁴.

La ragione della improcedibilità deriverebbe, nuovamente, dal *difetto di interesse* ad agire della parte, ottenendo quest'ultima una sentenza di fatto inopponibile al fallimento - a norma del riformato art. 52 l.f. - in quanto contenente un accertamento condotto con forme diverse da quelle prescritte dal capo V della legge medesima.

Il giudizio di cognizione pendente potrà, viceversa,

¹⁰⁴ In questo senso Cass., 18 ottobre 1991, n. 11038, in *Repertorio del Foro Italiano*, voce «*Contratto in genere*», n. 87.

A contrario, in dottrina si veda PAJARDI-PALUCHOWSKI, opera cit.; in giurisprudenza si veda Tribunale di Milano, 13 luglio 1992, in *Il Fallimento*, 1993, p. 217, secondo il quale le azioni di accertamento mero nei confronti del fallimento andrebbero proposte davanti al giudice ordinario.

In posizione intermedia si pone Cass., 7 febbraio 1975, n. 459, in *Monitore dei tribunali*, 1975, 205, la quale, pur ammettendo astrattamente che talune domande di mero accertamento (quali ad esempio la declaratoria di inefficacia di un contratto stipulato dal fallito) possono essere proposte in sede ordinaria, ha tuttavia osservato che sottoporre tali domande al giudice ordinario - riservando così al giudice delegato esclusivamente una «risultante consequenziale nummaria» - finirebbe per tradire la finalità della legge fallimentare.

proseguire qualora il creditore dichiari espressamente, in giudizio, di voler utilizzare il titolo così ottenuto contro l'imprenditore solo dopo il suo ritorno *in bonis*.

Si deve, tuttavia, prestare particolare cautela nel procedere ad una generalizzazione della improcedibilità nell'ambito della tipologia di giudizi considerati, potendosi individuare concrete fattispecie nelle quali ben potrebbe sussistere un interesse ad agire della parte in relazione all'accertamento (mero) di una data pretesa.

Anche nel caso di un giudizio cognitorio, istaurato nei confronti del convenuto poi fallito, per mezzo del quale la parte miri ad ottenere una sentenza di accertamento mero e che sia ancora in corso alla data della dichiarazione di fallimento, si potrebbero astrattamente configurare quattro diverse ipotesi:

- 1) giudizio cognitivo istaurato per l'accertamento di un diritto della parte *in bonis* su singoli beni o sul patrimonio dell'imprenditore poi fallito;

- 2) giudizio cognitivo istaurato per l'accertamento della nullità di un negozio traslativo stipulato tra la parte *in bonis* e l'imprenditore poi fallito;
- 3) giudizio cognitivo istaurato per l'accertamento dell'esistenza di un diritto della parte *in bonis* su beni ricompresi nel proprio patrimonio;
- 4) giudizio cognitivo istaurato per l'accertamento della inesistenza di diritti del fallito su beni ricompresi nel patrimonio della parte *in bonis* o di crediti vantati verso quest'ultima.

Nelle ipotesi sub 1) e 2) il giudizio cognitivo che risulti pendente alla data della dichiarazione di fallimento non potrebbe essere utilmente proseguito dalla parte in quanto l'accertamento in esame, vertendo su una pretesa vantata dalla parte stessa sul patrimonio del fallito, dovrebbe necessariamente svolgersi nelle forme dell'accertamento del passivo affinché possa determinare i suoi effetti sul fallimento.

Viceversa il giudizio si concluderebbe con un provvedimento *inopponibile* al fallimento e dunque privo di qualsiasi utilità per la parte.

Quanto alle ipotesi sub 3) e 4) il discorso differisce notevolmente.

Si consideri, a titolo esemplificativo, il caso della parte che agisca avverso il fallito per l'accertamento dell'esistenza di un diritto reale di godimento (ad es. una servitù prediale) che egli già possiede ma che viene contestata dal fallito.

L'interesse ad agire della parte *in bonis* sarebbe *ivi* determinato dalla volontà di accertare l'esistenza di un diritto (reale), contestata in giudizio dal convenuto poi fallito per mezzo del curatore.

In tal caso la pretesa, di cui la parte richiede l'accertamento, ricade nella propria sfera patrimoniale e non in quella del fallito: l'accertamento ben potrà proseguire nelle forme ordinarie non incorrendo nel limite imposto dall'art. 52 l.f.

Il giudizio così instaurato potrà proseguire

indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento, trovando fondamento nell'interesse ad agire della parte.

Si deve, inoltre, convenire sulla procedibilità (o proseguibilità) del giudizio pendente anche in caso di accertamento negativo del credito, ove il curatore fallimentare vantava una pretesa creditoria sul patrimonio della parte *in bonis*.

L'interesse ad agire della parte sarebbe infatti determinato dalla volontà di accertare l'inesistenza della pretesa creditoria vantata dal fallimento, per mezzo del curatore, sul suo patrimonio.

Anche in questo caso, ricadendo la pretesa in esame nella sfera patrimoniale della parte *in bonis*, l'accertamento ben potrà proseguire nelle forme ordinarie senza incorrere nel limite imposto dall'art. 52 l.f.

3.4. EFFETTI DEL FALLIMENTO SUL DECRETO INGIUNTIVO. CASISTICA

Per completezza di esposizione, si vuole adesso considerare l'inopponibilità al fallimento del decreto ingiuntivo il quale sia stato pronunciato prima della dichiarazione di fallimento¹⁰⁵.

In merito si possono astrattamente distinguere le seguenti due ipotesi:

- 1) Decreto ingiuntivo emesso e non opposto o il cui termine per l'opposizione sia scaduto prima della sentenza dichiarativa di fallimento;

¹⁰⁵ L'interesse ad agire che muove la parte ad istaurare un giudizio cognitorio volto ad ottenere l'emaneazione di un decreto ingiuntivo è configurabile nella necessità di conseguire, il più rapidamente possibile, un titolo esecutivo e, con esso, l'avvio dell'esecuzione forzata. Per mezzo del decreto ingiuntivo la parte ingiunge al ritenuto debitore di pagare una somma o adempiere alla diversa obbligazione entro il termine di 40 gg (riducibile fino a 10 gg o prolungabile fino a 60 gg in presenza di giusti motivi) dalla notificazione del decreto. Qualora nel suddetto termine non venga proposta opposizione - la quale introdurrebbe una fase a cognizione "piena", in luogo di quella "sommatoria" caratterizzante il giudizio oggetto di esame - si procederà ad esecuzione forzata acquisendo, il decreto, efficacia definitivamente esecutiva.

- 2) Decreto ingiuntivo emesso ed opposto o con termine per proporre opposizione ancora pendente prima della sentenza di fallimento.

Partendo dalla prima delle ipotesi considerate, l'orientamento costante della giurisprudenza è nel senso di ritenere il decreto dichiarato esecutivo *ex art. 647 c.p.c.* - perché non tempestivamente opposto o per inerzia dell'opponente - titolo valido per l'ammissione del credito allo stato passivo, in deroga al principio della inopponibilità dei decreti ingiuntivi nei confronti del fallimento¹⁰⁶.

¹⁰⁶ In questo senso in giurisprudenza si vedano, tra le altre, Cass., 26 marzo 2004, n. 6085, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2004, 87; Cass., 13 marzo 2009, n. 6198, *ivi*, 2009, 415; Cass.[ordinanza], 23 dicembre 2011, n. 28553, *ivi*, 2012, 470.

In particolar modo la Cass., 31 ottobre 2007, n. 22959, *ivi*, 2008, 556, ha ulteriormente precisato che «il decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo *ex art. 647 c.p.c.* e passato in giudicato in data anteriore alla dichiarazione di fallimento, per mancata tempestiva opposizione o perché l'opponente non si è costituito, costituisce titolo per l'ammissione del credito allo stato passivo, non essendo operante in questo specifico caso il principio dell'inefficacia dei decreti ingiuntivi nei confronti della massa, applicabile solo a quelli non definitivi perché opposti o il cui termine per l'opposizione risulti pendente al momento della dichiarazione di fallimento».

Poiché il decreto ingiuntivo acquista efficacia di giudicato sostanziale solo a seguito della suddetta dichiarazione di esecutività, ne consegue che quest'ultima costituisce lo spartiacque tra decreti opponibili al fallimento e decreti che, viceversa, non lo sono perché semplicemente dotati di esecutorietà provvisoria.

Un tale orientamento pone una questione¹⁰⁷ di notevole

In dottrina in questo senso QUATRARO, “*Il procedimento di verifica dei crediti*”, in BELLINI, *Studi in memoria di Umberto Azsolina* (a cura di), Giuffrè, Milano, 2004, p. 407; PAJARDI, “*Codice del fallimento*”, in *Le fonti del diritto italiano - i testi fondamentali commentati dalla dottrina e dalla giurisprudenza*, di BOCCHIOLA PALUCHOWSKI (a cura di), quarta edizione, Giuffrè, Milano, 2009, p. 579.

¹⁰⁷ La questione si presenta ad oggi ancora aperta, non avendo trovato argomentazioni convincenti in dottrina.

SATTA, “*Commentario al codice di procedura civile*”, libro IV, parte II, Milano, 1968, p. 86 ss., ha giustificato l'orientamento in questione argomentando la possibilità di proporre opposizione nel lasso temporale individuabile dalla data della scadenza del termine utile per fare opposizione al decreto alla data dell'intervenuta pronuncia di definitiva esecutorietà. Tale argomentazione, dedotta per analogia con gli artt. 358 e 387 c.p.c., non può essere condivisa in quanto andrebbe ad individuare una nuova opposizione (ordinaria) accanto a quella tardiva *ex art. 650 c.p.c.*, la quale opera dopo la scadenza del termine utile per fare opposizione, in presenza dei requisiti fissati da legge (mancata conoscenza per irregolarità della notificazione, caso fortuito, forza maggiore).

A contrario, per un confronto tra le tesi, si veda ANDRIOLI, “*Commentario al codice di procedura civile*”, terza edizione, volume IV, Napoli, 1964, p. 77 ss.

rilevanza: se gli effetti del giudicato si facessero dipendere esclusivamente dalla pronuncia di definitiva esecutorietà *ex art.* 647 c.p.c. si andrebbe a ledere l'interesse della parte ogni qual volta la stessa, avendo ottenuto un decreto già dichiarato provvisoriamente esecutivo ai sensi dell'art. 642, commi primo, secondo e terzo, c.p.c, non si sia successivamente premurata di fare istanza al giudice per ottenere la pronuncia di definitiva esecutorietà¹⁰⁸.

Acquisita l'efficacia di giudicato sostanziale - ancorché l'effetto preclusivo di carattere processuale (il giudicato formale) si produca anche a prescindere dalla pronuncia¹⁰⁹ - il decreto ingiuntivo potrebbe essere impugnato in via straordinaria dal curatore solo a condizione che sussistano i

¹⁰⁸ Del resto qualora la parte, già provvista di decreto provvisoriamente esecutivo, dovesse proporre domanda per ottenerne la definitiva esecutorietà potrebbe ragionevolmente vedersi rigettata la domanda stessa per difetto di interesse, restando così priva della possibilità di dotarsi di un titolo opponibile in caso di successivo fallimento del debitore imprenditore ingiunto poi fallito.

¹⁰⁹ Cfr. Cass., 26 marzo 2004, n. 6085, cit.

requisiti richiesti dall'art. 656 c.p.c.¹¹⁰ costituendo, altrimenti, titolo incontestabile per l'ammissione del credito al passivo del fallimento e per l'accesso alla successiva fase di liquidazione.

Una siffatta soluzione si porrebbe, oltretutto, in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo, a norma del novellato art. 111, comma secondo, Cost., costringendo la parte ad una successiva istanza al giudice di pronuncia *ex art. 647 c.p.c.* la quale, allo stato di fatto (ove non fosse rigettata per carenza di interesse di parte) non sarebbe di alcuna immediata utilità per la parte, non potendo del resto ragionevolmente chiedersi alla stessa - né tantomeno al giudice della cognizione - un giudizio prognostico sulla possibilità che il convenuto imprenditore-ingiunto fallisca in un momento successivo alla pronuncia.

Nella seconda ipotesi, nel caso in cui il decreto ingiuntivo emesso sia stato opposto prima della sentenza dichiarativa di

¹¹⁰ Per revocazione nei casi indicati nei nn. 1), 2), 5) e 6) dell'art. 395 e con opposizione di terzo nei casi previsti dall'art. 404, comma secondo, c.p.c.

fallimento, il giudizio di opposizione che ne deriverebbe - introducendo così un giudizio a cognizione “piena”, di primo grado e sostitutivo del precedente giudizio a cognizione “sommara” - diventerebbe *improcedibile* (o, se si preferisce, *improseguibile*), divenendo il decreto ingiuntivo inopponibile nei confronti della massa dei creditori¹¹¹.

Lo stesso dicasi in caso di decreto ingiuntivo con termine per proporre opposizione ancora pendente: il curatore, per conto del fallito ingiunto, non avrebbe alcun interesse a procedere con l’opposizione a chiusura della quale, in caso a lui favorevole, residuerebbe una pronuncia ad ogni modo inopponibile al fallimento¹¹².

Lo stesso curatore non sarebbe comunque tenuto, in una siffatta circostanza, ad instaurare un giudizio di opposizione al decreto stesso.

¹¹¹ Così Appello di Napoli, 13 maggio 1969, in *Diritto fallimentare*, 1970, II, p. 194; Cass., 22 settembre 1997, n. 9346, in *Il Fallimento*, 1998, p. 128.

¹¹² Così Cass., 21 agosto 1987, n. 6998 in *Il Fallimento* 1987, p. 1170 e Cass., 22 settembre 1997, n. 9346, cit.

Il decreto ingiuntivo continuerebbe, tuttavia, a produrre i suoi effetti nei confronti dell'imprenditore personalmente e, qualora non venga tempestivamente opposto da quest'ultimo, diventerebbe definitivo, potendo essere fatto valere nei suoi confronti dopo la chiusura del fallimento ed il suo ritorno *in bonis*¹¹³.

