

**LA CHIUSURA DEL FALLIMENTO PER RIPARTIZIONE FINALE DELL'ATTIVO A
SEGUITO DELLE RIFORME INTRODOTTE CON IL DECRETO LEGGE 28.06.2015, N.
83, CONVERTITO IN LEGGE 06.08.2015, N. 132**

Sommario: - La novella. 2 -La vigenza. 3 – I presupposti di applicazione. 4-I giudizi pendenti. I casi di legittimazione attiva del Curatore. 5- Segue. I casi di legittimazione passiva del Curatore. 6 - Gli effetti del decreto di chiusura sui giudizi pendenti. 7 - L'attività degli organi in regime di *prorogatio*. 8 - *Considerazioni conclusive*

1. La novella.

Il d.l. 28.06.2015, n. 83, all'art. 7, comma 1, lett. a), ha integrato l'art. 118, comma 2, l. fall. nei seguenti termini: "La chiusura della procedura di fallimento nel caso di cui al n. 3) non è impedita dalla pendenza di giudizi, rispetto ai quali il curatore può mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio, ai sensi dell'articolo 43. In deroga all'articolo 35, anche le rinunzie alle liti e le transazioni sono autorizzate dal giudice delegato. Le somme necessarie per spese future ed eventuali oneri relativi ai giudizi pendenti, nonché le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato, sono trattenute dal curatore secondo quanto previsto dall'articolo 117, comma secondo. Dopo la chiusura della procedura di fallimento, le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti definitivi e gli eventuali residui degli accantonamenti sono fatti oggetto di riparto supplementare fra i creditori secondo le modalità disposte dal tribunale con il decreto di cui all'articolo 119. In relazione alle eventuali sopravvenienze attive derivanti dai giudizi pendenti non si fa luogo a riapertura del fallimento. Qualora alla conclusione dei giudizi pendenti consegua, per effetto di riparti, il venir meno dell'impedimento all'esdebitazione di cui al comma secondo dell'articolo 142, il debitore può chiedere l'esdebitazione nell'anno successivo al riparto che lo ha determinato".

Coerentemente è stato modificato anche l'art. 120 l. fall., cui l'art. 7 d.l. 83/15 ha aggiunto un quinto comma secondo cui: "Nell'ipotesi di chiusura in pendenza di giudizi ai sensi dell'articolo 118, secondo comma, terzo periodo e seguenti, il giudice delegato e il curatore restano in carica ai soli fini di quanto ivi previsto. In nessun caso i creditori possono agire su quanto è oggetto dei giudizi medesimi".

Ai sensi dell'art. 23, comma 7, d.l. 83/2015, tali innovazioni si applicano "a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto". La legge di conversione, come noto, è la l. 06.08.2015, n. 132, entrata in vigore il 21.08.2015 e che non ha apportato modifiche al d.l. 83/15 in parte qua.

2. La vigenza.

Non vi è dubbio circa la possibilità di applicare l'innovazione anche alle procedure fallimentari pendenti¹: sia in ossequio al principio *tempus regit actum*, ex art. 11, comma 1, disp. prel. c.c., in virtù del

quale l'atto processuale (nel caso di specie, l'istanza e/o il decreto di chiusura) è soggetto alla disciplina vigente al momento in cui viene compiuto, sebbene successiva all'introduzione del giudizio²; sia perché quando il legislatore ha voluto limitare l'applicazione delle riforme alle procedure instaurate successivamente lo ha detto espressamente³; sia, soprattutto, perché diversamente verrebbe frustrata la *ratio* dell'innovazione che è, evidentemente, quella di consentire la chiusura delle procedure di più vecchia data alla cui definizione osti la pendenza di giudizi in cui è parte la curatela. Tanto al fine di evitare di gravare l'Erario dell'indennità da irragionevole durata del processo, per superamento della durata di sei anni prevista per le procedure concorsuali all'art. 2, comma 2-bis, l. 24.03.2001, n. 89⁴. In quest'ottica la norma si colloca tra gli strumenti finalizzati a prevenire l'eccessivo protrarsi delle procedure, al pari del novellato art. 43, comma 4, l. fall., che impone la trattazione con priorità delle cause in cui è parte un fallimento, all'art. 104-ter l. fall., che nel fissare i termini di approvazione ed esecuzione del programma di liquidazione, ne sanziona l'inosservanza ingiustificata con la possibilità di

In tal senso anche Trib. Bari, Circolare 08.02.2016, Istruzioni per la chiusura delle procedure fallimentari in pendenza di giudizi ex art. 118, comma 1, n. 3) e comma 2, l. fall., in www.osservatorio-oci.org; Trib. Bergamo, Circolare 03.07.2015, n. 3 e 09.09.2015, n. 4, in www.osservatorio-oci.org. In dottrina, *ex multis*, S. Mancinelli, *Brevi note sulla chiusura della procedura fallimentare in pendenza di giudizi*, in www.ilcaso.it, 26.10.2015, 5

2

Cass. sez. III, 15.02.2011, n. 3688, in Giust. civ., 2012, 11-12, I, 2813: “Nel caso di successione di leggi processuali nel tempo, ove il legislatore non abbia diversamente disposto, in ossequio alla regola generale di cui all'art. 11 delle preleggi, la nuova norma disciplina non solo i processi iniziati successivamente alla sua entrata in vigore ma anche i singoli atti, ad essa successivamente compiuti, di processi iniziati prima della sua entrata in vigore, quand'anche la nuova disciplina sia più rigorosa per le parti rispetto a quella vigente all'epoca di introduzione del giudizio”. Conf. Cass. sez. III, 07.10.2010, n. 20811, in Mass. Giust. civ., 2010, 10, 1301: “In assenza di norme che diversamente dispongano, il processo civile è regolato nella sua interezza dal rito vigente al momento della proposizione della domanda, non potendo il principio del *tempus regit actum*, in forza del quale lo *ius superveniens* trova applicazione immediata in materia processuale, che riferirsi ai singoli atti da compiere, isolatamente considerati, e non già all'intero nuovo rito”. In dottrina, nel senso che “se la situazione pendente è un procedimento, il suo regime giuridico discende dalla regola che ciascun fatto, sia per ciò che riguarda il regime della sua essenza, della sua struttura e dei suoi requisiti, sia per ciò che riguarda il regime delle sue conseguenze, è di massima sottoposto alla legge del tempo in cui venne posto in vita”: R. Caponi, *Tempus regit processum. Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in Riv. dir. proc., 2006, 2, 449.

3

Si veda l'art. 23, comma 1, d.l. 83/2015, con riferimento alle modifiche apportate dagli artt. 2, 3 e 4 al concordato preventivo in relazione alla possibilità di presentare proposte concorrenti e alla necessità di assicurare il pagamento del 20% dei crediti chirografari.

4

Cass. sez. VI, 28.05.2012, n. 8468, in Giust. civ. Mass. 2012, 5, 682, ha, però, precisato che, secondo lo standard ricavabile dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, la durata delle procedure fallimentari è di cinque anni nel caso di media complessità e, in ogni caso, per quelle notevolmente complesse - a causa del numero dei creditori, la particolare natura o situazione giuridica dei beni da liquidare (partecipazioni societarie, beni indivisi, ecc.), la proliferazione di giudizi connessi o la pluralità di procedure concorsuali interdipendenti - non può superare la durata complessiva di sette anni. Nessun dubbio che nella durata complessiva delle procedure debbano essere inclusi anche i tempi impiegati per la risoluzione di vicende processuali parallele o incidentali (quali eventuali giudizi di opposizione al piano di riparto), trattandosi di fasi ed attività processuali eventuali, che comunque ineriscono all'unico processo di esecuzione concorsuale: Cass. sez. II, 15.10.2014, n. 21849, in Guida al dir., 2014, 44, 43; Cass. sez. VI, 04.03.2011, n. 5316, in CED Cassazione, 2011. Pertanto, tenendo conto della peculiarità della procedura fallimentare, può essere ritenuta ragionevole una durata fino a sette anni, allorché il procedimento si presenti particolarmente complesso, ipotesi questa ravvisabile in presenza di un numero particolarmente elevato di creditori, di una particolare natura o situazione giuridica dei beni da liquidare, di proliferazione di giudizi connessi nella procedura ma autonomi (e, quindi, a loro volta, di durata vincolata alla complessità del caso) e in presenza di pluralità di procedure concorsuali indipendenti: Cass. sez. VI - I, 07.06.2012, n. 9254, in Giust. civ. Mass. 2012, 6, 756.

revoca del curatore e, indirettamente, all'art. 39, comma 3, l. fall., che sollecita la laboriosità del curatore condizionando la liquidazione di ogni acconto alla presentazione di un progetto di ripartizione parziale⁵.

3. I presupposti di applicazione.

La novella è stata accolta da aspre critiche in dottrina per la palese lacunosità. Un primo problema attiene all'individuazione del suo ambito di applicazione. Le regole introdotte nel secondo comma dell'art. 118, per espressa previsione, operano solo per i casi di chiusura di cui al n. 3 del primo comma, ovvero per intervenuta ripartizione dell'attivo e, dunque, quando i beni del fallito sono stati tutti venduti e si è proceduto alla ripartizione finale, anche se i creditori non vengono soddisfatti integralmente.

Non vi è dubbio che la norma non possa trovare applicazione per le chiusure ai sensi dei nn. 1 e 2 dell'art. 118 l. fall., giacché in tali casi difetterebbe l'interesse della procedura all'instaurazione o alla prosecuzione del giudizio in mancanza di creditori da soddisfare.

Quanto all'ipotesi contemplata dall'art. 118 n. 4, ovvero quando nel corso della procedura si accerti che la sua prosecuzione non consentirebbe di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura, va condivisa l'opinione secondo cui in tal caso la novella non dovrebbe trovare applicazione, sia perché la norma letteralmente si riferisce solo al n. 3 dell'art. 118 l. fall., sia perché se c'è un giudizio pendente, allora, evidentemente, c'è attivo, seppur solo potenziale⁶.

La novella dovrebbe, invece, applicarsi ai casi in cui non via sia stata ancora alcuna liquidazione, perché l'unico attivo è quello relativo al giudizio pendente (che abbia, per esempio, ad oggetto l'accertamento di un credito)⁷.

Occorre, poi, considerare che l'elencazione dei casi di chiusura contenuta nell'art. 118 l. fall., oltre che tassativa, è ritenuta pure vincolante quanto all'ordine disposto, nel senso che, avveratasi una delle ipotesi previste, non può dichiararsi la chiusura per altro pur concomitante caso che sia nell'elenco collocato posteriormente, e ciò perché ai diversi presupposti di chiusura si riconnettono conseguenze diverse (previste dallo stesso art. 118, secondo comma, e dall'art. 121 l. fall.). Pertanto il curatore ed il g.d. dovrebbero effettuare un giudizio prognostico in merito a tale modalità di chiusura del fallimento (riparto finale), quale sua unica possibile conclusione⁸. Qualora, infatti, dall'esito vittorioso dei giudizi pendenti dovesse derivare un *surplus* di attivo in favore della procedura, tale da determinare il

5

R. Brogi, *Il D.L. 83/2015 è legge: tutte le novità in materia fallimentare*, in www.quotidianogiuridico.it, 06 agosto 2015

6

M. Vitiello, *La chiusura anticipata del fallimento nella pendenza dei giudizi*, in www.ilfallimentarista.it, 01 febbraio 2016, ove il rilievo per cui in tal caso il legislatore auspica che l'eventuale sopravvenienza di attivo derivante dall'esito favorevole di una causa possa consentire il pagamento del contributo unificato e del compenso del curatore, così da evitare oneri a carico dell'Erario. Conf. Trib. Bari, Circolare 08.02.2016, cit. *Contra* G. Ferri Jr., *Spigolature intorno al decreto legge n. 83 del 2015*, in Giustiziavivile.com, 15.07.2015

7

S. Ziino, *Le recenti disposizioni sulla "chiusura provvisoria" del fallimento in attesa della definizione di giudizi pendenti*, in www.eclegal.it, 25 marzo 2016

8

Nel senso che la chiusura ex art. 118, comma 1, n. 3, l. fall. "fa seguito ad una valutazione prognostica sulla possibilità di acquisire altro attivo e sulla rilevanza dell'esito dei procedimenti di accertamento del passivo sulle distribuzioni da effettuare, cfr. già M. Fabiani, *Processi pendenti e chiusura del fallimento*, in *Fall.*, 1997, 1, 5

superamento del passivo, la chiusura dovrebbe essere disposta ai sensi del n. 2 dell'art. 118, ovvero per intervenuto soddisfacimento dei creditori concorrenti. In tale evenienza, cioè, le nuove regole dovrebbero ritenersi inapplicabili.

L'interesse ad una pronuncia di chiusura *ex n. 2*, anziché ai sensi del n. 3, è, in particolare, evidente nel caso di fallimento di società. Infatti, stando alla lettera della norma, solo nella prima ipotesi non verrebbe disposta la cancellazione dal Registro delle imprese e l'ente, tornato *in bonis*, potrebbe proseguire la sua attività. Diversamente, ove si disponga la chiusura *ex n. 3* e, dunque, la cancellazione, e poi sopravvenga un'eccedenza di attivo, tale eccedenza non si saprebbe a chi restituirla.

In realtà, per tali evenienze appaiono prospettabili tre possibili scenari. Anzitutto, sulla scorta delle Sezioni Unite ed argomentando *ex artt.* 2282, 2492 e 2495 c.c., si potrebbe sostenere che eventuali sopravvenienze attive, estinta la società (ossia scomparso il soggetto titolare), debbano confluire in una comunione *pro indiviso* fra i soci (tali al momento della cancellazione)⁹. Ove, poi, si tratti di soci illimitatamente responsabili, nei cui confronti prosegue la procedura fallimentare, la quota di ciascuno sarà acquisita al rispettivo fallimento.

In alternativa, potrebbe disporsi la cancellazione della società, con conseguente riviviscenza degli organi sociali, ai sensi dell'art. 2191 c.c. Al riguardo, però, va considerato che ad avviso della Suprema Corte, a seguito della riforma della disciplina delle società di capitali e cooperative, di cui al d.lgs. 17.1.2003, n. 6, “la cancellazione produce l'effetto costitutivo dell'estinzione irreversibile della società anche in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti di altro tipo non definiti”¹⁰. E la giurisprudenza di merito ne ha ricavato che la cancellazione della società dal registro produce l'effetto costitutivo della definitiva estinzione della società “nonostante la sopravvivenza o la sopravvenienza di rapporti sociali attivi o passivi” e tale effetto estintivo “non è rimuovibile”, sicché è da “escludere, per la irreversibilità dei suoi effetti, la possibilità che l'iscrizione della cancellazione, in quanto dotata di efficacia costitutiva, possa essere cancellata di ufficio a norma dell'art. 2191 c.c., a nulla rilevando la presenza di debiti insoddisfatti o di rapporti non definiti di qualunque tipo”¹¹. Coerente con tale impostazione è l'interpretazione affermata in relazione all'art. 121, comma 1, l. fall., laddove si esclude

9

Cfr. Cass. Sez. Un., 12.03.2013, n. 6070, in Foro it., 2013, 7-8, I, 2189: “Dopo la riforma del diritto societario, attuata dal d.lgs. n. 6 del 2003, qualora all'estinzione della società, di persone o di capitali, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio, in virtù del quale: a) l'obbligazione della società non si estingue, ciò che sacrificerebbe ingiustamente il diritto del creditore sociale, ma si trasferisce ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, pendente *societate*, fossero limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali; b) i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, con esclusione delle mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale), il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato, a favore di una più rapida conclusione del procedimento estintivo”.