La conseguenza della improcedibilità si deve, ancora una volta, al combinato disposto degli artt. 52 e 93 e ss. l.f.: dichiarato il fallimento del debitore opponente, l'accertamento del credito fatto valere unitariamente può avvenire solo per mezzo dello speciale procedimento di verifica dei crediti¹¹⁴.

¹¹³ In questo senso, Cass., 27 aprile 1981, n. 2542, in *Massimario di giurisprudenza italiana*, 1981.

¹¹⁴ In Cass., 8 giugno 1988, n. 3885, in *Fallimento*, 1988, p. 978 (ripresa successivamente in Cass. 23 luglio 1998, n. 7221, in *Foro Italiano - Massimario*, 1998, voce «Fallimento», n. 93; Cass., 9 aprile 1997, n. 3068; in *Repertorio del Foro Italiano*, voce «Fallimento», n. 332; Cass., 26 marzo 1996, n. 2689, in *Il Fallimento*, 1996, p. 976; Cass., 22 giugno 1995, n. 7045, in *Giustizia civile*, 1995, I, 1951) ci si è espressi nel senso che l'intervenuto fallimento del debitore, nelle more di un giudizio di primo grado da questi promosso in opposizione avverso il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, determina l'inopponibilità al fallimento di tale decreto (nonché dell'ipoteca giudiziale che sia stata iscritta in base ad esso) ed impone al creditore di far valere le sue ragioni in sede di ammissione al passivo, tenendo conto che detto provvedimento monitorio non è qualificabile come «sentenza

Sarà interesse del debitore opponente riassumere il processo (eventualmente interrotto dal giudice dell'opposizione) al fine di impedire che il decreto opposto diventi definitivo e possa dunque essere fatto valere come titolo esecutivo al momento del suo ritorno *in bonis*, per effetto della chiusura di fallimento (non essendo più operante il divieto contenuto nell'art. 51 l.f.).

Nella particolare ipotesi di decreto ingiuntivo ancora in termini per l'opposizione alla data della dichiarazione di fallimento del debitore, e da questi opposto con sentenza di rigetto provvisoriamente esecutiva, occorre distinguere il caso in cui questa sia passata in giudicato prima della dichiarazione

impugnabile», né ad essa equiparabile, sicché non opererebbe la norma speciale di cui all'art. 96, comma terzo, n. 3), l.f., la quale fa carico al curatore di impugnare la sentenza non passata in giudicato qualora non intenda ammettere il credito da essa risultante. Inoltre, il curatore medesimo non subentra (né, del resto, è tenuto a riassumerlo) nel giudizio di opposizione, le cui eventuali ulteriori vicende restano vincolanti soltanto nei confronti del fallito al momento del suo ritorno *in bonis*. Se quindi il creditore opposto volesse ottenere una pronuncia giudiziale (sentenza) da non utilizzare nei confronti del fallimento, bensì nei confronti del debitore opponente - dopo la chiusura del suo fallimento ed il suo ritorno *in bonis* - dovrà dichiarare espressamente in giudizio questa sua volontà, manifestandola nuovamente nel ricorso per riassunzione, qualora il processo sia stato interrotto dal giudice dell'opposizione.

di fallimento dell'ingiunto (per non essere stata impugnata nel termine); dalla diversa ipotesi in cui la sentenza sia stata impugnata (o sia ancora impugnabile) al momento della dichiarazione di fallimento dell'intimato.

Nel primo caso il decreto ingiuntivo passa in giudicato comportando, di conseguenza, l'ammissione del relativo credito previa insinuazione nel passivo fallimentare.

Lo stesso dicasi in caso di giudizio di opposizione concluso.

Nel secondo caso (che ricorre anche qualora, al momento della dichiarazione di fallimento, non sia ancora decorso il termine per l'appello), il decreto ingiuntivo, per effetto della sentenza di rigetto dell'opposizione, acquista *ex art. 653 c.p.c.* efficacia definitivamente esecutiva.

Così la sentenza di rigetto, ancorché non passata in giudicato, avrà valore di titolo per l'ammissione del creditore ingiunto allo stato passivo fallimentare, salvo che vi sia impugnazione da parte del curatore.

Tale conclusione è desumibile dall'art. 96, comma terzo, l.f.,

a norma del quale, nel caso in cui la sentenza provvisoriamente esecutiva, che abbia respinto l'opposizione, non sia impugnata e sia ancora pendente il termine per il gravame, il giudice delegato dovrà ammettere nel passivo del fallimento il credito ingiunto, seppur con riserva.

Il decreto emesso dopo la dichiarazione di fallimento e notificato al curatore sarà, ad ogni modo, *inopponibile* alla massa, in quanto frutto di un accertamento condotto con forme differenti rispetto a quelle richieste per l'accertamento endofallimentare, unico in grado di incidere sul fallimento rendendo opponibile il credito alla massa¹¹⁵.

Quando il decreto ingiuntivo viene notificato al fallito, fine ultimo del creditore è quello di dotarsi di un titolo da opporre allo stesso dopo la chiusura del fallimento; quando invece,

¹¹⁵ In dottrina QUATRARO, opera cit., p. 408, ammette la possibilità per il creditore di notificare il decreto alla persona del fallito ingiunto, derivandone l'effetto, per il primo, di dotarsi di un titolo da opporre al secondo tornato *in bonis* dopo la chiusura del fallimento. Non si può, tuttavia, convenire con una tale costruzione non potendo essere il fallito, in quanto soggetto privato della capacità processuale in seguito all'intervenuto fallimento, destinatario dell'atto di notificazione.

viene notificato al curatore, il decreto ingiuntivo è *inopponibile* alla massa, trattandosi di pretesa accertata in forma sommaria (perché superficiale) in un giudizio ordinario esterno al fallimento, dunque a mezzo di un procedimento diverso da quello endofallimentare prescritto dagli artt. 52 e 93 ss. l.f., con tutte le conseguenze (predette) che ne derivano.

La Cassazione si è interrogata sulla questione della ammissibilità dell'opposizione proposta dal curatore, nonostante l'inefficacia *ex lege* del detto decreto¹¹⁶, rispondendo positivamente.

¹¹⁶ Il Supremo Collegio (Cass., 24 settembre 1991, n. 9944, in *Giustizia civile*, 1992, I, p. 69 ss.) ha risposto affermativamente, non potendo negarsi l'interesse *ex art.* 100 c.p.c. del curatore a proporre opposizione al fine di ottenere, con autonoma pronuncia ed in via principale, la declaratoria di inefficacia del decreto ingiuntivo. «Trattandosi di azioni di accertamento negativo l'interesse del curatore andrebbe ravvisato nella esigenza di superare una oggettiva incertezza, che può anzitutto riguardare la concreta portata e gli effetti di un provvedimento, allo scopo di rimuovere l'allegato pregiudizio derivante dall'esecutività del provvedimento, incertezza che può riferirsi anche all'effettiva individuazione del soggetto tenuto alla prestazione, ben potendo non essere sufficientemente chiaro, dal contenuto del provvedimento, se il decreto ad per oggetto un credito concorsuale o un credito prededucibile».

3.5. L'EFFICACIA NEL FALLIMENTO DELLE ORDINANZE *EX ARTT.* 186-*BIS*, 186-*TER*, 186-*QUATER* C.P.C, EMESSE DAL GIUDICE ISTRUTTORE NEL PROCESSO ORDINARIO PENDENTE

Come noto, a seguito della riforma del codice di rito, il giudice istruttore può emettere nel corso del processo ordinario di cognizione a lui affidato:

- 1) fino al momento della precisazione delle conclusioni:
 - ordinanza di pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite (art. 186-*bis* c.p.c, introdotto dall'art. 20 della Legge 353/90);
 - ordinanza-ingiunzione di pagamento o di consegna, provvisoriamente esecutiva (art. 186-*ter* c.p.c., introdotto dall'art. 92 della Legge 353/90);
- 2) successivamente alla chiusura dell'istruzione:
 - ordinanza di pagamento di somme, ovvero di

consegna o rilascio, nei limiti in cui ritiene già raggiunta la prova (art. 186-*quater* c.p.c., introdotto dall'art. 7 della Legge 534/95).

L'ordinanza di cui all'art. 186-*bis* c.p.c. è un provvedimento anticipatorio della sentenza, dotato di esecutività, modificabile e revocabile da parte del giudice che l'ha emesso e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo, così da dotare il creditore di un titolo di carattere provvisorio da definire con sentenza e che non può portare ad esecuzione una volta che sia intervenuto il fallimento del debitore, stante il divieto di cui all'art. 51 l.f.

Né tale ordinanza potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 96, comma terzo, l.f., giacché tale disposizione, come si è visto, non è applicabile neppure al decreto ingiuntivo opposto (o opponibile).

Il creditore che nel corso del giudizio di cognizione non ancora definito abbia ottenuto, in danno del debitore poi fallito,

l'ordinanza di pagamento delle somme non contestate di cui all'art. 186-*bis* c.p.c., si trova nelle stesse condizioni del creditore che, al momento del fallimento del debitore, non abbia ancora ottenuto una sentenza di primo grado.

Pertanto l'ordinanza in esame non vincola il giudice delegato il quale, in sede di verifica, dovrà riesaminare i temi sui quali si controverte e decidere l'ammissione o meno del credito.

Resta tuttavia controverso se, in caso di giudizio concluso prima del fallimento senza una pronuncia sul merito, l'ordinanza *ex art. 186-bis* c.p.c. divenga definitiva ed immutabile - come il decreto ingiuntivo in caso di estinzione del giudizio di opposizione - ovvero rimanga contestabile da parte del debitore in un nuovo processo di cognizione o in sede di opposizione all'esecuzione.

Nel primo caso l'ordinanza sarebbe opponibile alla massa e ai creditori; nel secondo caso, invece, la stessa sarebbe inopponibile.

L'ordinanza-ingiunzione di cui all'art. 186-*ter* c.p.c.¹¹⁷ emessa nel corso del giudizio non ancora pervenuto a sentenza, con debitore costituito, non è opponibile al fallimento ed il credito dovrà essere pertanto accertato esclusivamente a mezzo della procedura disciplinata dagli artt. 93 ss. l.f., come se l'ordinanza non fosse mai esistita.

L'ordinanza-ingiunzione viene definitiva e vincolante per il giudice delegato ove il convenuto debitore contumace non si sia costituito nei termini per opporsi, ovvero ove il processo di cognizione si sia estinto prima della dichiarazione di fallimento.

L'ordinanza di cui all'art. 186-*quater* c.p.c., anticipatoria della decisione che il giudice può emettere al termine dell'istruzione della causa, ha carattere provvisorio in quanto revocabile con la sentenza che definisce il giudizio, ragion per cui non può ritenersi vincolante per il giudice delegato del fallimento della parte intimata.

¹¹⁷ L'ordinanza *ex art* 186-*ter* c.p.c. è equiparabile al decreto ingiuntivo emesso *ante causam* su ricorso ai sensi dell'art. 633 c.p.c., si rinvia pertanto a quanto detto in proposito al decreto ingiuntivo non definitivo.

Qualora, invece, la sentenza conclusiva del giudizio non sia richiesta - o perché il processo si è estinto o perché la parte intimata abbia rinunciato alla pronuncia - l'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile.

Così in caso di fallimento del debitore, qualora l'ordinanza-sentenza sia ancora impugnabile si applicherà la disciplina dell'ammissione con riserva del credito, *ex art. 96, comma terzo, l.f.*

CAPITOLO QUARTO

Le eccezioni alla regola della improcedibilità

Sommario: 4.1. Le sentenze di merito pronunciate prima del fallimento e non ancora passate in giudicato: l'ammissione al passivo dei crediti con riserva; 4.2. L'eccezione di compensazione; 4.3. La controversa questione dei giudizi pendenti in materia di lavoro (cenni).

4.1. LE SENTENZE DI MERITO PRONUNCIATE PRIMA DEL FALLIMENTO E NON ANCORA PASSATE IN GIUDICATO: L'AMMISSIONE AL PASSIVO DEI CREDITI CON RISERVA

Enunciato il principio della *tendenziale improcedibilità dei giudizi pendenti* alla data della dichiarazione di fallimento è possibile, tuttavia, individuare alcune eccezioni.

Dette eccezioni trovano il loro fondamento talora nel dettato della legge fallimentare, come nel caso dell'art. 96, comma terzo, n. 3) l.f., in tema di ammissione al passivo con riserva e dell'art. 56 l.f., in tema di compensazione; talaltra in esigenze concrete legate alla singola fattispecie in questione, come in materia del lavoro.

Partendo da quelle la cui *ratio* si fonda sul dettato positivo della legge fallimentare consideriamo, per ragioni espositive, l'ipotesi delle sentenze di merito pronunciate *prima* del fallimento e *non ancora passate in giudicato*.

Queste particolari sentenze sono disciplinate dall'art. 96, comma terzo, n. 3) l.f., a norma del quale sono ammessi al

passivo con riserva «i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento».

Il legislatore fallimentare ha così riservato alle sentenze in esame un trattamento di favore, consentendo ai crediti accertati in un giudizio *esterno* al fallimento l'ammissione al passivo (seppur con riserva) in deroga allo speciale procedimento di accertamento endofallimentare.

Com'è noto, ai sensi dell' 52 l.f., la dichiarazione di fallimento del debitore, aprendo il concorso sul patrimonio del fallito, preclude la proposizione (o la prosecuzione) di azioni individuali dei creditori, i cui crediti debbono essere accertati e soddisfatti "esclusivamente" nelle forme di cui agli artt. 92 ss. della legge medesima, dinanzi la giudice delegato e al tribunale fallimentare, la cui competenza attrae tutte le controversie che trovano la loro ragione diretta (o indiretta) e la loro origine

ontologica e funzionale nel fallimento¹¹⁸.

Tale *vis attractiva*, secondo l'orientamento ormai prevalente della Cassazione, non si estende, tuttavia, all'ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento sia intervenuta successivamente ad una sentenza di primo grado, emessa da un giudice ordinario o speciale, e non ancora passata in giudicato.

La *ratio* dell'istituto dell'*ammissione con riserva* viene ravvisata nell'esigenza di evitare che un ritardo nell'accertamento di un credito possa provocarne il mancato soddisfacimento, sul presupposto che il giudice delegato possa, in base a quanto allegato e provato allo stato degli atti, prevedere l'accertamento positivo del credito.

La norma in esame individua un caso di ammissione con riserva *condizionale*, trattandosi di un'ammissione sotto condizione sospensiva: finché non si verifica la condizione essa produce i soli effetti disposti dalla legge¹¹⁹.

¹¹⁸ Si rammenta che l'ambito di applicazione dell'art. 52 l.f., a seguito della riforma del 2006, non è più ridotto ai soli diritti di credito, coprendo oggi *qualsiasi pretesa* giuridica.

¹¹⁹ In questo senso FERRARA-BORGIOI, opera cit., p. 548.

L'oggetto della riserva, riferendosi ad una condizione non ancora verificatasi, sarebbe dato dall'evento costitutivo del diritto.

Perché si possa applicare la disciplina in esame si richiede, altresì, che la sentenza sia stata pronunciata prima della dichiarazione di fallimento, ritenendosi necessaria a tal fine la pubblicazione della stessa prima del fallimento¹²⁰.

Diversamente, Tribunale di Padova, 22 maggio 2000, in *Il Fallimento*, 2000, p. 1418, il quale ha ravvisato la natura, dell'ammissione con riserva, in una clausola giudiziale apposta al provvedimento di ammissione. Altri con riguardo alla natura sostengono che l'ammissione con riserva si esaurirebbe in un provvedimento interlocutorio che si risolve, a seguito del suo scioglimento, in un incondizionato provvedimento di ammissione o in un definitivo provvedimento di rigetto.

¹²⁰ In questo senso Tribunale di Torino, 21 settembre 1999, in *Il Fallimento*, 1999, 1395; LO CASCIO, "Introduzione al seminario di studi. L'accertamento del passivo nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali?", in *Il Fallimento*, 1990, 873, p. 906, il quale ritiene che il momento in cui la sentenza viene giuridicamente ad esistere è quello della pubblicazione, *ex art. 133 c.p.c.*

Ove prima della dichiarazione di fallimento sia stato pronunciato solo il dispositivo e non anche la motivazione, la giurisprudenza prevalente ha affermato che costituisce titolo valido per l'ammissione al passivo del credito: a) la decisione della commissione tributaria deliberata in camera di consiglio subito dopo la discussione, il cui dispositivo sia stato depositato prima della dichiarazione di fallimento (Cass., 16 gennaio 1999, n. 399, in *Il Fallimento*, 1999, p. 1118, nota di POLLIO); b) il dispositivo letto dal giudice del lavoro e pronunciato prima della dichiarazione di fallimento (Tribunale di Palermo, 22 febbraio 2001, in *Il Fallimento*, 2001, p. 1372 e, risalente, Cass., 23 ottobre 1986, n. 6225, in *Il*

L'articolo in questione prevede poi la possibilità - inteso quale *onere* - per il curatore di poter promuovere (o proseguire) il giudizio di impugnazione nel caso in cui voglia opporsi all'ammissione del credito con riserva.

L'onere di impugnare la sentenza non definitiva compete esclusivamente al curatore.

Non è, tuttavia, precluso al creditore di rinunciare al giudizio già instaurato in sede di cognizione ordinaria e rivolgersi direttamente al giudice del fallimento per ottenere l'ammissione del credito al passivo¹²¹.

Ove, invece, il curatore si dichiari favorevole all'ammissione, non proponga impugnazione, non prosegua quella in corso

Fallimento, 1987, p. 173, il quale ha, peraltro, stabilito l'irrelevanza della motivazione posteriore al fallimento).

Diversamente PAJARDI, "*Codice del fallimento*", opera cit., p. 96, propende per la sufficienza della deliberazione della sentenza prima del fallimento, argomentando a sostegno che si eviterebbe, così, al creditore il pregiudizio dei propri diritti sotteso al ritardo nel deposito della sentenza stessa. L'opinione (rimasta isolata) non può essere condivisa né sul piano logico, non potendo derivare l'ammissione dei crediti al passivo, seppur con riserva, dalla semplice deliberazione della sentenza; né sul piano positivo, scontrandosi con il disposto dell'art. 133 c.p.c.

¹²¹ Tribunale di Milano, 30 novembre 1998, in *Il Fallimento*, 1998, p. 225.

ovvero presti acquiescenza alla sentenza pronunciata dal giudice ordinario o speciale, il giudice delegato dovrà ammettere il credito, in via definitiva, al passivo.

Al giudice delegato è infatti precluso qualunque sindacato sul merito della sentenza emessa in sede ordinaria, dovendo senz'altro ammettere al passivo, seppur con riserva, il credito così come determinato nel provvedimento¹²².

Il giudice ordinario sarà vincolato, nel giudizio, alle conseguenze di diritto sostanziale dell'essersi, il fallimento, sostituito al fallito.

Quanto al tema dell'impugnazione, la giurisprudenza di

¹²² BOZZA, in JORIO-FABIANI, opera cit., p. 1469, sembra diversamente (ed erroneamente) ritenere che «ove, il giudice delegato, a fronte della contestazione mossa da altro creditore, escluda il credito, il creditore ricorrente potrà fare opposizione al provvedimento di esclusione ed ottenere la vittoria sulla base della sentenza su cui era fondato il credito non impugnata, su cui si sia prestata acquiescenza ovvero divenuta definitiva a seguito della mancata prosecuzione del giudizio di impugnazione».

Quanto riportato non è condivisibile in quanto il giudice delegato non può decidere arbitrariamente dell'esclusione di un credito che, in virtù di un accertamento avvenuto all'esterno del fallimento - seppur sullo stesso non si sia ancora formato un giudicato - ed in forza del disposto dell'art. 96, comma terzo, n. 3) l.f., *deve* essere ammesso con riserva al passivo fallimentare.

legittimità interpreta estensivamente la norma contenuta nell'art. 96, comma terzo, n. 3) l.f. (ponendosi in continuità con l'interpretazione data al dettato del previgente art. 95, comma terzo, l.f., anteriormente alla sostituzione disposta dal D. L.vo 9 gennaio 2006, n. 5, art. 80) la quale, seppur dettata per l'ipotesi di accoglimento della domanda del creditore - per il credito di cui sia stata chiesta l'ammissione al passivo e risultante da sentenza non ancora passata in giudicato - trova applicazione anche in caso di rigetto (anche parziale) della domanda, richiedendo necessariamente l'impugnazione della sentenza¹²³.

¹²³ In questo senso, Cass., 23 dicembre 2010, n.26041, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2010, 538, la quale individua la *ratio* di tale interpretazione estensiva, consistente sia nella necessità di «evitare che la sentenza pronunciata prima della dichiarazione di fallimento diventi irretrattabile per effetto della mancata impugnazione, sia nelle evidenti ragioni di economia processuale, le quali inducono ad escludere la necessità che una causa già decisa nella sede naturale sia posta nuovamente in discussione in un giudizio di primo grado, sia infine nell'illogicità del diverso regime processuale cui il medesimo credito sarebbe altrimenti assoggettato, rispettivamente in caso di accoglimento o rigetto della domanda» Tali conclusioni trovano oggi ulteriormente conforto nel canone della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma secondo, Cost.

Nello stesso senso si vedano, *ex plurimis*, Cass., sez. Lavoro, 27 febbraio 2008 n. 5113, *Giustizia civile - Massimario*, 2008, 2; Cass., sez. Lavoro, 27 agosto 2007, n. 18088; *ivi*, 2007, 78 96; Cass., sez. Lavoro, 1 giugno 2005, n. 11692; *ivi*, 2005, 6 2.

Così come la norma in esame prevede, infatti, espressamente l'ammissione al passivo con riserva dei crediti accertati con sentenza non ancora passata in giudicato prima della dichiarazione di fallimento, imponendo al curatore di porre o proseguire il giudizio dell'impugnazione, allo stesso modo ove il fallimento del debitore intervenga successivamente alla sentenza di primo grado che abbia rigettato la domanda di pagamento proposta dal creditore, quest'ultimo, per evitare gli effetti preclusivi del giudicato, è tenuto a proporre impugnazione in via ordinaria nei confronti del curatore.

Il giudice dell'opposizione al passivo, da parte sua, dovrà ammettere il credito al passivo, con riserva del relativo accertamento, ovvero sospendere il giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in attesa della formazione del giudicato sulla domanda di pagamento.

Ciò comporta, peraltro, che, ove a seguito dell'impugnazione della sentenza di rigetto (anche parziale) della domanda da parte del creditore il giudizio - interrottosi

per la dichiarazione di fallimento del debitore - sia proseguito dal curatore o nei confronti dello stesso, *la sentenza di accertamento del credito eventualmente emessa in riforma di quella di primo grado è destinata a spiegare efficacia nei confronti del fallimento*, lo stesso dicasi nel caso di sentenza di rigetto dell'impugnazione proposta o proseguita dal curatore in caso di accoglimento della domanda di primo grado¹²⁴.

Ad ogni modo a tale efficacia non osterebbe la circostanza che la sentenza di accoglimento emessa nel giudizio di appello, promossa dal creditore a seguito del rigetto in primo grado della domanda proposta in via ordinaria, sia intervenuta successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata.

L'interpretazione estensiva dell'articolo permette così di risolvere positivamente la questione dell'applicabilità della norma nel caso di sentenza di rigetto e di accertamento (anche parziale) del credito¹²⁵.

¹²⁴ Cfr. Cass., 23 dicembre 2010, n.26041, cit.

¹²⁵ In dottrina l'orientamento è condiviso, tra gli altri, da JORIO-FABIANI, *"Il nuovo diritto fallimentare"* (diretto da e coordinato da), opera cit.

Alla luce di quanto esposto non può condividersi l'orientamento, sostenuto da una parte della dottrina, che ritiene improcedibile il giudizio di impugnazione, dovendo quest'ultimo rimettersi al giudice delegato, giacché esclusivamente competente a conoscerlo in virtù dell'art. 52 l.f.

L'eccezione al principio dell'accertamento concorsuale si ritiene, altresì, applicabile anche in pendenza del giudizio di fronte alla Cassazione¹²⁶.

Il recente orientamento della Cassazione si pone, infatti, nel senso di considerare l'esistenza del *giudicato esterno*, al pari di quella del giudicato interno, rilevabile anche d'ufficio nel giudizio di cassazione, non solo qualora emerga da atti comunque prodotti nel giudizio di merito, ma anche nell'ipotesi in cui il giudicato si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata¹²⁷.

L'accertamento in questione, mirando ad evitare la

¹²⁶ *Ex multis*, Cass., 23 novembre 1991, n. 12606, in *Il Fallimento*, 1992, p. 381.

¹²⁷ In questo senso, tra le altre, Cass., S.U., 16 giugno 2006, n. 13916 in *Foro Italiano*, 2007, p. 493.

formazione di giudicati contrastanti - conformemente al principio del *ne bis in idem* - corrisponde ad un preciso interesse pubblico, sotteso alla funzione primaria del processo, e cioè alla eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche attraverso la stabilità della decisione attuando, al contempo, i principi costituzionali del giusto processo e della ragionevole durata.

Diversamente, il principio in questione si ritiene non applicabile nei confronti del decreto ingiuntivo dichiarato provvisoriamente esecutivo¹²⁸, come evidenziato nell'apposita sede di trattazione.

¹²⁸ In tal senso Tribunale di Roma, 25 febbraio, 2002, in *Il Fallimento-Rassegna di giurisprudenza*, 2002, 86; Tribunale di Roma, 5 ottobre 2001, in *Il Fallimento*, 2002, p. 572; Tribunale di Sulmona, 28 gennaio, 2002, *ivi*, 2002, 1140; Cass., 23 marzo 2004, n. 5727, in *Giustizia civile - Massimario*, 2004.

Da tale principio conseguirebbe l'esclusione delle spese liquidate nel decreto, nonché l'inefficacia, nei confronti della massa dei creditori, dell'ipoteca giudiziale iscritta in base al decreto ingiuntivo dichiarato provvisoriamente esecutivo.

4.2. L'ECCEZIONE DI COMPENSAZIONE

Che il terzo possa, in via di eccezione, far valere in sede di fallimento la compensazione è principio assolutamente pacifico in giurisprudenza¹²⁹.

Ciò comporta la possibilità di accertare *fuori* dal procedimento di accertamento endofallimentare la pretesa del terzo verso il fallimento, nei limiti della concorrenza della pretesa fatta valere dal fallimento stesso, per mezzo del curatore.

All'uopo l'art. 56 l.f. dispone che «i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento».

La disposizione in esame reca una importante *deroga* in materia di accertamento endofallimentare: sebbene, infatti, ogni

¹²⁹ Cass., 3 settembre 1996, n. 8053, in *Il Fallimento*, I, 1997, p. 598; Cass., 10 aprile 1990, n. 2974, *ivi*, 1990, p. 1033; Cass., 11 dicembre 1987, n. 9174, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1, c. 1070 ss; Cass., 21 febbraio 1983, n. 1302, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1983, voce «Fallimento», n. 208.

pretesa creditoria nei confronti del fallimento debba essere accertata secondo le norme sulla verifica dello stato passivo, il legislatore ha riconosciuto al terzo, chiamato in giudizio dal curatore per il pagamento di un debito, la legittimazione a proporre eccezione di compensazione anche quando il suo credito non sia stato accertato con le forme dettate da capo V della l.f..

La *ratio* sottesa alla deroga si basa sul presupposto che il terzo chiede l'accertamento della sua pretesa creditoria esclusivamente al fine di contrastare quella del curatore, restando estranea una qualsiasi finalità di partecipazione al concorso¹³⁰.