10

Cass. 28.08.2006, n. 18618, in Giur. It., 2007, 117; in Fall., 2007, 294, con nota di V. Zanichelli. Cfr. anche Cass. Sez. Un. 22.02.2010, n. 4060, in Foro it., 2011, 5, I, 1499

11

Trib. S. Maria Capua Vetere (decr.), 30.06.2006, in Giur. It., 2007, 118. Per le pronunce più risalenti, favorevoli alla revoca della cancellazione in considerazione della natura dichiarativa della stessa, cfr. Trib. Perugia 26.11.1996, in Rass. giur. umbra, 1997, 742; Cass. sez. I, 19.06.1975, n. 2464, in Foro it., 1975, I, 2737. Di cancellazione della (delibera di) cancellazione discettano Trib. Padova 13.08.2004, in Società, 2005, 6, 765; Trib. Lucca 18.07.1988, in Società, 1989, 66.

la possibilità di riaprire il fallimento della società chiuso ai sensi dei nn. 3 e 4 dell'art. 118 proprio in considerazione dell'intervenuta cancellazione della stessa. Tale orientamento è stato espressamente recepito dalla novella del 2015 che, mentre ha mantenuto fermo il dovere del curatore di richiedere la cancellazione della società, nei casi di chiusura di cui ai nn. 3 e 4, ha espressamente statuito che in relazione alle eventuali sopravvenienze attive derivanti dai giudizi pendenti non si fa luogo a riapertura del fallimento. Disposizione, questa, che non incide, per quanto appena esposto, sulla disciplina del fallimento delle società, ma sicuramente innova rispetto all'imprenditore individuale fallito e ai soci dichiarati falliti in estensione ex art. 147 l. fall. per i quali, evidentemente, l'art. 121, comma 1, nei casi in esame non potrà essere applicato. Resta fermo che, stando alla lettera della norma, se la sopravvenienza di attivo non è collegata all'esito dei giudizi pendenti la riapertura dovrebbe poter di nuovo ricevere applicazione.

Da ultimo, ed è il terzo scenario, potrebbe ritardarsi la cancellazione della società, nei casi di cui al n. 3, fintanto che non intervenga, all'esito della definizione dei giudizi pendenti, la chiusura definitiva della procedura. Del resto, la circostanza che il primo periodo dell'art. 118, comma 2, l. fall. sia passato indenne attraverso la riforma, per quanto attiene al dovere del curatore di richiedere la cancellazione, ben potrebbe indurre a ritenerlo riferito al riparto, veramente finale, disposto a fronte dell'esito favorevole del giudizio pendente. Tale lettura ha, peraltro, trovato riscontro nella giurisprudenza di merito¹² che ha ritenuto di ricavare dalla particolarità della fattispecie "l'inevitabile necessità di non far conseguire alla chiusura della procedura, in deroga ai principi generali", la cancellazione della società fallita dal registro delle imprese.

Ma tale soluzione, a guardar bene, risulta pure necessitata se si considerano le difficoltà che la cancellazione della società in concomitanza con la chiusura accelerata determinerebbe nella regolamentazione degli adempimenti fiscali insorgenti successivamente.

Come evidenziato in dottrina¹³, in tal caso, la titolarità tanto delle somme accantonate ai sensi dell'art. 118, comma 2, quanto di quelle rivenienti dalle sopravvenienze attive generate dall'esito vittorioso dei giudizi in corso, dovrebbero essere riferite ai soci (che, tuttavia, non potrebbero disporre ai sensi dell'art. 51 l. fall.). Parallelamente il curatore perderebbe lo *status* di sostituto d'imposta e, quindi, non sarebbe più tenuto ad operare le ritenute fiscali sulle somme successivamente ripartite, né a compilare il mod. 770 per gli importi corrisposti. Al contempo l'IVA sulle fatture emesse dai creditori beneficiari delle ripartizioni post-chiusura non potrebbe essere più dedotta, al pari di quella relativa al compenso finale del curatore e degli altri professionisti eventualmente incaricati per la gestione dei giudizi pendenti. Infine, le eventuali sopravvenienze attive non potrebbero essere considerate nel residuo attivo ex art. 182, comma 2, d.p.r. 22.12.1986, n. 917, dovendo, semmai, rilevare come componenti reddituali in capo agli ex soci, pur non avendone essi la disponibilità¹⁴.

12

Trib. Bergamo 14.01.2016, in www.ilcaso.it. *Contra* R. Brogi, *Il D.L. 83/2015 è legge: tutte le novità in materia fallimentare*, in www.quotidianogiuridico.it, 06 agosto 2015

13

E. Stasi *Effetti fiscali della nuova disciplina della chiusura del fallimento*, in www.ilfallimentarista.it, 03.02.2016

14

Sui problemi di natura fiscale conseguenti alla chiusura provvisoria del fallimento, cfr., altresì, S. Mancinelli, *Brevi note sulla chiusura della procedura fallimentare in pendenza di giudizi*, in www.ilcaso.it, 26.10.2015, 7 ss., il quale ne ricava la facoltatività della chiusura in oggetto.

E' evidente, allora, come, nel silenzio della legge, il superamento di tali inconvenienti suggerisca di rinviare alla chiusura definitiva la cancellazione della società¹⁵ e, con essa, gli adempimenti fiscali connessi all'estinzione della procedura fallimentare e, in particolare, la presentazione della dichiarazione di cessata attività e di chiusura della partita IVA ex art. 35 d.p.r. 26.10.1972, n. 633; della dichiarazione relativa al risultato finale delle operazioni compiute nel periodo fallimentare, ex art. 5, comma 4, d.p.r. 22.07.1998, n. 322; e della c.d. dichiarazione IVA relativa al segmento temporale compreso tra il 1 gennaio e la data di chiusura del fallimento¹⁶.

Ultima questione attiene alla obbligatorietà o facoltatività della chiusura accelerata in discorso. La tesi secondo cui si tratterebbe di una scelta rimessa alla discrezionalità del curatore¹⁷ collide, a dire il vero, con la permanente possibilità del tribunale di determinarsi in tal senso sia a fronte della richiesta del fallito, sia *ex officio*, ai sensi dell'art. 119, comma 1, l. fall.¹⁸ Ma, soprattutto, si tratterebbe di una discrezionalità fortemente condizionata dalla giurisprudenza della Corte dei Conti, propensa a far ricadere nelle tasche dei curatori la responsabilità erariale per le condanne subite dallo Stato per irragionevole durata della procedura fallimentare¹⁹. L'anzidetta discrezionalità andrebbe, pertanto, semmai riconosciuta al tribunale. Ma a fronte del rango di diritti soggettivi delle posizioni fatte valere dai creditori e, ancor di più, dal fallito, pare preferibile la tesi che reputa la chiusura ex art. 118, comma 2, l. fall. necessitata al ricorrere dei presupposti di legge²⁰.