La dislocazione topografica dell'istituto in seno alla legge fallimentare si fonda sulla considerazione tradizionale della compensazione quale modo di estinzione dell'obbligazione in virtù della contrapposizione fra debito e credito.

La giustificazione di un tale inserimento nella sezione II del

¹³⁰ In questo senso Cass., 25 luglio 2002, n. 10912 in *Il Fallimento*, 2003, p. 281, con nota di LAMANNA e Cass., 19 aprile 2002, n. 5725, in *Il Fallimento*, 2003, p. 281 ss.

capo III della legge, dedicato agli effetti del fallimento per i creditori, dipende dall'essere, l'istituto, un fatto produttivo di effetti, sia pure estintivi (totalmente o in parte), nei confronti di chi è titolare di un credito e, al contempo, di un debito verso il debitore-creditore fallito¹³¹.

La Suprema Corte ha stabilito al riguardo che la speciale norma contenuta nell'art. 56, comma primo, l.f. deroga ai presupposti richiesti dall'omonimo istituto vigente nel regime ordinario - a norma degli artt. 1241 ss. c.c. - in merito alla scadenza dei crediti.

La sentenza dichiarativa del fallimento opera, infatti, una trasformazione sulla data di scadenza del controcredito: si ovvia in questo modo al requisito della esigibilità, potendosi così compensare anche crediti che, al tempo della dichiarazione

¹³¹ In questi termini FOSCHINI, “*La compensazione nel fallimento*”, Napoli, 1965, p. 67, secondo il quale la norma è, ad oggi, unanimemente ritenuta una *norma di garanzia*, sia pure in senso lato, in quanto per mezzo di essa si evita il rischio di adempiere nei confronti di un insolvente. Per INZITARI, “*Effetti del fallimento*”, opera cit., p. 169, L'istituto in esame permette di ottenere una soddisfazione separata ed autonoma - oltre che privilegiata - nei confronti degli altri creditori.

stessa, non erano ancora scaduti¹³².

Nessuna deroga (esigibilità a parte) si pone per gli altri presupposti richiesti per l'operatività dell'istituto di cui all'art. 1243, comma primo, c.c.

Si è infatti negata la compensazione di crediti sottoposti a condizione sospensiva, nei casi in cui non si sia ancora avverata¹³³, e nei casi di crediti illiquidi¹³⁴ ed infungibili¹³⁵.

¹³² Cass., 10 aprile 2000, n. 4530, in *Il Fallimento*, 2001, p. 304.

¹³³ Cass., 2 agosto 1994, n. 7181, in *Il Fallimento*, 1995, p. 280.

¹³⁴ Costituiva orientamento consolidato quello secondo il quale la disciplina della compensazione non sarebbe invocabile in presenza di un credito del fallito non esigibile alla data del fallimento: in giurisprudenza *ex multis* Cass., 2 ottobre 1997, n. 9635, in *Il Fallimento*, 1998, p. 1047, con nota di PANZANI; *contra*, Cass., 20 marzo 1991, n. 3006, in *Giustizia civile*, con nota adesiva di LO CASCIO.

In dottrina si veda, nel senso suddetto, INZITARI, opera cit., p. 187 ss; *contra*, FOSCHINI, opere cit., pp. 106-107, il quale ritiene ammissibile la compensazione giudiziale in presenza di credito pecuniario illiquido se in sede di opposizione allo stato passivo il controcredito, evidentemente della parte *in bonis*, viene determinato nel suo ammontare.

La Cass. S.U., 16 novembre 1999, n. 775, in *Il Fallimento*, 2000, p. 524, con approfondita nota di PANZANI, ha operato al riguardo un'importante inversione statuendo, quale requisito dell'articolo in esame, la semplice anteriorità al fallimento del fatto genetico della situazione creditoria senza che abbia il rilievo il requisito della esigibilità.

¹³⁵ Tribunale di Mondovì, 12 gennaio 2005, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, volume I, con nota di VISCUSI, ha stabilito, riconfermando quanto dettato dalla Cass. S.U., 775/99, che «ai fini della compensazione in sede fallimentare devono sussistere, alla data del

Nel caso in cui il credito verso il fallito non sia liquido, ma di pronta soluzione si ammette, peraltro, l'operatività della compensazione giudiziale, potendo il giudice delegato applicare il disposto dell'art. 1243, comma secondo, c.c. a seguito dell'eccezione apposta dal creditore-debitore *in bonis* convenuto in giudizio dal curatore per il pagamento del credito del fallito.

Presupposto per l'applicazione dell'istituto è dunque la preesistenza del credito e del controcredito alla dichiarazione di fallimento¹³⁶.

Condizione necessaria perché i creditori acquisiscano il

fallimento, tutti i requisiti richiesti dall'ordinaria disciplina codicistica, ad eccezione della sola esigibilità del credito verso il fallito. I crediti acquistati dopo la dichiarazione di fallimento, anche se scaduti, non sono compensabili.

¹³⁶ Cass., 20 marzo 1991, n. 3006, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, II, 8, con nota di INZITARI.

Nel senso che le condizioni previste dalla legge per la compensabilità devono essersi verificate prima della dichiarazione di fallimento si veda, in dottrina, lo stesso INZITARI "Presupposti civilistici e fallimentari per il riconoscimento al creditore fallimentare della facoltà di compensazione", in *Diritto fallimentare*, 1992, I, 530; GIULIANO, "La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali?", Milano, 1995. In giurisprudenza, specialmente, Cass., 28 giugno 1985, n. 3879, in *Il Fallimento*, 1986, p. 157; Cass., 12 marzo 1984, n. 1689, in *Diritto fallimentare*, 1984, II, 389; Tribunale di Milano, 29 aprile 1993, in *L'impresa*, 1994, 2556.

diritto di compensare con loro debiti verso il fallito i crediti dagli stessi vantati nei confronti del fallimento è che la coesistenza di questi - che segna il momento di operatività della fattispecie estintiva ai sensi dell'art. 1242 c.c. - si collochi, per entrambi, nella fase antecedente l'apertura del concorso posto che, ai fini della tutela della *par condicio creditorum*, il patrimonio vincolato al concorso resta insensibile nei confronti di qualsiasi evento successivo avente effetto depauperatorio su di esso.

In presenza dei suddetti requisiti, l'eccezione di compensazione, fatta valere dal debitore del fallito allo scopo di conseguire il rigetto della domanda proposta dal curatore del fallimento, può essere conosciuta dal giudice adito in sede ordinaria - non pregiudicandone, quindi, la procedibilità - a norma degli artt. 34 e 35 c.p.c., ancorché il credito opposto ne abbia formato oggetto di verifica da parte del giudice delegato: le norme non trovano deroga nell'art. 24 l.f. - il quale rimette al tribunale che ha dichiarato il fallimento tutte le «azioni derivanti» - poiché tale norma sulla competenza esclusiva del

tribunale fallimentare *non* concerne le eccezioni¹³⁷.

Merita inoltre ricordare il diverso orientamento giurisprudenziale secondo il quale, laddove invece il terzo, convenuto in giudizio dal curatore fallimentare, non si limiti ad eccepire la compensazione proponendo una vera e propria *domanda riconvenzionale di condanna*, entrambe le controversie sarebbero «attratte» dalla competenza del tribunale fallimentare¹³⁸.

Secondo un diverso orientamento, partendo dal necessario coordinamento tra il meccanismo *ex* 1243, comma secondo, c.c., e le peculiari disposizioni dettate per l'accertamento endofallimentare *ex* artt. 93 ss. l.f., si ritiene invece che, in caso

¹³⁷ Cfr., Tribunale di Roma, 16 luglio 1996, in *Foro Padano*, 1997, I, 319, con nota di DI GRAVIO.

¹³⁸ Cfr. Cass., 16 giugno 2000, n. 8231, in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, p. 439 ss., con nota di CAVALAGLIO, "Arbitrato libero, giurisdizione ordinaria e verifica fallimentare dei crediti: gli incerti confini?". Diversamente una serie di pronunce arbitrali - applicabili anche in caso di giudizi di cognizione ordinario - tra cui Arbitrato di Roma, 6 aprile 2000, in *Temì romana*, 2000, p. 694 ss., con nota di RAVIDÁ, "Il procedimento arbitrale e la procedura fallimentare: la difficile ricerca degli strumenti di coordinamento", si sono orientate nel senso che, nella medesima ipotesi, la sola domanda riconvenzionale sarebbe riservata alla cognizione endofallimentare.

di domanda riconvenzionale volta a far accertare e liquidare il credito vantato dal debitore *in bonis* convenuto dal curatore, debba disporsi la *separazione delle cause*, con conseguente sospensione del giudizio pendente davanti al giudice ordinario, in attesa della decisione sulla domanda di insinuazione al passivo¹³⁹.

4.3. LA CONTROVERSA QUESTIONE DEI GIUDIZI PENDENTI IN MATERIA DI LAVORO (CENNI)

Per quanto concerne la questione inerente gli effetti dell'apertura del fallimento sui rapporti di lavoro pendenti, il *deficit* normativo, perpetratosi nonostante la riforma del 2006, da sempre ha imposto agli interpreti uno sforzo esegetico che, almeno in passato, aveva trovato i suoi capisaldi nell'applicazione dell'art. 2119, comma secondo, c.c. e in talune

¹³⁹ In questo senso Cass. S.U., 12 novembre 2004, n. 21499, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, 773.

previgenti disposizioni della legge fallimentare, in particolar modo gli artt. 72 ed 80.

La dottrina meno recente aveva, così, individuato due soluzioni pratiche.

La prima, sostenuta dai giuslavoristi, orientata a considerare applicabile la regola dettata dall'art. 80 l.f. (disciplinante il contratto di locazione di immobili urbani), riteneva che, anche successivamente alla dichiarazione di fallimento, il rapporto di lavoro proseguisse senza soluzione di continuità con il subingresso del curatore.

La seconda soluzione considerava applicabile il già citato art. 72 l.f. relativo, nel suo dettato previgente alla riforma, agli effetti del fallimento sul contratto si compravendita, a norma del quale l'esecuzione dei contratti non eseguiti (o non esattamente eseguiti), rimane sospesa fino a quando il curatore autorizzato non dichiara di subentrare in luogo del fallito nel contratto, assumendone tutti gli obblighi relativi, ovvero

sciogliendosi da esso¹⁴⁰.

La riforma non avendo tuttavia recepito le indicazioni della dottrina, ad oggi si ritiene pacificamente che gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro subordinato in corso di esecuzione trovino la loro regolamentazione nel riformato art. 72 l.f.

Tornando alla delicata questione della procedibilità in materia di lavoro si assiste alla tendenza, da parte della giurisprudenza, a *derogare* alla regola della tendenziale improcedibilità del giudizio pendente.

L'orientamento dominante ritiene infatti che, in materia di lavoro, possano essere accertati fuori dal fallimento alcuni particolari rapporti o *status*, ferma restante la previa determinazione del *quantum* in sede fallimentare.

L'orientamento dominante distingue tra domande di condanna, le quali vengono sottratte alla cognizione del giudice

¹⁴⁰ Per un approfondimento si veda CORRADO A., CORRADO D., “Fallimento e sorte dei rapporti di lavoro: luci ed ombre dopo la riforma”, in *Diritto e Pratica delle Società*, 2007, III, 22.

del lavoro in conseguenza dell'intervenuto fallimento¹⁴¹, e domande di mero accertamento o costitutive, rispetto alle quali, in presenza di particolari presupposti, si è riconosciuto il permanere del potere giurisdizionale in capo al giudice del lavoro nonostante l'intervenuta dichiarazione di fallimento¹⁴².

In particolar modo «solo la domanda di mero accertamento dell'illegittimità del licenziamento, proposta nei confronti del fallimento, rientra nella competenza del pretore, in funzione di giudice del lavoro, in deroga alla speciale competenza attribuita dall'art. 24 l.f. al giudice del fallimento; sussiste invece la competenza di quest'ultimo nel caso in cui il lavoratore abbia chiesto al giudice del lavoro, oltre alla reintegrazione del posto di lavoro *ex art. 18 L. 300/70*, anche il soddisfacimento delle proprie ragioni creditorie dipendenti dall'illegittimo recesso del

¹⁴¹ Cass. 14 settembre 2007, n. 19248, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2007, voce «Fallimento», 586; Cass. 23 luglio 2004, n. 13877, in *Giustizia civile*, 2005, I, p. 1881 ss; Cass. 18 luglio 2001, n. 9719, in *Foro Italiano*, 2001, I, p. 2783, con nota di FABIANI; Cass. 22 giugno 2000, n. 8514, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2000, voce «Fallimento», 312.

¹⁴² Cass. 3 marzo 2003, n. 3129, in *Giustizia civile*, 2003, I, p. 1213 ss; Tribunale di Napoli, 24 maggio 2004, in *Diritto fallimentare*, 2005, II, p. 320.

In dottrina, in questo senso anche SOTGIU, opera cit., pp. 475-476, nota n. 9.

datore di lavoro atteso che, in tal caso, l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento costituisce solo la premessa logico-giuridica della decisione relativa al pagamento delle somme spettanti al lavoratore, senza che sia di ostacolo all'affermazione della competenza del giudice fallimentare la natura meramente accessoria e consequenziale dei crediti dedotti in giudizio»¹⁴³.

La suddetta distinzione non appare, tuttavia, convincente, sebbene in merito l'orientamento della giurisdizione di legittimità si mostri assolutamente consolidato.

La pronuncia spettante al pretore - in funzione di giudice del lavoro - sulla domanda di mero accertamento dell'illegittimità del licenziamento, proposta nei confronti del fallimento non sarebbe, per sua natura, una sentenza costitutiva bensì una *sentenza di condanna ad un facere infungibile* e comporterebbe

¹⁴³ Cfr. Cass., 21 novembre 1998, n. 11787, in *Massimario*, 1998; nello stesso senso anche Cass. 14 settembre 2007, n. 19248, cit.

l'obbligo, per il fallimento, al risarcimento del danno¹⁴⁴.

In caso di condanna del fallimento, il *quantum* dovuto a titolo risarcitorio potrebbe arrivare fino ad un massimo di dodici mensilità di retribuzione (calcolate secondo le modalità determinate dall'art. 18, Legge 300/70, alle quali andrebbero ad aggiungersi gli interessi e gli oneri previdenziali ed assistenziali) per singolo dipendente.

Le somme così calcolate sarebbero oltretutto soggette al regime dei crediti prededucibili (o comunque privilegiati)

¹⁴⁴ Il danno sarebbe, a ben vedere, già determinato nel *quantum*, dall'art. 18, comma quarto, Legge 300/70 il quale dispone la «condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma ed al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative».

acquisendo così la priorità in fase di liquidazione della massa fallimentare.

Simili conseguenze dovrebbero imporre una maggiore attenzione e suggerire (forse) un diverso orientamento della Cassazione¹⁴⁵ restando, ad ogni modo, auspicabile l'intervento del legislatore.

A conclusione di quanto esposto è dunque la sussistenza di un *interesse ad agire* della parte *in bonis* a determinare la procedibilità (o meno) di un giudizio di cognizione ancora in corso alla data della dichiarazione di fallimento.

¹⁴⁵ La Cassazione, verosimilmente in materia di licenziamento illegittimo, sembrerebbe diffida dell'accertamento endofallimentare per ragioni del resto evidenti: il procedimento di accertamento disciplinato dal capo V, per la sua specialità e dovendo assicurare l'applicazione del principio della *par condicio creditorum*, si caratterizza per una maggiore celerità e (conseguente) minore garanzia per la parte, rispetto all'accertamento che sarebbe condotto in un ordinario giudizio di cognizione.

CAPITOLO QUINTO

Effetti processuali del fallimento

Sommario: 5.1. L'art. 43 l.f.: il difetto di legittimazione processuale; 5.2. Effetti sul processo civile: interruzione dei processi pendenti e necessaria riassunzione nei confronti del curatore. Il nuova comma terzo; 5.3. Il *dies a quo* per la riassunzione dei processi interrotti; 5.4. Regime transitorio.

5.1. L'ART. 43 L.F.: IL DIFETTO DI LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE

L'art. 43 della l.f., dedicato ai *rapporti processuali* dispone, nel suo comma primo, che «nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore».

La norma è intesa dalla dottrina e dalla giurisprudenza quale espressione del principio per il quale, a seguito della sentenza dichiarativa di fallimento, il fallito perde la propria capacità di stare in giudizio.

La formulazione legislativa rende inoltre avvertiti del fatto che la *perdita della capacità processuale* non ha estensione assoluta, bensì *relativa*, poiché concerne i soli rapporti di natura patrimoniale, e tra questi, quelli ricaduti nel fallimento¹⁴⁶.

Ne discende che il fallito potrà continuare a stare in giudizio personalmente nelle controversie di carattere strettamente personale, o di carattere patrimoniale riguardanti beni non

¹⁴⁶ Cfr. AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, opera cit. p. 353.

inclusi nel fallimento ovvero inerenti rapporti privi di utilità per il fallimento - con conseguente disinteresse degli organi fallimentari¹⁴⁷ - o, ancora, nelle controversie concernenti quei beni che l'art. 46 l.f. espressamente esclude dal pignoramento fallimentare¹⁴⁸.

Per la medesima ragione, la diretta legittimazione attiva e passiva del fallito persiste con riferimento ai cespiti (originari o sopravvenuti) che non siano stati acquisiti o vengano abbandonati dalla curatela ai sensi degli artt. 104-*ter*, penultimo comma e 42, comma terzo, l. f.¹⁴⁹, quale implicita conseguenza del fatto che tali beni sono (o divengono) estranei al patrimonio fallimentare.

¹⁴⁷ Cfr. Cass., 14 aprile 1983, n. 2599, in *Il Fallimento*, 1983, p. 1351; Cass., 21 ottobre 1983, n. 6186, *ivi*, 1984, 462.

In dottrina si veda RICCI, “*Le liti del fallito sui propri diritti verso terzi?*”, in *Giurisprudenza commerciale*, 1986, I, 1021.

¹⁴⁸ In questo senso si veda, in giurisprudenza, Cass., 20 giugno 2000, n. 8379 in *Diritto fallimentare*, 2001, II, 913.

In dottrina si veda DE FERRA, “*Degli effetti del fallimento per il fallito?*”, opera cit., p. 31.

¹⁴⁹ MARELLI, opera cit., p. 716, a parere del quale sarebbe anzi configurabile, previa le dovute autorizzazioni, una derelizione del diritto solo sul piano processuale e cfr. Cass., 16 dicembre 2002, n. 23435, in *Giustizia civile- Massimario*, 2001, 1.

Infine il fallito mantiene intatta la propria capacità processuale, per espressa previsione dell'art. 43, comma secondo l.f., nelle controversie «dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico» o «se l'intervento è previsto dalla legge».

È considerazione pacifica che l'art. 43 l.f. altro non costituisce se non il risvolto processuale dell'art. 42 l.f. il quale, a sua volta, disciplina gli effetti patrimoniali della sentenza dichiarativa di fallimento¹⁵⁰.

Giurisprudenza e dottrina dominanti, partendo dal difetto di capacità processuale in capo al fallito disposto, per l'appunto, dall'art. 43 l.f, deducono due corollari fondamentali:

¹⁵⁰ La Relazione al Re, n. 12, ricollega espressamente la perdita della capacità processuale allo spossessamento, alla perdita dell'amministrazione e della disponibilità del patrimonio. Il disposto dell'art. 42 l.f. opera la perdita della disponibilità e dell'amministrazione di tutti i beni compresi nel fallimento – e che si suole indicare con il termine «*spossessamento*» - con conseguente sostituzione del curatore alla persona del fallito ed imposizione di un “vincolo di indisponibilità” su tutti i beni ricompresi nel fallimento.

In dottrina SATTA, opera cit., p. 166, il quale qualifica la norma quale «corollario dello spossessamento».

A contrario si veda ANDRIOLI, voce «*Fallimento*» (*Diritto privato e processuale*) in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 386.

*l'inammissibilità di nuove controversie e l'improcedibilità delle controversie già pendenti ad opera del fallito*¹⁵¹.

Ne consegue che una sentenza emanata nei confronti del fallito non vincola la massa, determinandosi quella «insensibilità» della procedura nei confronti di controversie che interessano il fallimento ma nelle quali il curatore - sostituitosi al fallito, privato della capacità di stare in giudizio in conseguenza del fallimento - non sia stato parte.

È questo il *principio della inopponibilità del provvedimento giurisdizionale* - emesso nei confronti del fallito - *nei confronti dei*

¹⁵¹ RICCI, “*Lezioni sul fallimento*”, opera cit., p. 110 ss., per il quale «da questa premessa, secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, discenderebbero due corollari. Il primo corollario viene individuato nella *inammissibilità di nuove controversie*, negando che il fallito possa agire contro terzi pretendenti o essere convenuto nei medesimi in liti aventi ad oggetto la appartenenza all'uno o all'altro di diritti patrimoniali. Si afferma poi la medesima regola di fronte ai giudizi, che potrebbero essere promossi dal fallito contro i terzi debitori, ovvero ai giudizi (di accertamento negativo), che potrebbero esser promossi contro terzi debitori (o asseriti tali) nei confronti del fallito. Infine si nega la possibilità di domande costitutive proposte da terzi titolari (o asseriti titolari) di diritti potestativi nei confronti del fallito. Di fronte al sorgere di simili controversie, il giudice dovrebbe astenersi dall'esame del merito, dichiarando la inammissibilità della domanda con adesione declinatoria di contenuto processuale. Il secondo corollario viene individuato nella *improcedibilità delle controversie già pendenti*».

*creditori concorsuali*¹⁵².

Dopo la sentenza dichiarativa di fallimento l'eventuale processo pendente deve, quindi, proseguire nei confronti del curatore fallimentare e l'instaurazione di una nuova controversia, i cui effetti si vogliono far ricadere nel fallimento, deve avvenire ad esclusiva opera di quest'ultimo.

L'art. 43, comma primo, l.f., prevedendo la necessità della presenza del curatore in giudizio in luogo del fallito, fissa un presupposto necessario affinché le sentenze pronunciate siano idonee a determinare i loro effetti *anche* nei confronti dei creditori e dell'amministrazione fallimentare: *solo le sentenze pronunciate nei confronti del curatore interesserebbero il ceto creditorio*.

Seguendo il medesimo ragionamento è allora possibile individuare un altro principio, accanto a quello dell'inopponibilità al ceto creditorio delle sentenze pronunciate nei confronti del fallito: il *principio di opponibilità al ceto creditorio delle sentenze pronunciate nei confronti del curatore*.

¹⁵² In questo senso anche AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, opera cit., p. 354.

Se, dunque, i principi generali vorrebbero che i creditori fossero sempre investiti degli effetti della decisione pronunciata nei confronti del debitore, l'art. 43 l.f. devia da questo principio introducendo una *regola di eccezionale salvaguardia* per i creditori del fallito.

L'inopponibilità della sentenza ai creditori del fallito opera anche in caso di processi già pendenti alla data della sentenza dichiarativa di fallimento e, persino, in tutti quei casi in cui il terzo attore, avendo proposto contro il fallito una domanda trascrivibile, abbia poi provveduto, in epoca anteriore all'inizio della procedura, anche alla trascrizione della domanda stessa.

5.2. EFFETTI SUL PROCESSO CIVILE: INTERRUZIONE DEI PROCESSI PENDENTI E NECESSARIA RIASSUNZIONE NEI CONFRONTI DEL CURATORE

Il D. L.vo. 9 gennaio 2006, n. 5, oltre ad aver apportato profonde modifiche alla disciplina del processo fallimentare, ha

aggiunto un nuovo comma terzo all'art. 43 l.f.

Il novellato articolo dispone oggi che «l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo»¹⁵³.

Il risultato al quale si perviene è quello della *interruzione automatica* dei rapporti processuali a seguito del fallimento di una delle parti¹⁵⁴.

¹⁵³ La disposizione, che introduce un nuovo regime di interruzione, svincolato dalla dichiarazione delle parti, nasce dalla necessità di dare attuazione al «criterio della delega secondo cui occorre accelerare le procedure applicabili alle controversie in materia fallimentare» (Relazione alla legge di riforma).

Dubbi di illegittimità costituzionale della norma per eccesso di delega sono stati da subito avanzati in dottrina, per tutti si veda GHEDINI, in Aa. Vv., "La legge fallimentare", in FERRO, *Commentario teorico pratico* (a cura di), Padova, 2007, pp. 324-325.

La Corte Costituzionale, 21 gennaio 2010, n. 17 in *Corriere giuridico*, 2010, 610, con nota di MURINO, ha tuttavia ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 305 c.p.c.: «nella parte in cui fa decorrere dalla data dell'interruzione del processo per intervenuta dichiarazione di apertura del fallimento *ex art. 43, comma terzo, l.f.*, e non dalla *data di effettiva conoscenza* dell'evento interruttivo, il termine per la riassunzione del processo ad opera di parte diversa da quella dichiarata fallita (ovvero diversa dai soggetti che comunque hanno partecipato al procedimento per al dichiarazione di fallimento)».

Con la stessa sentenza la Corte ha poi precisato che l'art. 43 l.f. nulla dispone in ordine alla riassunzione del processo interrotto dalla dichiarazione di fallimento, per la quale continua a trovare applicazione l'art. 305 c.p.c.

¹⁵⁴ Per alcuni non vi sarebbe interruzione qualora la causa sia già stata assegnata a sentenza e neppure ove il processo sia pendente dinanzi alla Corte di Cassazione.

In dottrina PACCHI, opera cit., pag. 290; MARELLI, opera cit., p. 715.

Tale interruzione dei rapporti processuali costituisce il coerente risultato della perdita della capacità processuale del fallito, in seguito alla sentenza dichiarativa di fallimento.

L'art. 299 c.p.c. dispone, infatti, l'interruzione del processo quale conseguenza della perdita della capacità di stare in giudizio salvo che coloro ai quali spetta di proseguirlo si costituiscano volontariamente o l'altra parte provveda a citarli in riassunzione.

Il nuovo comma terzo ha il merito di fissare, mediante una norma positiva, quanto già si era soliti compiere nella pratica ovviando, peraltro, a tutta una serie di inconvenienti di natura squisitamente processuale.

Nel regime previgente, se la sentenza di fallimento veniva

In giurisprudenza si veda Cass. S.U., 14 novembre 2003, n. 17295, in *Giustizia civile - Massimario*, 2003, 11. Tale interruzione è parsa, ad una parte della dottrina e della giurisprudenza, implicare la rilevanza d'ufficio della carenza di legittimazione del fallito ed il carattere assoluto della stessa. Si è anche giunti ad equiparare la controversia sorta in data anteriore al fallimento a quella proposta dal fallito dopo l'apertura della procedura, nella quale il difetto di legittimazione sarebbe dunque rilevabile d'ufficio

In questo senso, in dottrina, LO CASCIÒ, "*Commento*", opera cit., p. 540.

In giurisprudenza si veda Cass., 16 dicembre 2004, n. 23435, in *Diritto e Pratica delle società*, 2005, p. 90.

emessa prima della costituzione delle parti (o della prima udienza) il giudice adìto rimaneva competente alla luce dei principi della materia concorsuale, in base ai quali, a meno che il curatore non si fosse costituito o fosse stato citato in riassunzione, si verificava l'interruzione.

Nel caso, poi, il fallito si fosse già costituito, l'interruzione poteva allora conseguire o dall'espressa dichiarazione in udienza dell'avvocato del fallito o dalla notificazione alle parti - salva, in ogni caso, la previa costituzione del curatore - o la riassunzione, ritenendosi, ad ogni modo, non soggette ad interruzione le cause già rimesse al collegio e quelle in cassazione.