4. I giudizi pendenti. I casi di legittimazione attiva del Curatore.

Nel rimuovere gli ostacoli alla chiusura della procedura la norma parla genericamente di giudizi pendenti "rispetto ai quali il curatore può mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio, ai sensi dell'articolo 43". Tale ultima disposizione, come noto, attribuisce al curatore la legittimazione attiva e passiva nei giudizi aventi ad oggetto rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, in sostituzione del fallito (per esempio, facendo valere una pretesa creditizia di quest'ultimo) e/o della massa dei creditori (per esempio, allorché agisce per la conservazione o

15

M. Vitiello, *La chiusura anticipata del fallimento nella pendenza dei giudizi*, in www.ilfallimentarista.it, 01 febbraio 2016

16

E. Stasi *Effetti fiscali della nuova disciplina della chiusura del fallimento*, in www.ilfallimentarista.it, 03.02.2016, che, pure, rileva come tale soluzione sia più coerente con la *ratio* della novella, "da individuarsi nel proposito di velocizzare la chiusura della procedura fallimentare al fine di sfuggire ai rigori della legge Pinto, senza alcuna pretesa di influire sulla durata della vita della società, la quale può benissimo proseguire sino alla effettiva definizione di tutte le pendenze".

17

M. Vitiello, *La chiusura anticipata del fallimento nella pendenza dei giudizi*, in www.ilfallimentarista.it, 01 febbraio 2016

18

M. Montanari, *Ancora sulla chiusura anticipata del fallimento in pendenza di giudizi*, in www.ilcaso.it, 02.04.2016, 15-16

19

Seppure solo nei casi di dolo o colpa grave: C. Conti Sicilia, sez. giurisdiz., 28.02.2013, n. 3161, in www.cortedeiconti.it; C. Conti Lombardia, sez. giurisdiz., 12.12.2005, n. 733, in *Fall.*, 2006, 10, 1183; C. Conti Umbria, sez. giurisdiz., 24.02.1999, n. 147, in *Rass. Giur. Umbra*, 2000, 283

20

M. Montanari, *Ancora sulla chiusura anticipata del fallimento in pendenza di giudizi*, in www.ilcaso.it, 02.04.2016, 16

l'incremento dell'attivo fallimentare). Per l'orientamento prevalente²¹, la legittimazione del curatore discende direttamente dallo spossessamento, di cui costituisce la trasposizione in ambito processuale, e non costituisce invece espressione di una presunta perdita della capacità del fallito. E', pertanto, la sostituzione del debitore nell'amministrazione dei beni a comportare il trasferimento in capo al curatore anche della legittimazione processuale in ordine ai relativi rapporti giuridici. Ne consegue che potranno essere proseguite sia le azioni "di massa" che derivano dal fallimento (azioni revocatorie, azioni dichiarative di inefficacia dei pagamenti), sia le azioni già presenti nel patrimonio del debitore prima del fallimento che il curatore abbia proseguito o iniziato *ex novo*²². Non si ritiene, cioè, di aderire a quell'orientamento secondo cui l'art. 43 fonderebbe la legittimazione del curatore solo in sostituzione del fallito e non della massa dei creditori²³. La disposizione da ultimo menzionata, invero, letteralmente fa riferimento alle "controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento". E non può seriamente escludersi che le azioni di massa afferiscano a tali rapporti. Pertanto, il rinvio all'art. 43, contenuto nel novellato art. 118, comma 2, l. fall., non ha alcuna capacità selettiva nell'individuazione dei giudizi pendenti idonei a consentire, comunque, la chiusura della procedura, non potendosi escludere che questi ultimi abbiano ad oggetto le cd. azioni di massa²⁴.

21

A. Nigro e D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014, 131 ss.; L. Guglielmucci, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso e E. Gabrielli, III, Gli effetti del fallimento, Torino, 2014, 25; G. Cavalli, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in S. Abrosini, A. Jorio e G. Cavalli, Il Fallimento, in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, XI, 2, Padova, 2008, 353; G.U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 195; P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 249; C. Costa, *Gli effetti del fallimento sul fallito*, in Le procedure concorsuali. Il fallimento, Trattato diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, II, Torino, 1997, 1 ss., 20; S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 168; F. Ferrara jr., *Il fallimento*, a cura di A. Borgioli, Milano, 1989, 484; A. Bonsignori, *Il fallimento*, in Trattato di diritto commerciale, a cura di F. Galgano, Padova, 1986, 335 s.; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, 861

22

Conf. D. Galletti, *La chiusura del fallimento con prosecuzione dei giudizi in corso: uno strumento da incentivare o osteggiare?*, in www.ilfallimentarista.it, 01.12.2015; G. Minutoli, *La chiusura e la riapertura del fallimento*, in A. Jorio (a cura di), Fallimento e concordato fallimentare, II, Torino, 2016, 2430; S. Ambrosini, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in www.ilcaso.it, 30.11.2015, 55; M. Montanari, *Ancora sulla chiusura anticipata del fallimento in pendenza di giudizi*, in www.ilcaso.it, 02.04.2016, 4, seppure muovendo dalla ritenuta illogicità del richiamo ai soli giudizi ex art. 43 l. fall.; Id., *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in www.ilcaso.it, 28.09.2015, 3 ss., ove la specificazione per cui il riferimento all'art. 43 l. fall. comprenderebbe sia le azioni del fallito preesistenti al fallimento, sia le azioni che siano sorte nel patrimonio del fallito in corso di procedura, quali, ad es., azioni a tutela dei diritti maturati in capo a quel soggetto per effetto di una delazione ereditaria intervenuta a suo favore dopo la dichiarazione di fallimento.

23

Così, invece, I. Pagni, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, 1037 ss.

24

In tal senso Trib. Messina, Circolare 18.11.2015, Definizione prioritaria dei fallimenti pendenti da oltre dieci anni – applicazione del novellato art. 118, comma 2, l. fall., in www.osservatorio-oci.org. Sono, invece, esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 43 e, conseguentemente, sottratti alla legittimazione processuale del curatore le cause aventi ad oggetto la condanna del fallito in relazione ad un credito anteriore al fallimento ed in genere pretese da far valere su beni che fanno parte del patrimonio del debitore per essere beni e diritti personali, ex art. 46 l. fall., o, comunque, non acquisiti al fallimento per rinuncia da parte del Curatore, ai sensi degli artt. 42, comma 3, e 104 ter, comma 8, l. fall., in forza del generale principio di esclusività del procedimento di accertamento del passivo sancito dall'art. 52 l. fall. e del divieto di azioni esecutive individuali ex art. 51 l. fall.. Infine, dall'ambito di applicazione dell'art. 43 sono esclusi i giudizi penali in cui il fallito sia imputato, mentre vi sono tendenzialmente ricompresi quelli in cui il fallito sia costituito come parte civile: Cass. sez. I, 13.12.1999, n. 666, in Cass. Pen., 2000, 3375

Né è possibile selezionare i giudizi pendenti in base al rito, potendosi astrattamente procedere alla chiusura sia a fronte di un giudizio di cognizione (ordinario o sommario o, comunque, speciale)²⁵, sia a fronte di una procedura esecutiva²⁶.