In assenza di tassative forme di *denuntiatio ex art. 300 c.p.c.* (comunicazione o notificazione dell'evento interruttivo), il procedimento proseguiva tra le parti originarie, fermo il principio per cui gli eventuali risultati del processo non interrotto e nel quale non vi fosse intervenuto il curatore, non potevano avere rilevanza nel fallimento ma solo al di fuori di

esso¹⁵⁵.

Il procedimento proseguiva regolarmente e la sentenza non era affetta da nullità, ma la stessa era *inopponibile* alla procedura, potendo spiegare i suoi effetti unicamente nei confronti del fallito, una volta tornato *in bonis*¹⁵⁶.

Il legislatore della riforma, attraverso l'interruzione automatica, ha voluto così ovviare ad una serie d'incongruenze derivanti dalla ritenuta applicabilità, alla fattispecie in questione, dell'art. 300 c.p.c.

L'interruzione deve quindi essere rilevata d'ufficio dal giudice che abbia avuto conoscenza dell'intervenuto fallimento¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Cass., 9 febbraio 1993, n. 1588, in *Il Fallimento*, 1993, p. 817. Era dunque, questa, l'applicazione pratica del suddetto *principio di inopponibilità dei provvedimenti ai creditori del fallito*.

¹⁵⁶ Cass. 30 agosto 2004, n. 17418, in *Foro Italiano*, 2005, p. 3148.

¹⁵⁷ Tale scelta del legislatore è stata prontamente criticata da parte della dottrina più attenta, preoccupata della possibile inerzia del curatore (ipotesi critica ed affatto infrequente) in tutti quei casi in cui il fallito avrebbe invece tutto l'interesse a promuovere il giudizio. In questo senso RUSSO, "*La riforma della legge fallimentare e la tutela giurisdizionale dei diritti: la crisi del giudicato*", 2007, I, p. 250 ss.; CARRATTA, "*Profili processuali della riforma della legge fallimentare*", 2007, I, p. 1 ss.

Tale innovazione suggerisce, allora, un nuovo e diverso rapporto tra l'inefficacia dell'attività processuale del fallito e l'inerzia del curatore e del giudice delegato.

Dalla dichiarazione di fallimento deriva dunque l'interruzione *ipso iure*¹⁵⁸ della causa, all'esito della quale gli organi fallimentari si trovano a dover assumere una posizione circa l'opportunità (o meno) di riassumere la controversia non potendo in alcun caso il fallito, in caso di rinuncia alla lite da parte di questi - equiparabile alla rinuncia ai beni *ex art. 42*, comma terzo e *104-ter l.f.* - provvedere autonomamente alla riassunzione della controversia¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Tribunale di Roma, 10 febbraio 2009.

¹⁵⁹ I precedenti orientamenti giurisprudenziali erano orientati a non legittimare il fallito nei casi di semplice inerzia degli organi fallimentari, nel timore di incorrere in una inammissibile sovrapposizione di ruoli tra procedura e fallito, riconoscendo, tuttavia, una sua capacità processuale "residuale" in caso di esplicita *valutazione negativa* degli organi della procedura a riassumere il processo pendente, cui si fosse accompagnato l'espresso riconoscimento della facoltà del fallito di provvedere alla riassunzione della causa, quale suo onere.

Un tendenziale cambio di rotta è avviato con la Cass., 16 dicembre 2004, n. 23435, in *Giustizia civile- Massimario Corti di Appello*, 2005, 1, la quale ha escluso la possibilità di configurare una "eccezionale" *legittimazione processuale suppletiva* del fallito relativamente a

5.3. IL *DIES A QUO* PER LA RIASSUNZIONE DEI PROCESSI INTERROTTI

Come del resto affermato in due recenti pronunce interpretative di rigetto della Corte Costituzionale¹⁶⁰, la previsione del nuovo comma terzo va coordinata con il consolidato indirizzo interpretativo dell'art. 305 c.p.c., peraltro significativamente inciso dagli interventi della medesima Corte proprio al fine di evitare le «estinzioni misteriose del processo»¹⁶¹.

La nuova disposizione, costituendo una nuova ipotesi di

rapporti patrimoniali compresi nel fallimento. Nello stesso senso anche la recente Cass., 20 marzo 2012, n. 4448.

Significativo appare, alla luce di quanto esposto, l'orientamento giurisprudenziale che, al fine di garantire un'adeguata tutela giurisdizionale al fallito, riconosce in materia di contenzioso tributario la *concorrente legittimazione processuale* del fallito e del curatore, sul presupposto che «il contribuente, il quale non è privato, a seguito della dichiarazione di fallimento, della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario, resta esposto ai riflessi, anche sanzionatori, che conseguono alla definitività dell'atto impositivo», Cfr. Cass., 28 aprile 1997, n. 3667, in *Foro Italiano*, 1998, p. 571.

Da ciò deriva, sul piano processuale, che l'accertamento tributario, pur se inerente a crediti i cui presupposti si siano verificati prima della dichiarazione di fallimento, dev'essere notificato non solo al curatore, ma anche al contribuente.

¹⁶⁰ C. Cost., ordinanza 21 gennaio 2010, n. 17 e C. C., ordinanza del 21 luglio 2010, n. 261.

¹⁶¹ In questo senso ANDRIOLI, “*Riassunzione del processo civile*”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, pp. 386-387; LUISO, “*Diritto processuale civile*”, Milano, 1996.

interruzione automatica del processo deve, dunque, essere interpretata alla luce del consolidato principio secondo il quale il termine per la riassunzione del processo decorre non già dal momento in cui si verifica l'evento interruttivo, bensì dalla *conoscenza legale* della parte interessata alla riassunzione, con la conseguenza che il relativo *dies a quo* ben potrebbe essere diverso per una parte rispetto all'altra¹⁶².

La norma in esame sembra infatti suggerire la decorrenza del termine per la riassunzione del processo, tanto per il curatore fallimentare quanto per la parte *in bonis*, dal momento della legale conoscenza dell'evento interruttivo.

Opererebbe, inoltre, l'istituto della *remissione in termini per fatto incolpevole* - a norma del novellato art. 153 c.p.c. - consentendo alla parte, incorsa in decadenza per causa ad essa non imputabile, di evitare l'effetto estintivo a seguito della

¹⁶² In tal senso, *ex multis* Cass., 8 ottobre 2008, n. 24857.

La Corte non chiarisce, peraltro, se il termine debba decorrere dalla pubblicazione o, come sembra preferibile, da quello, immediatamente successivo, previsto dall'art. 17 l.f., della comunicazione della sentenza di fallimento al curatore: a rigor di logica, la conoscenza legale deve presumersi operante solo a seguito di tale comunicazione.

dimostrazione della acquisita conoscenza della pendenza della lite solo in un momento successivo.

Stante il già evidenziato nesso di derivazione della disciplina processuale dal generale principio dello spossessamento, l'operatività dell'interruzione automatica non va intesa in senso generale, potendosi escludere nei giudizi relativi a diritti e rapporti giuridici non compresi nel fallimento e, più in generale, in tutti i giudizi estranei all'ambito di applicazione dell'art. 42 l.f.

Per completezza di esposizione si ricorda brevemente che in *materia tributaria*, si ritiene pacificamente che gli atti di accertamento o riscossione emessi dall'Amministrazione finanziaria in pendenza di fallimento, oltre ad essere notificati al curatore fallimentare, devono anche essere portati a conoscenza del contribuente fallito, restando punto ancora controverso se tale obbligo di comunicazione debba far capo al curatore oppure - come ritenuto dai più - alla stessa Amministrazione

finanziaria¹⁶³.

5.4. REGIME TRANSITORIO

Uno dei primi quesiti sollevati dall'introduzione del nuovo comma terzo, ha riguardato il suo ambito di applicazione.

Ci si è chiesti se il nuovo regime di interruzione automatica fosse applicabile anche ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della riforma o se, invece, dovesse valere (anche in questo caso) la regola transitoria contenuta nell'art. 150 del D. L.vo. 9 gennaio 2006, n. 5, il quale richiede, quale presupposto per l'applicabilità delle disposizioni introdotte dalla legge di riforma, che il deposito del ricorso di fallimento (o la domanda di concordato) fosse stato presentato dopo l'entrata in vigore della riforma, avvenuta il 16 luglio 2006.

La disciplina transitoria prevede, infatti, che i ricorsi

¹⁶³ Per una breve trattazione del tema, in ambito dottrinario e giurisprudenziale, si rinvia a LO CASCIO, in *Commento*, opera cit., pp. 545-547.

depositati prima dell'entrata in vigore del decreto, nonché le procedure di fallimento pendenti alla stessa data siano definiti secondo la legge anteriore.

Premesso che l'ambito di applicazione dell'art. 43 l.f. riguarda tanto le cause che abbiano inizio dopo la dichiarazione di fallimento, quanto quelle in corso a tale momento - i c.d. *rapporti pendenti* - proprio per queste ultime il risultato dovrebbe essere quello di una *interruzione automatica* della controversia a seguito del fallimento di una delle parti.

In conseguenza della laconicità della disciplina transitoria ci si è posti il problema se dovesse prevalere l'argomento sistematico¹⁶⁴ o, viceversa, quello relativo alla natura processuale della norma ed al conseguente principio del *tempus regit actum*¹⁶⁵.

La norma è stata intesa nel senso della *immediata applicabilità anche ai giudizi pendenti* alla data della sua entrata in vigore -

¹⁶⁴ In questo senso GROSSI, "La riforma della legge fallimentare", Milano, 2006, p. 651.

¹⁶⁵ In questo senso PANZANI, "La nuova disciplina del fallimento e la disciplina transitoria", in *Il Fallimento*, 2006, p. 1223.

secondo il principio generale della immediata applicabilità in materia processuale della norma di legge successiva - in seguito all'intervenuto fallimento di una delle parti¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Di diverso avviso LO CASCIO, opera cit. p. 545, il quale propende, come il GROSSI, per l'argomento sistematico, argomentando che «apparendo logicamente sostenibili entrambi gli opposti orientamenti, l'argomento che la disciplina in esame, seppure incidente su un istituto processuale, sia strutturalmente ed inscindibilmente connessa con il sistema della legge fallimentare, ed in particolare con la disciplina degli effetti del fallimento agli artt. 42-83 l.f., in cui è inserita, induce a ritenere preferibile una lettura sistematica della disposizione stessa, con la conseguente applicabilità, anche per l'art. 43 e in assenza di una specifica disposizione derogatoria, della disciplina del diritto transitorio dettata per l'intera riforma, non ravvisandosi apprezzabili ragioni di utilità nell'attribuire all'articolo medesimo una immediata e retroattiva efficacia, a differenza delle altre innovazioni legislative».

BIBLIOGRAFIA

AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, “*Il fallimento*”, in COTTINO, “*Trattato di diritto commerciale*” (diretto da), volume XI, tomo II, CEDAM, Padova, 2009, p. 353;

ANDOLINA, “*Appunti sulla vicenda giurisdizionale dei crediti, pendente il processo di fallimento*”, in *Giurisprudenza Italiana*, 1958, I, 1, p. 361 ss;

ANDRIOLI, “*Accertamento del passivo fallimentare e processi di cognizione pendenti*”, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1958, I, p. 53 ss.;
ID in *Giurisprudenza Italiana*, 1958, I, p. 70 ss.;

ANDRIOLI, “*Commentario al codice di procedura civile*”, terza edizione, volume IV, Napoli, 1964, p. 77 ss.;

ANDRIOLI, “*In tema di ammissione di crediti al passivo fallimentare*”, in *Foro Italiano*, 1935, I, p. 188;

ANDRIOLI, “*Incapacità processuale del fallito*”, in *Giurisprudenza della Cassazione civile*, 1954, 143;

ANDRIOLI, “*Liquidazione coatta amministrativa e formazione del*

passivo”, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1945, XVII, 23;

ANDRIOLI, “*Riassunzione del processo civile*”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, pp. 386-387;

ANDRIOLI, voce «*Fallimento*» (*Diritto privato e processuale*) in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 386;

ANDRIOLI, “*Limiti obiettivi del provvedimento di ammissione al passivo del fallimento*”, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1957, II, 229;

AZZOLINA, “*A proposito di attrazione nel fallimento delle azioni ordinarie di cognizione*”, in *Foro Padano*, 1955, I, pp. 816-819;

AZZOLINA “*Il fallimento e le altre procedure concorsuali*”, volume II, Torino, 1961, pp. 384; 1004, 1096; 1102;

BIANCHI D’ESPINOSA, “*L’ammissione al passivo del fallimento di un credito per l’accertamento del quale è pendente altro procedimento*”; in *Diritto fallimentare*, 1949, II, 343;

BONELLI, “*Del fallimento*” (con aggiunte di ANDRIOLI), II, Milano, 1938, p. 639;

BONSIGNORI, “*Diritto fallimentare*”, Torino, 1992, p. 150;

- BONSIGNORI, “*Il fallimento*”, volume IX, in “*Trattato di diritto commercial e di diritto pubblico dell’economia*” (diretto da GALGANO), CEDAM, Padova, 1986;
- BONSIGNORI, voce «*Fallimento*», in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione V commerciale, edizione IV, UTET, Torino, 1990, pp. 407-409;
- BOZZA, in JORIO-FABIANI, (diretto da e coordinato da), “*Il nuovo diritto fallimentare*”, Bologna, 2006, p. 1469;
- BRACCI, “*La posizione processuale del fallito e i poteri del curatore*”, Milano, 1974, p. 25 ss;
- CALAMANDREI, “*Del fallimento*”, I, p. 393, Torino, 1893;
- CANDIAN, “*Il giudizio fallimentare della verifica e le condizioni della locazione*”, in *Rivista di diritto commerciale*, 1937, I, 26;
- CARRATTA, “*Arbitrato rituale su credito e interferenze con la verifica del passivo*”, in *Rivista dell’arbitrato*, 1998, p. 112 ss.;
- CARRATTA, “*Profili processuali della riforma della legge fallimentare*”, in *Diritto fallimentare*, 2007, I, p. 1 ss.;
- CASELLI, in SCIALOJIA-BRANCA, “*Commentario della Legge*

fallimentare” (a cura di), in *Foro Italiano*, pp. 67-68;

CAVALAGLIO, “*Fallimento e giudizi pendenti*”, CEDAM, Padova, 1975, pp. 11, note 7 e 17; 21-35; 39; 63 ss.; 70; 73 ss.; 149; 154; 194 ss.

CECCHERINI, “*Il diritto del fallito alla ragionevole durata del processo concorsuale*”, in FABIANI-PATTI (a cura di), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, p. 109 ss.;

CELORJA-PAJARDI, “*Commentario alla legge fallimentare*”, volume I, Milano, 1960, p. 381;

CIPRIANI, “*La competenza del tribunale fallimentare e le azioni che derivano dal fallimento*”, in *Circolazione e trasporti*, 1958, p. 277;

CORRADO A., “*Fallimento e sorte dei rapporti di lavoro: luci ed ombre dopo la riforma*”, in *Diritto e Pratica delle Società*, 2007, III, 22;

CORRADO D., “*Fallimento e sorte dei rapporti di lavoro: luci ed ombre dopo la riforma*”, in *Diritto e Pratica delle Società*, 2007, III, 22;

COSTANZA, “*Gli effetti della dichiarazione di fallimento per il fallito*”, in “*Il Fallimento*”, 2005, p. 1071 e ss.;

DE FERRA, “*Beni del fallito e beni dei terzi nella sigillazione*”

fallimentare”, in *Rivista di diritto civile*, 1963, I, pp. 31; 665 ss;

DE FERRA-GUCLIELMUCCI, “*Degli effetti del fallimento per il fallito*”, in SCIALOJIA-BRANCA, *Commentario alla legge fallimentare (a cura di)*, Bologna, Roma, 1986; pp. 31; 35 ss;

DE MAIO, “*Sulla presunta capacità del fallito di compiere atti processuali nell’inerzia del curatore*”, in *Giurisprudenza della Cassazione Civile*, 1952, II, p. 711;

DE MARCO, “*Sulla presunta capacità del fallito di compiere atti processuali nell’inerzia del curatore*”, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1952, II, p. 711;

DE MARTINI “*Accertamento in sede di verifica dello stato passivo e accertamento fuori fallimento di crediti verso il fallito*”, in *Rivista di diritto commerciale*, 1955, II, p. 368 ss.;

DE MARTINI, “*Attività negoziale e attività processuale del fallito durante il fallimento*”, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1971, p. 220 ss.;

DE MARTINI, “*Il fallimento del debitore sopravvenuto nel corso del giudizio di accertamento del credito*”, in *Rivista di diritto commerciale*,

1953, II, p. 229 ss.;

DE SEMO, “*Diritto fallimentare*”, Padova, 1968, p. 225;

DEL POZZO, “*Rilievi in tema di sopravvenienza del fallimento del debitore nel corso del giudizio di accertamento del credito*”, in *Diritto e giurisprudenza*, 1956, 173;

DI CARLO, “*La vis attractiva del foro fallimentare e i suoi limiti*”, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1950, I, 242;

FABIANI M., “*L’esclusività del rito dell’accertamento del passivo*”, in *Fallimento*, 1990, p. 899;

FERRARA-BORGIOLI, “*Il fallimento*”, quinta edizione, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 274; 419; 453-454; 548;

FOSCHINI, “*La compensazione nel fallimento*”, Napoli, 1965, pp. 67; 106-107;

GAETA L., “*Procedimenti in corso per accertamento di crediti e sopravvenuto fallimento*”, in *Giurisprudenza della Cassazione civile*, 1955, IV, 50, 370;

GAETA S., “*Azione di accertamento in corso alla data di dichiarazione di fallimento*”, in *Foro Italiano*, 1955, IV, 110; p. 606;

GARBAGNATI, *“Fallimento ed azioni dei creditori”*, in *Esecuzione individuale e fallimento. Bilancio della legge fallimentare*, Milano, 1961, p. 75;

GHEDINI, *“Gli effetti della dichiarazione di fallimento per il fallito”*, in FERRO (a cura di), Padova, 2007, p. 322;

GHEDINI, in Aa. Vv., *“La legge fallimentare”*, in FERRO, *Commentario teorico pratico* (a cura di), Padova, 2007, pp. 324-325;

GIULIANO, *“La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali”*, Milano, 1995;

GRECO, *“Appunti in tema di efficacia attrattiva del processo di accertamento del passivo rispetto ai processi pendenti all’atto della dichiarazione del fallimento”*, in *Diritto fallimentare*, 1952, II, 215;

GROSSI, *“La riforma della legge fallimentare”*, Milano, 2006, p. 651;

GUGLIELMUCCI, *“Diritto fallimentare”*, Torino, 2006, p. 105 ss.;

INZITARI *“Presupposti civilistici e fallimentari per il riconoscimento al creditore fallimentare della facoltà di compensazione”*, in *Diritto*

fallimentare, 1992, I, 530;

INZITARI, “*Effetti del fallimento per i creditori*”, in SCIALOJLA-BRANCA, *Commentario della legge fallimentare* (a cura di), Bologna, 1988, pp. 169 ss.; 187 ss.;

LANFRANCHI, “*La verifica del passivo nel fallimento*”, Milano, 1979;

LANFRANCHI, “*Mero accertamento negativo di un credito concorsuale promosso dal curatore in sede extra fallimentare e verifica del passivo*”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, p. 302 ss.

LANFRANCHI, “*Sull’efficacia della verifica del passivo nel fallimento*”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1943, I, p. 296;

LIEBMAN, “*La contestazione dei crediti nel fallimento*”, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1930, I, 209;

LO CASCIO, “*Commento sub Artt. 42-43*”, in “*Codice commentato del fallimento - disciplina UE e transfrontaliera, disciplina tributaria*” (diretto da), Ipsoa, Milano, 2013, pp. 520 ss.; 540; 545-547;

- LO CASCIO, “*Il fallimento*”, Milano, 2007, p. 289 ss.;
- LO CASCIO, “*Introduzione al seminario di studi. L’accertamento del passivo nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*”, in *Fallimento*, 1990, 873, p. 906;
- LUIISO, “*Diritto processuale civile*”, Milano, 1996;
- MANFRA, “*In tema di sostituzione processuale nel fallimento*” in *Giustizia Civile*, 1953, I, p. 1404;
- MARELLI, *Commento* sub. Art. 43, in JORIO-FABIANI (diretto da e coordinato da), “*Il nuovo diritto fallimentare*”, Bologna, 2006, pp. 371; 715-716;
- MARTINO, “*In tema di legittimazione processuale del fallito*”, in *Giurisprudenza della Cassazione Civile*, 1953, VII, p. 727;
- MIELE, “*Sulla competenza per connessione in relazione al procedimento di verifica dei crediti nel fallimento*”, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1960, II, 109;
- MONTANARI, “*Ancora sulla capacità processuale del fallito al cospetto delle pretese vantate nei confronti dell’erario*”, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*”, 2011, I, p. 512;

PACCHI, “*La riforma della legge fallimentare*”, Firenze, 2001, pp. 289- 290;

PAJARDI, “*Ancora sulla esclusività del procedimento speciale di accertamento di diritti verso il fallito; in particolare i suoi limiti e la sorte delle cause di mero accertamento*”, in *Diritto fallimentare*, 1975, II, p. 816;

PAJARDI, “*Codice del fallimento*”, in *Le fonti del diritto italiano – i testi fondamentali commentati dalla dottrina e dalla giurisprudenza*, di BOCCHIOLA–PALUCHOWSKI (a cura di), sesta edizione, Giuffrè, Milano, 2009, p. 579;

PAJARDI, “*Codice del fallimento*”, Milano, 1991, pp. 96; 143 ss.;

PAJARDI, “*Domanda riconvenzionale improponibile in sede extra fallimentare*”, in *Diritto fallimentare*, 1956, I, 120;

PAJARDI, “*La sorte dei giudizi di simulazione e di revocazione dopo il fallimento del debitore*”, in *Rivista di diritto civile*, 1958, II, 599;

PAJARDI, “*Manuale di diritto fallimentare*”, Milano, 1976, pp. 192; 482;

PAJARDI, “*Ulteriori applicazioni del principio di esclusività del*

procedimento speciale di accertamento dei diritti verso il fallito”, in *Diritto fallimentare*, 1958, II, 956;

PAJARDI, “*Un problema vecchio e nuovo: gli effetti del fallimento sul pendenti per accertamento di diritti verso il fallito*”, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1957, II, 335;

PAJARDI-BONACINA, “*Gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti del fallito*”, Milano, 1995;

PAJARDI-PALUCHOWSKI, “*Manuale di diritto fallimentare*”, settima edizione, Giuffrè, Milano, 2008, p. 268;

PANZANI, “*La nuova disciplina del fallimento e la disciplina transitoria*”, in *Fallimento*, 2006, p. 1223;

PAZZAGLIA, “*Effetti del fallimento sui processi pendenti per l'accertamento dei crediti*”, in *Temì*, 1954, p. 436;

PICARDI, “*La successione del curatore nella esecuzione immobiliare*”, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1965, 506, n. 6, p. 520;

PIPIA, “*Del fallimento*”, Torino, 1932, pp. 239; 241; 242; 561

PROVINCIALI, “*La lanterna di Diogene e gli effetti del fallimento sui*

processi procedimenti in corso per accertamento dei crediti"; in *Diritto fallimentare*, 1953, II, p. 81;

PROVINCIALI, *"Trattato di diritto fallimentare"*, Milano, 1974, III, pp. 676-677; 1419-1434; IV, pp. 149 ss; 609;

PUNZI, *"L'interruzione del processo"*, Milano, 1963, p. 186 ss.;

QUATRARO, *"Il procedimento di verifica dei crediti"*, in BELLINI, *Studi in memoria di Umberto Azzolina* (a cura di), Giuffrè, Milano, 2004, pp. 407-408;

RAGUSA MAGGIORE, *"Diritto fallimentare"*, Napoli, 1974, p. 596;

RICCI E.F., *"Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito"* in *Quaderni di giurisprudenza commerciale* n. 24, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 20-23; 141 ss.

RICCI E.F., *"Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1986, I, 1021 ss.;

RICCI E.F., *"Lezioni sul fallimento"*, II, Milano, 1998; pp. 111-114;

RICCI E.F., *"Sull'efficacia dell'ammissione al passivo fallimentare"*, in

Giurisprudenza commerciale, 1975 II, p. 90;

ROCCO DI TORREPADULA, Commento *sub.* Art. 44, in
JORIO-FABIANI, “*Commentario*” - “*Il nuovo diritto fallimentare*”
(diretto da e coordinato da), Bologna, 2006, pp. 716; 718

RONCO, “*Gli effetti del fallimento per il fallito*”, in SCHIANO DI
PEPE (a cura di), “*Il diritto fallimentare riformato, Commentario
sistematico*”, Padova, 2007, p. 140;

ROSSONI, “*Inderogabilità di forme nell’accertamento dei crediti verso il
fallito e processi pendenti*” in *Diritto fallimentare*, 1965, II, 253;

RUISI, “*Il fallimento*”, in *Giurisprudenza sistematica civile e
commerciale*” di JORIO-MAFFEI, ALBERTI-TEDESCHI
(diretto da BIGIAMI), Torino, 1972, p. 248 ss.;

RUSSO, “*La riforma della legge fallimentare e la tutela giurisdizionale
dei diritti: la crisi del giudicato*”, in *Diritto fallimentare*, 2007, I, p. 250
ss.;

SANDULLI, “*La crisi dell’impresa, Il fallimento e le altre procedure
concorsuali*”, Torino, 2007, p. 59;

SANTULLI, “*Ammissione con riserva di un credito al passivo*”

fallimentare e giudizio pendente per l'accertamento di un credito", in *Giustizia civile*, 1961, I, 334;

SATTA, "*Commentario al codice di procedura civile*", libro IV, parte II, Milano, 1968, p. 86 ss.;

SATTA, "*Diritto fallimentare*", seconda edizione, Padova, 1990, pp. 154; 157-158 e Padova, 1996, pp. 148; 166; 243;

SCAFIDI, "*Sulla pendenza in giudizio di cognizione all'atto della dichiarazione di fallimento*", in *Foro Italiano*, 1955, IV, p. 110;

SEGNI, "*La contestazione dei crediti sul fallimento*", in *Studi per Vivante*, II, p. 293;

SEGNI, "*Osservazioni sul giudizio di verificaione dei crediti nel fallimento*", in *Rivista di diritto processuale civile*, 1930, II, 262;

SIMONCELLI, "*La sentenza di ammissione al passivo di un fallimento e l'interruzione della prescrizione*", in *Rivista di diritto commerciale*, 1980, 11, p. 232 ss.;

SOTGIU, "*Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*", in PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, seconda edizione, volume II, CEDAM, 2012, pp. 475-476, nota n. 9;

- TARZIA, “*Processi pendenti e fallimento*”, in *Rivista di diritto processuale*, 1990, pp. 70 ss; 466 ss; 646-647;
- TRAVI, “*Accertamento dei crediti verso il fallito ed esclusività del procedimento di verifica*”, in *Giurisprudenza Italiana*, 1957, II, 1, pp. 296; 434;
- TRAVI, “*La sorte dei processi per accertamento di crediti pendenti all’atto di fallimento*”, in *Diritto fallimentare*, 1955, II, 249;
- VASSALLI, “*Diritto fallimentare*”, I, Torino, 1994, p. 254;
- VITALE, “*La dichiarazione di fallimento*”, Milano, 1967, p. 227 ss;
- VOCINO, “*Il fallimento nel suo processo*”, in *Diritto fallimentare*, 1972, I, p. 254
- ZINITI, “*Esclusività del procedimento di verifica del passivo fallimentare*”, in *Archivio ricerche giuridiche*, 1948, 270.