A tale ultimo riguardo, i Tribunali di merito²⁷ si sono già orientati nel senso di consentire la chiusura anticipata in caso di procedure esecutive promosse dalla curatela ovvero promosse dal fallito e proseguite dalla curatela. E' controverso, tuttavia, se tale soluzione possa accogliersi anche in relazione ai casi di subentro del curatore nelle procedure esecutive incardinate nei confronti del fallito ai sensi dell'art. 107, comma 6, l. fall. A sostegno della soluzione negativa si è rilevato che, trattandosi di modalità di liquidazione dei beni acquisiti all'attivo fallimentare, proprio la circostanza che detta liquidazione non sia ancora terminata osterebbe alla chiusura²⁸. Poiché, infatti, l'art. 118, comma 2, l. fall. contempla quale unica attività residua del curatore, una volta definito il giudizio pendente, quella di riparto delle somme conseguite e accantonate, si esclude che la *prorogatio* degli organi della procedura possa consentire l'espletamento di ulteriore attività liquidatoria. Va, tuttavia, considerato che quando vi è il subentro in una procedura esecutiva contro il fallito, il curatore succede nella posizione del creditore procedente e partecipa alla ripartizione come successore nel diritto di credito azionato²⁹. La circostanza che tale facoltà sia contemplata nel Capo IV, dedicato alla liquidazione dell'attivo, non toglie che alla vendita del bene provveda il g.e., dovendosi il curatore, all'esito, occupare del solo riparto della somma ricavata. Coerentemente con quanto previsto dall'art. 118, comma 2. Pertanto non si ravvisano ragioni per escludere i procedimenti ex art. 107, comma 6, l. fall. dal novero dei giudizi pendenti a fronte dei quali può ritenersi consentita la chiusura.

25

In linea di principio, neppure la pendenza di un giudizio monitorio, cautelare o comunque camerale osterebbe alla chiusura del fallimento, seppure la strumentalità e, comunque, la celerità dei riti parrebbe rendere più opportuno attenderne l'esito piuttosto che procedere alla definizione anticipata della procedura concorsuale. A meno che non si tratti di giudizi privi di portata anticipatoria, dovendosi in tal caso estendere la nozione di pendenza anche alla successiva necessaria fase a cognizione piena.

26

Favorevoli a ricomprendere tra i giudizi pendenti anche le procedure esecutive sono G. Minutoli, *La chiusura e la riapertura del fallimento*, in A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, II, Torino, 2016, 2431; M. Vitiello, *La chiusura anticipata del fallimento nella pendenza dei giudizi*, in www.ilfallimentarista.it, 01 febbraio 2016; S. Ziino, *Le recenti disposizioni sulla "chiusura provvisoria" del fallimento in attesa della definizione di giudizi pendenti*, in www.eclegal.it, 25 marzo 2016; R. Brogi, *Il D.L. 83/2015 è legge: tutte le novità in materia fallimentare*, in www.quotidianogiuridico.it, 06 agosto 2015, anche in considerazione del fatto che il nuovo art. 118 l. fall. prevede espressamente che le sopravvenienze attive non possano dar luogo alla riapertura del fallimento. *Contra* M. Montanari, *Ancora sulla chiusura anticipata del fallimento in pendenza di giudizi*, in www.ilcaso.it, 02.04.2016, 5-9; Id., *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in www.ilcaso.it, 28.09.2015, 8, muovendo dal rilievo che la nuova norma fa riferimento ai giudizi e non ai procedimenti pendenti e, prima ancora, che la chiusura del fallimento presuppone la "compiuta liquidazione dell'attivo", come esplicitato dall'art. 116 l. fall. Dello stesso avviso, S. Ambrosini, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in www.ilcaso.it, 30.11.2015, 55

27

Trib. Bari, Circolare 08.02.2016, cit.; Trib. Messina, Circolare 18.11.2015, cit.

28

Trib. Bari, Circolare 08.02.2016, cit.

29

AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, 1793; S. Bonfatti-P.F. Censoni, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare*, Padova, 2008, 50

Sebbene, poi, la novella limiti l'ultrattività della capacità processuale del curatore alle sole diverse fasi e ai successivi gradi del giudizio pendente alla data di chiusura, ove la condanna eventualmente conseguita dal fallimento in sede di cognizione non fosse spontaneamente adempiuta dalla parte soccombente, non pare potersi escludere neppure la legittimazione dello stesso curatore a promuovere un giudizio esecutivo, per vero nuovo ma comunque necessario al fine di non vanificare l'attività processuale svolta. Resta da stabilire chi debba autorizzarlo all'instaurazione di questa ulteriore causa: se il g.d., in ragione dell'ultrattività riconosciutagli dalla nuova norma e che, addirittura, sembrerebbe più lata di quella vigente *manente* fallimento, per il fatto di ricomprendere anche il potere di autorizzare le rinunzie alle liti e le transazioni, in deroga all'art. 35 l. fall.; o se il tribunale, dandosi rilievo alla previsione dell'art. 119, comma 5, l. fall. che ad esso rimette il potere di dettare le disposizioni attuative della chiusura. In tale seconda ipotesi, peraltro, l'autorizzazione dovrebbe rendersi in via preventiva ed eventuale proprio con il decreto di chiusura.

La tesi secondo cui al curatore non potrebbe richiedersi il compimento di ulteriore attività liquidatoria, una volta intervenuta la chiusura ex art. 118 n. 3 l. fall., induce, invece, la più parte dei tribunali³⁰ e la dottrina³¹ ad escludere dal novero dei giudizi di cognizione la cui pendenza non osta alla chiusura, quelli in esito ai quali il fallimento vanta comunque il diritto alla restituzione di un bene, appunto, da liquidare. È il caso delle azioni revocatorie ordinarie e fallimentari, nonché dei giudizi di accertamento di inefficacia o invalidità degli atti del fallito che abbiano ad oggetto beni.

La chiusura provvisoria non sarebbe applicabile in tali casi, visto che il g.d. ed il curatore sono abilitati esclusivamente alla gestione del giudizio e al riparto supplementare delle somme conseguite da tale attività, secondo quanto desumibile dagli artt. 118, comma 2, e 120, comma 5, l. fall. Sicché, ove il processo pendente richiedesse, una volta definito, il compimento di attività ulteriori, quali la liquidazione del bene, il fallimento non potrebbe essere chiuso. Di qui l'opinione secondo cui i giudizi pendenti di cui alla norma in esame sarebbero solo quelli volti al recupero di somme di denaro³².

Per altra impostazione³³, invece, la norma sarebbe comunque applicabile, spettando al tribunale, in applicazione del disposto di cui all'art. 119, comma 5, l. fall., dettare le disposizioni esecutive conseguenti non solo alla decisione di chiusura ma anche alla definizione dei giudizi pendenti. Tale soluzione, tuttavia, potrebbe essere perseguita allorquando l'eventuale sopravvenienza di attivo e la conseguente necessità di liquidazione sia già stata considerata in sede di elaborazione ed approvazione

30

Trib. Bari, Circolare 08.02.2016, cit.; Trib. Messina, Circolare 18.11.2015, cit.