INDICE DEI RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Cass., 28 maggio 1955, n. 1658, in *Diritto fallimentare*, 1955, II, 249;

Cass., 8 giugno 1961, n. 1321, in *Giurisprudenza civile*, 1961, I, 1378;

Corte di Appello di Milano, 14 settembre 1962, in *Diritto fallimentare*, 1962, II, 857;

Cass., 6 dicembre 1963, n. 3106, in *Diritto fallimentare*, 1963, II, 605;

Cass., 9 luglio 1968, n. 2357, in *Diritto fallimentare*, 1968, II, 50;

Corte di Appello di Napoli, 13 maggio 1969, in *Diritto fallimentare*, 1970, II, p. 194;

Cass., 6 settembre 1969, n. 3074, in *Giustizia civile - Massime*, 1969, 1581;

Corte di Appello di Milano, 25 febbraio 1972, in *Diritto fallimentare*, 1972, II, 432;

Cass., 7 febbraio 1975, n. 459, in *Monitore dei tribunali*, 1975, 205;

Cass., 6 giugno 1975, n. 2248, in *Giurisprudenza commerciale*, 1976, II, 5;

Cass., 6 giugno 1975, n. 2248, in *Giurisprudenza commerciale*, 1976, II, 5;

Cass. S.U., 14 ottobre 1977, n. 4375, in *Giurisprudenza commerciale*, 1978, II, p. 365;

Tribunale di Genova, 24 marzo 1981, in *Il Fallimento*, 1982, 1012;

Cass., 27 aprile 1981, n. 2542 in *Giurisprudenza italiana - Massimario*, 1981;

Cass., 17 febbraio 1982, n. 998, in *Giurisprudenza commerciale*, 1982, II, 583, con nota di BONFATTI;

Cass., 21 febbraio 1983, n. 1302, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1983, voce «*Fallimento*», n. 208;

Tribunale di Bologna, 29 marzo 1983, in *Giurisprudenza commerciale*, 1983, II, p. 725;

Cass., 14 aprile 1983, n. 2599, in *Il Fallimento*, 1983, p. 1351;

Cass., 21 ottobre 1983, n. 6186, in *Il Fallimento* 1984, p. 462;

Commissione Tributaria I grado di Lecce, 20 aprile 1983, in *Il Fallimento*, 1984, 1061;

Commissione Tributaria di I grado Livorno, 3 dicembre 1983, in *Diritto e Pratica tributaria*, 1984, II, 407;

Cass., 18 aprile 1984, n. 2544, in *Foro Italiano*, p. 1984;

Tribunale di Roma, 21 maggio 1985, in *Il Fallimento*, 1986, 317, con nota adesiva di MANZO, “*Improprietà della (sola) domanda riconvenzionale proposta in sede extra fallimentare*”;

Cass., 28 giugno 1985, n. 3879, in *Il Fallimento*, 1986, p. 157;

Cass., 12 marzo 1984, n. 1689, in *Diritto fallimentare*, 1984, II, 389;

Cass., 23 ottobre 1986, n. 6225, in *Il Fallimento*, 1987, p. 173;

Cass., 21 agosto 1987, n. 6998 in *Il Fallimento* 1987, p. 1170;

Cass., 11 dicembre 1987, n. 9174, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1, c. 1070 ss;

Cass., 8 giugno 1988, n. 3885, in *Il Fallimento*, 1988, p. 978;

Cass., 15 giugno 1988, n. 4079, in *Il Fallimento*, 1988, p. 981;

Corte Costituzionale, 7 luglio 1988, n. 778, in *Giurisprudenza*

costituzionale, 1988, I, 7748;

Tribunale di Milano, 9 febbraio 1989, in *Foro Padano*, 1990, I, p. 71 ss.;

Corte di Appello di Firenze, 13 febbraio 1989, in *Diritto fallimentare*, 1990, II, 167;

Cass., 10 aprile 1990, n. 2974, in *Il Fallimento*, 1990, p. 1033;

Cass., 20 marzo 1991, n. 3006, in *Giustizia civile*, con nota adesiva di LO CASCIO;

Cass., 20 marzo 1991, n. 3006, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, II, 8, con nota di INZITARI;

Cass., 24 settembre 1991, n. 9944, in *Giustizia civile*, 1992, I, p. 69 ss.;

Cass., 18 ottobre 1991, n. 11038, in *Repertorio del Foro Italiano*, voce «*Contratto in genere*», n. 87;

Tribunale di Milano, 13 luglio 1992, in *Il Fallimento*, 1993, p. 217;

Cass., 9 febbraio 1993, n. 1588, in *Il Fallimento*, 1993, p. 817;

Cass., 20 marzo 1993, n. 3321, in *Bollettino Tributario di*

informazione, 1994, 719;

Tribunale di Milano, 29 aprile 1993, in *L'impresa*, 1994, 2556;

Cass., 2 agosto 1994, n. 7181, in *Il Fallimento*, 1995, p. 280;

Cass., 20 dicembre 1994, n. 10957, in *Il Fallimento*, 1995, n. 1272;

Cass., 28 dicembre 1994, n. 11235, in *il Fallimento*, 1995, 749;

Cass., 17 marzo 1995, n. 3094, in *Bollettino Tributario di informazione*, 1995, 1272;

Cass., 22 giugno 1995, n. 7045, in *Giustizia civile*, 1995, I, 1951;

Tribunale di Monza, 7 novembre 1995, in *Il Fallimento*, 1996, 298;

Cass., 26 marzo 1996, n. 2689, in *Il Fallimento*, 1996, p. 976;

Tribunale di Roma, 16 luglio 1996, in *Foro Padano*, 1997, I, 319, con nota di DI GRAVIO;

Cass., 3 settembre 1996, n. 8053, in *Il Fallimento*, I, 1997, p. 598;

Cass., 26 settembre 1996, n. 8515, in *Fallimento*, 1997, 185;

Cass., 9 aprile 1997, n. 3068; in *Repertorio del Foro Italiano*, voce «*Fallimento*», n. 332;

Cass., 28 aprile 1997, n. 3667, in *Foro Italiano*, 1998, p. 571;

Cass. 22 settembre 1997, n. 9346, in *Il Fallimento*, 1998, p. 128;

Cass., 2 ottobre 1997, n. 9635, in *Il Fallimento*, 1998, p. 1047,
con nota di PANZANI;

Cass., 4 aprile 1998, n. 3495, in *Massimario di giurisprudenza italiana*, 1998;

Cass. 23 luglio 1998, n. 7221, in *Foro Italiano - Massimario*, 1998,
voce «*Fallimento*», n. 93;

Cass., 21 novembre 1998, n. 11787, in *Massimario*, 1998;

Tribunale di Milano, 30 novembre 1998, in *Il Fallimento*, 1998,
p. 225;

Cass., 16 gennaio 1999, n. 399, in *Il Fallimento*, 1999, p. 1118,
nota di POLLIO;

Cass., 1 giugno 1999, n. 5308, in *Il Fallimento*, 1999, 1258;

Tribunale di Torino, 21 settembre 1999, in *Il Fallimento*, 1999, p.
1395;

Cass., S.U., 16 novembre 1999, n. 775, in *Il Fallimento*, 2000, p.
524, con approfondita nota di PANZANI;

Cass., 15 gennaio, 2000, n. 241, in *Diritto fallimentare*, 2000, II, 25;

Arbitrato di Roma, 6 aprile 2000, in *Temì romana*, 2000, p. 694 ss., con nota di RAVIDÁ;

Cass., 10 aprile 2000, n. 4530, in *Il Fallimento*, 2001, p. 304;

Cass., 22 aprile 2000, n. 5287, in *Il Fallimento*, 2000, p. 886;

Tribunale di Padova, 22 maggio 2000, in *Il Fallimento*, 2000, p. 1418;

Cass., 16 giugno 2000, n. 8231, in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, p. 439 ss., con nota di CAVALAGLIO, "Arbitrato libero, giurisdizione ordinaria e verifica fallimentare dei crediti: gli incerti confini";

Cass., 20 giugno 2000, n. 8379 in *Diritto fallimentare*, 2001, II, 913;

Cass. 22 giugno 2000, n. 8514, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2000, voce «Fallimento», 312;

Cass., 26 ottobre 2000, n. 14102, in *Il Fallimento*, 2001, p. 914, con nota di PLANTEDA;

Tribunale di Palermo, 22 febbraio 2001, in *Il Fallimento*, 2001, p.

1372;

Cass., 8 marzo 2001, n. 3418, in *GT - Rivista di giustizia tributaria* 2002, 163, con nota di MONTANARI;

Cass. 18 luglio 2001, n. 9719, in *Foro Italiano*, 2001, I, p. 2783, con nota di FABIANI;

Tribunale di Roma, 5 ottobre 2001, in *Il Fallimento*, 2002, 572;

Tribunale di Sulmona, 28 gennaio, 2002, in *Il Fallimento*, 2002, 1140; Cass., 23 marzo 2004, n. 5727; in *Giustizia civile - Massimario*, 2004.

Tribunale di Roma, 25 febbraio, 2002, in *Il Fallimento - Rassegna di giurisprudenza*, 2002, 86;

Cass., 19 aprile 2002, n. 5725, in *Il Fallimento*, 2003, p. 281 ss;

Cass., 25 luglio 2002, n. 10912, in *Il Fallimento*, 2003, p. 281, con nota di LAMANNA;

Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 8 novembre 2002, in *Giurisprudenza di merito*, 2003, 1437;

Cass., 5 dicembre 2002, n. 17257, in *Massimario*, 2002;

Cass, 16 dicembre 2002, n. 23435, in *Giustizia civile - Massimario*,

2001, 1;

Cass., 16 dicembre 2002, n. 23435, in *Giustizia civile - Massimario*,

2001, 1;

Cass. 3 marzo 2003, n. 3129, in *Giustizia civile*, 2003, I, p. 1213;

Cass., 3 aprile 2003, n. 5202, in *Il Fallimento* 2004, 639, con nota
di CAPOCCHI;

Cass., 4 aprile 2003, n. 5323, in *Giustizia civile - Massimario*, 2003,

3-4;

Cass., 19 agosto 2003, n. 12114, in *Giustizia civile - Massimario*,

2003, 7-8;

Cass. S.U., 14 novembre 2003, n. 17295, in *Giustizia civile -*

Massimario, 2003, 11;

Cass., 26 marzo 2004, n. 6085, in *Repertorio del Foro Italiano*,

2004, n. 87;

Cass., 14 aprile 2004, n. 7070, in *Massimario*, 2004;

Tribunale di Napoli, 24 maggio 2004, in *Diritto fallimentare*,

2005, II, p. 320;

Cass. 23 luglio 2004, n. 13877, in *Giustizia civile*, 2005, I, p. 1881

ss;

Cass., 30 agosto 2004, n. 17418, in *Foro Italiano*, 2005, p. 3148;

Cass. S.U., 12 novembre 2004, n. 21499, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, 773;

Cass., 16 dicembre 2004, n. 23435, in *Diritto e pratica delle società*, 2005, p. 90;

Cass., 16 dicembre 2004, n. 23435, in *Giustizia civile- Massimario Corti di Appello*, 2005, 1;

Tribunale di Mondovì, 12 gennaio 2005, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, volume I, con nota di VISCUSI;

Cass., 30 marzo 2005, n. 6737, in *Giustizia civile - Massimario*, 2005;

Cass., sez. Lavoro, 1 giugno 2005, n. 11692; *Giustizia civile - Massimario*. 2005, 6 2;

Cass., 22 dicembre 2005, n. 28481, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2005, voce «Fallimento», 528;

Cass., 13 gennaio 2006, n. 542, in *Massimario*, 2006, 45;

Cass., 12 maggio 2006, n. 11068, in *Platinum*, UTET giuridica;

Cass., 15 marzo 2006, n. 5671, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, 469;

Cass., S.U., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro Italiano*, 2007, p. 493;

Cass., 28 giugno 2006, n. 14981, in *Giustizia civile*, 2007, I, 1688;

Tribunale di Treviso, 2 luglio 2007, in *Corriere giur.*, 2008, 849;

Cass., sez. Lavoro, 27 agosto 2007, n. 18088; *Giustizia civile - Massimario*, 2007, 78 96;

Cass. 14 settembre 2007, n. 19248, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2007, voce «*Fallimento*», 586;

Cass., 31 ottobre 2007, n. 22959, in *Repertorio del Foro Italiano* 2008, n. 556;

Cass., 7 gennaio 2008, n. 33, in *Il Fallimento*, 2008, p. 767, con nota di FINARDI;

Cass., sez. Lavoro, 27 febbraio 2008 n. 5113, *Giustizia civile - Massimario*, 2008, 2;

Cass., 3 luglio 2008, n. 18222, in *Giustizia civile - Massimario*, 2008, 1090;

Cass., 13 agosto 2008, n. 21565, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2008, voce «*Fallimento*», 540;

Cass., 8 ottobre 2008, n. 24857;

Cass., 29 gennaio 2009, n. 1065;

Tribunale di Roma, 10 febbraio 2009;

Cass., 13 marzo 2009, n. 6198, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2009, n. 415;

Cass. 3 dicembre 2009, n. 25403, in *Repertorio del Foro Italiano*, 2009, voce «*Fallimento*», 283;

Corte Costituzionale, 21 gennaio 2010, n. 17 in *Corriere giuridico*, 2010, 610, con nota di MURINO;

Cass., 2 febbraio 2010, n. 2411, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, p. 303;

Tribunale di Milano 2 agosto 2006, in *AIDA - Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2007, p. 931 ss., con nota di VANZETTI, “*Azione di contraffazione o di concorrenza sleale e fallimento: alcuni profili processuali*”;

Cass., 23 dicembre 2010, n.26041, in *Repertorio del Foro Italiano*,

2010, n. 538;

Cass., ordinanza del 23 dicembre 2011, n. 28553, in *Repertorio del*

Foro Italiano, 2012, n. 470;

Cass., 20 marzo 2012, n. 4448.