31

E. Stasi, *Effetti fiscali della nuova disciplina della chiusura del fallimento*, in www.ilfallimentarista.it, 03.02.2016; D. Galletti, *La chiusura del fallimento con prosecuzione dei giudizi in corso: uno strumento da incentivare o osteggiare?*, in www.ilfallimentarista.it, 01.12.2015; M. Vitiello, *La chiusura anticipata del fallimento nella pendenza dei giudizi*, in www.ilfallimentarista.it, 01 febbraio 2016

32

Ivi compresi i giudizi di accertamento di crediti fiscali o le domande di insinuazione al passivo di altre procedure fallimentari: Trib. Messina, Circolare 18.11.2015, cit. In dottrina, G. Minutoli, *La chiusura e la riapertura del fallimento*, in A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, II, Torino, 2016, 2431

33

M. Montanari, *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in www.ilcaso.it, 28.09.2015, 16-17; E. Norelli, S. De Matteis, *Sub art. 118*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2015 (Aggiornamento on line)

del programma di liquidazione. In tal caso, infatti, il tribunale potrebbe (o, meglio, dovrebbe, non spettando ad esso l'approvazione delle modalità di liquidazione dei beni) limitarsi a recepire le determinazioni già assunte ai sensi dell'art. 104-ter l. fall. Ma laddove lo stesso giudizio integri una sopravvenienza rispetto all'approvazione del programma di liquidazione, affermare che l'eventuale bene conseguito all'esito del giudizio pendente debba essere liquidato secondo le modalità fissate dal tribunale nel decreto di chiusura equivarrebbe ad esautorare il curatore e, soprattutto, il comitato dei creditori dei poteri ad essi riconosciuti dal legislatore. Poteri che, nel momento in cui ci si determina alla chiusura, ancora sussistono, anche in capo all'organo rappresentativo dei creditori. Pertanto, piuttosto che una sostituzione del tribunale agli anzidetti organi della procedura, a fronte della possibile sopravvenienza di beni da liquidare, parrebbe preferibile che il curatore, prima di provvedere ai sensi dell'art. 118, comma 1, n. 3, l. fall., presenti un supplemento al programma di liquidazione da sottoporre all'approvazione del comitato, ai sensi del 104-ter, comma 5, l. fall., da recepire, poi, da parte del tribunale nel decreto di chiusura.

Vero è, tuttavia, che in entrambi i casi le integrazioni al dato normativo risultano tante e tali da rendere più credibile la tesi per cui il legislatore non abbia inteso consentire alla chiusura accelerata allorché dalla definizione del giudizio pendente, possa conseguire la necessità di espletamento di attività ulteriori rispetto a quelle di mero riparto delle somme accantonate, espressamente previste dall'art. 118, comma 2, l. fall.

5. Segue. I casi di legittimazione passiva del Curatore.

Nella vigenza del sistema precedente alla riforma del 2006 si era soliti escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 43 l. fall., le opposizioni, impugnazioni e revocazioni avverso lo stato passivo (art. 98), le insinuazioni tardive (art. 101) e le domande di restituzione e rivendica (art. 103), nonché le controversie in materia di ripartizione dell'attivo (art. 117)³⁴. Si sarebbe trattato, infatti, di giudizi tipici del fallimento nei quali il curatore opera non come sostituto processuale del fallito, bensì nell'ambito del suo ruolo istituzionale ovvero quale rappresentante della massa dei creditori³⁵. Dunque, non di sostituzione rispetto al fallito avrebbe dovuto parlarsi, ma di una autonoma capacità processuale del curatore.

Tale impostazione produrrebbe l'effetto, una volta sottratti i procedimenti in discorso dall'alveo dell'art. 43 l. fall., di impedire la chiusura del fallimento fintanto che gli stessi non siano definiti.

Ad eccezione dei casi contemplati dall'art. 117, comma 2, l. fall., disposizione passata indenne attraverso l'ultima riforma e, anzi, dalle nuove norme espressamente richiamata, alla stregua della quale il fallimento può chiudersi, quantunque sia ancora pendente il processo da cui è dipesa l'ammissione di un credito al passivo con riserva (art. 96, comma 3, n. 3, l. fall.). In tale ipotesi, infatti, in attesa del passaggio in giudicato del provvedimento conclusivo del processo pendente, "la somma è depositata nei modi stabiliti dal giudice delegato". Dunque, l'art. 117, comma 2, consente di procedere alla ripartizione finale dell'attivo, e, conseguentemente, alla chiusura del fallimento, ai sensi dell'art. 118, comma 1, n. 3, l. fall., senza attendere la definizione del giudizio avente ad oggetto il credito ammesso al passivo con riserva. Lo scioglimento di detta riserva (art. 113-bis l. fall.) potrà avvenire anche dopo la

34

V. Andrioli, voce *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 386-387

35

M. Cataldo, *I giudizi pendenti alla data di chiusura del fallimento*, in *Fall.*, 2005, 11, 1253

chiusura, con la conseguenza che si dovrà in tal caso provvedere, a fallimento chiuso, in ordine alla somma accantonata e depositata, da versare “ai creditori cui spetta o fatta oggetto di riparto supplementare fra gli altri creditori”.

Dal coordinamento delle disposizioni degli artt. 113 e 117 l. fall., si è desunto, altresì, che la pendenza di impugnazioni ex art. 98 l. fall. avverso i provvedimenti di accertamento del passivo impedisce la ripartizione finale dell'attivo e, quindi, la chiusura della procedura, nelle ipotesi in cui dette impugnazioni danno titolo ad accantonamenti nei riparti parziali a favore dei creditori i cui crediti risultano oggetto dei procedimenti impugnatori pendenti³⁶. Pertanto, fino ad oggi, si sono ritenuti ostativi alla ripartizione finale ed alla conseguente chiusura del fallimento: i giudizi di impugnazione di crediti ammessi (art. 98, comma 3, l. fall.) e di revocazione (art. 98, comma 4, l. fall., sempre che riguardino l'ammissione di crediti), in ogni caso; i giudizi di opposizione avverso provvedimenti di esclusione (totale o parziale) di crediti (art. 98, comma 2, l. fall.), nei casi in cui siano state disposte misure cautelari a favore dell'opponente o sia stato emesso dal tribunale provvedimento di accoglimento, ma questo non sia ancora divenuto definitivo (per essere ancora pendente il termine per proporre il ricorso per cassazione ovvero il relativo giudizio: art. 99, comma 12, l. fall.).

Ma l'esclusione delle procedure in discorso dall'ambito dell'art. 43 l. fall. non pare condivisa dalla Cassazione³⁷. Inoltre, anche a voler tenere ferme le precedenti acquisizioni, per vero giustificate dalla peculiarità del rito endofallimentare che, quantomeno in sede di accertamento del passivo, rende difficoltosa la configurabilità di una vicenda successoria tra curatore e fallito³⁸, l'esigenza di garantire il diritto di difesa e la parità delle armi tra i creditori, suggerisce di rivedere l'interpretazione sopra riproposta.

Infatti, per quanto il legislatore abbia stilato la novella tenendo a mente i casi di potenziale incremento dell'attivo e non di modifica del passivo, la soluzione offerta nelle due situazioni resta identica, consistendo negli accantonamenti ex art. 117, comma 2, l. fall.. Non si ravvisano ragioni, pertanto, per

36

Infatti, se, a norma dell'art. 113, “nelle ripartizioni parziali, «devono essere trattenute e depositate», ossia «accantonate», le quote assegnate ai creditori indicati nei nn. da 2 a 4, e, poi, come prescritto dall'art. 117, secondo comma, primo periodo l. fall., tali accantonamenti «vengono distribuiti» (vale a dire: debbono essere distribuiti) nel riparto finale, ciò significa che non può farsi il riparto finale, se prima non si è pervenuti alla decisione sui crediti, dalla quale dipende la sorte dei medesimi accantonamenti, e che identica regola non può non valere anche laddove il riparto finale non sia stato preceduto da riparti parziali, ma involga creditori che avrebbero avuto diritto all'accantonamento nei riparti parziali (se si fossero fatti) e per i quali non è previsto (dallo stesso art. 117 l. fall.) alcun accantonamento nel riparto finale”: G. Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV ed., Milano, 2007, 755. Analogamente G.U. Tedeschi, *Della chiusura del fallimento*, in Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare, Bologna-Roma, 1977, 29.

37

A seguito della riforma, che ha soppresso la legittimazione del fallito all'impugnazione, di fatto anche tali controversie vengono disciplinate in modo conforme al principio di perdita della capacità processuale: cfr. Cass. sez. VI – I, 25.03.2013, n. 7407, in CED Cassazione 2013, secondo cui in tema di procedure concorsuali, non sussiste la legittimazione del fallito ad impugnare i provvedimenti adottati dal giudice delegato in sede di formazione dello stato passivo, non solo perché privi di definitività e con efficacia meramente endoconcorsuale, ma anche per quanto disposto dall'art. 43 l. fall., che sancisce, per i rapporti patrimoniali del fallito compresi nel fallimento, la legittimazione esclusiva del curatore. Conf. Cass. sez. I, 29.03.2012, n. 5095, in Fall., 2013, 622.

38

Ma nel senso che la chiusura del fallimento fa venir meno la capacità processuale e sostanziale del curatore e costituisce causa di interruzione del processo, che può essere proseguito dal fallito tornato *in bonis* o nei suoi confronti: Cass. sez. VI – I, 29.5.2013, n. 13337, in Fall., 2014, 2, 230

non consentire l'applicazione della chiusura provvisoria anche in tali casi, ferma la prosecuzione, per vero necessitata alla luce degli artt. 24 e 111 Cost.³⁹, dei giudizi ex art. 98 l. fall.

Considerazioni solo in parte diverse si ritiene di dover svolgere in relazione al procedimento di opposizione nel quale non siano state concesse misure cautelari, né sia stata accolta la domanda (dal tribunale) con pronuncia non ancora passata in giudicato. In tale ipotesi, dottrina e giurisprudenza hanno fino ad oggi ritenuto possibile procedere al riparto finale e, pertanto, alla chiusura del fallimento, senza dover effettuare alcun accantonamento in favore del creditore opponente⁴⁰. La chiusura della procedura ed il contestuale venir meno del tribunale fallimentare determinavano, infatti, l'improcedibilità⁴¹ o l'interruzione⁴² del giudizio endofallimentare volto all'accertamento della pretesa creditizia del terzo. Con la conseguenza che quest'ultimo, avrebbe dovuto attivarsi *ex novo* nei confronti del fallito⁴³.

Oggi, tuttavia, che la chiusura del fallimento non necessariamente travolge le procedure pendenti, non pare più così agevole sostenere che la proseguibilità del giudizio di opposizione possa essere rimessa alla mercè degli organi del fallimento⁴⁴. Non, quantomeno, allorché quegli stessi organi decidano di

39

Per il rilievo secondo cui “il giudizio di opposizione allo stato passivo è un giudizio a cognizione piena rispetto al quale non si vede perché non debba valere il principio chiovendiano secondo il quale la durata del processo non deve andare a detrimento di chi ha ragione”: cfr. M. Fabiani, *Processi pendenti e chiusura del fallimento*, in Fall., 1997, 1, 5. Analoghe considerazioni in M. Cataldo, *I giudizi pendenti alla data di chiusura del fallimento*, in Fall., 2005, 11, 1253.

40

G. Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 759 ss. In giurisprudenza: Cass. sez. I, 24.03.1993, n. 3500, in Fall., 1993, 843. Nel senso della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale delle norme citate, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui escludono il creditore opponente che non abbia conseguito una misura cautelare in suo favore o la decisione favorevole del tribunale: Cass. sez. I, 27.04.1998, n. 4259, in Foro It., 1998, 1809; in Fall., 1999, 590.

41

Di improcedibilità, piuttosto che di interruzione, ma in riferimento alle procedure vecchio rito, discorre M. Cataldo, *I giudizi pendenti alla data di chiusura del fallimento*, in Fall., 2005, 11, 1253, sulla scorta di Cass. sez. I, 28.09.2004, n. 19394.

42

Per l'interruzione, cfr. Cass. sez. VI – I, 29.5.2013, n. 13337, in Fall., 2014, 2, 230

43

Anche qualora il giudizio fosse pendente in Cassazione, per essere stato già proposto il ricorso avverso il decreto del Tribunale, secondo Cass. sez. III, 23.09.2013, n. 21729, in Fall., 2014, 6, 704, per la quale “...l'applicazione della disciplina di cui all'art. 110 c.p.c. non è espressamente esclusa per il processo di legittimità, ne' appare incompatibile con le forme proprie dello stesso... Tale principio, *mutatis mutandis*, ben può applicarsi in caso di chiusura del fallimento, che priva il curatore della capacità di stare in giudizio e in cui, peraltro, non si verifica una successione nel processo ma si ha un mero riacquisto della capacità processuale in capo al soggetto tornato *in bonis*. Ne consegue che deve ritenersi non più condivisibile l'orientamento espresso da questa Corte con la sentenza del 18 aprile 2006, n. 8959 secondo cui, se è pur vero che la chiusura del fallimento, determinando la cessazione degli organi fallimentari e il rientro del fallito nella disponibilità del suo patrimonio fa venir meno la legittimazione processuale del curatore, determinando il subentrare dello stesso fallito tornato *in bonis* al curatore nei procedimenti pendenti all'atto della chiusura, tale principio non vale per il giudizio di cassazione, che è caratterizzato dall'impulso d'ufficio ed al quale non sono perciò applicabili le norme di cui agli artt. 299 e 300 c.p.c., sicché non è consentito il deposito, ai sensi dell'art. 372 c.p.c., di documenti attestanti la chiusura del fallimento”. Conf., in dottrina, V. Caridi, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in Dir. fall., 2015, 6, 581.

44

Nel senso che non spetta al giudice delegato valutare l'opportunità che un procedimento per l'accertamento di un credito verso il fallimento venga incardinato: cfr. M. Fabiani, *Processi pendenti e chiusura del fallimento*, in Fall., 1997, 1, 5.

proseguire taluni dei giudizi funzionali all'acquisizione di ulteriore attivo. In tale circostanza, anzitutto, la *prorogatio* del giudice delegato e del curatore non può che comportare l'ultrattività anche del tribunale fallimentare. Diversamente, infatti, dovrebbero ritenersi non reclamabili i provvedimenti adottati dopo la chiusura dal g.d., eventualmente anche ai sensi dell'art. 36 l. fall., con evidente compressione del diritto costituzionale di difesa. Inoltre l'intervento del tribunale potrebbe rendersi necessario in caso di sostituzione del curatore o di liquidazione dell'ulteriore compenso a quest'ultimo spettante. Il permanere in essere della procedura, cioè, seppure limitatamente alla gestione dei giudizi pendenti e nonostante la previsione quanto più dettagliata delle disposizioni attuative della fase post-chiusura da parte del tribunale, pare escludere che possa ritenersene in via definitiva esautorata la funzione.

Ma, una volta ammessa l'ultrattività di detto organo giurisdizionale, non si ravvisano ragioni per escludere la perseguibilità del giudizio di opposizione al passivo anche al di fuori dei casi contemplati dall'art. 113 l. fall. L'opposta soluzione contrasta, invero, tanto con i già richiamati artt. 24 e 111 Cost., quanto con il principio di uguaglianza e ragionevolezza posto dall'art. 3 Cost.⁴⁵ Pertanto l'opposizione ad una pronuncia di rigetto della domanda di ammissione al passivo non sarà ostativa al riparto finale e alla chiusura ove gli organi del fallimento non intendano coltivare eventuali giudizi ancora pendenti, in attuazione dell'art. 118, comma 2, l. fall., continuando a determinare, altresì, l'improseguibilità del giudizio di opposizione. In caso contrario, deve invece ritenersi che anche quest'ultimo procedimento debba essere coltivato, operando gli opportuni accantonamenti, in applicazione dell'art. 117, comma 2, l. fall. E senza neppure la necessità di un'autorizzazione in tal senso, dovendosi, prima ancora, escludere che la chiusura disposta ai sensi dell'art. 118, comma 2, l. fall. determini l'improcedibilità o l'interruzione, a seconda delle tesi, dei giudizi *de quo*⁴⁶.

Tanto, però, a condizione che il credito, ove ammesso, possa trovare utile collocazione, almeno parziale, in sede di riparto. In caso contrario, infatti, la carenza di interesse alla definizione del giudizio di opposizione (ma lo stesso è a dirsi per i casi di impugnazione o revocazione), impone di procedere senz'altro al riparto finale e chiudere il fallimento⁴⁷.

Soluzioni similari appaiono sostenibili anche in relazione alle domande tardive di ammissione al passivo e a quelle di accertamento dei crediti prededucibili.

Quanto alle prime, l'opinione diffusa pre-riforma del 2015 secondo cui la relativa pendenza davanti al giudice delegato (prima che questi avesse provveduto) non era prevista quale evento impeditivo del riparto finale, che, perciò, si riteneva non potesse esserne ostacolato né ritardato⁴⁸, può essere tenuta

45

Sottolinea come possa "apparire arbitrario che a decidere le sorti del singolo creditore possa essere, in definitiva, la sequenza delle decisioni rispettivamente a favore o contro il creditore, anziché il contenuto della decisione finale resa nel processo", cfr. M. Cataldo, *I giudizi pendenti alla data di chiusura del fallimento*, in Fall., 2005, 11, 1253

46

Con conseguente possibilità per il creditore opponente di ricorrere in Cassazione, ex art. 98, comma 12, l. fall., avverso il decreto che tale improcedibilità pronunci. Ove, invece, non vengano previsti accantonamenti nel suo interesse, il creditore dovrebbe reclamare il progetto di riparto predisposto dal curatore prima della chiusura, ma nei termini di cui all'art. 110, comma 3, l. fall.

47

M. Fabiani, *Processi pendenti e chiusura del fallimento*, in Fall., 1997, 1, 5; S. Mancinelli, *Brevi note sulla chiusura della procedura fallimentare in pendenza di giudizi*, in www.ilcaso.it, 26.10.2015, 3

48

ferma a condizione, anche qui, che non si intenda procedere alla chiusura provvisoria coltivando eventuali giudizi pendenti. In tale ultimo caso, infatti, in ossequio al disposto dell'art. 112 l. fall., la domanda di insinuazione ultratardiva già proposta dovrà essere esaminata, ove idonea a consentire la partecipazione del creditore all'eventuale riparto conseguente alla definizione del giudizio. Resta da capire se domande nuove possano essere presentate anche a seguito della chiusura accelerata. Il riferimento ai soli giudizi pendenti, contenuto nell'art. 118, comma 2, l. fall., dovrebbe indurre alla soluzione negativa. Ma ciò desta qualche perplessità con riferimento alla limitazione del diritto di difesa del creditore che, in caso di ammissione, avrebbe potuto partecipare utilmente al riparto finale. Il recuperato potere di iniziativa individuale nei confronti del fallito, ai sensi dell'art. 120, comma 3, l. fall., difficilmente potrebbe, infatti, consentire una qualche forma di soddisfacimento a fronte della normale incapienza del patrimonio residuo del debitore all'esito della procedura concorsuale *de quo*.

In relazione alle domande di accertamento dei crediti prededucibili, invece, la relativa pendenza pare non più ostativa alla chiusura della procedura concorsuale⁴⁹ ai sensi dell'art. 118, n. 3, l. fall., a condizione che si provveda all'accantonamento delle somme eventualmente necessarie a soddisfarli.

Infine, nessuna incidenza si ritiene la novella abbia avuto sulle domande di rivendica e restituzione di beni nella disponibilità del fallito e sulle procedure endo-fallimentari scaturenti dal reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 18), contro i decreti del g.d. e del tribunale (art. 26) e contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori (art. 36).

Ed infatti la pendenza di una domanda ex art. 103 l. fall., in quanto ostativa alla liquidazione del bene, si appalesa evidentemente incompatibile con la chiusura della procedura per intervenuto riparto finale (salvo aderire alla tesi, qui non condivisa, secondo cui la chiusura ex art. 118, n. 3, l. fall. non osta al compimento di ulteriore attività liquidatoria).

Per il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, la perseguibilità del relativo giudizio nel contraddittorio con il curatore, pur a fronte dell'intervenuta chiusura della procedura concorsuale era soluzione già acquisita in seno alla giurisprudenza di legittimità⁵⁰.

Quanto alle impugnative avverso i provvedimenti degli organi fallimentari, infine, la presumibile pregiudizialità di ciascun subprocedimento rispetto al compimento, da parte degli organi della procedura, degli atti successivi funzionali alla liquidazione e al riparto dell'attivo fallimentare, induce a

G. Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 761. In giurisprudenza: Cass. 28.08.1998, n. 8575, Fall., 1999, 1061, secondo cui la legge non riconosce al creditore tardivo il diritto a non vedere pregiudicato il futuro soddisfacimento del credito, nelle more dell'ammissione, dall'attuazione della ripartizione dell'attivo; sicché la domanda tardiva di ammissione di un credito non comporta una preclusione per gli organi della procedura al compimento di ulteriori attività processuali, ivi compresa la chiusura del fallimento per l'integrale soddisfacimento dei crediti ammessi o per l'esaurimento dell'attivo, né comporta un obbligo per il curatore di accantonamento di una parte dell'attivo a garanzia del creditore tardivamente insinuatosi, atteso che tale evenienza non è considerata tra le ipotesi di accantonamento previste dall'art. 113 l. fall., la cui previsione è da ritenersi tassativa in quanto derogante i principi generali che reggono il processo fallimentare e, perciò, insuscettibile di applicazione analogica. Conf. Cass. 09.09.1995, n. 9506, Fall., 1996, 171

49

Così, invece, prima della novella, E. Norelli, S. De Matteis, Sub *art. 118*, in Codice commentato del fallimento, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2015 (Aggiornamento on line)

50

Cass. sez. I, 08.02.2016, n. 2399, in *Ilfallimentarista.it*, 2016, 8 marzo: "La chiusura del fallimento non rende improcedibile l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento ed il relativo giudizio continua in contraddittorio anche del curatore, la cui legittimazione non viene meno, in quanto in tale giudizio si discute se il debitore doveva essere dichiarato fallito, o meno, e, perciò, se lo stesso curatore doveva essere nominato al suo ufficio". Conf. Cass., sez. VI, 30.10.2013, n. 24540, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. sez. I, 14.10.2005, n. 20000, in *Fall.*, 2006, 4, 472; Cass. sez. I, 09.09.1968, n. 2908, in *Fall.*, 1969, 206

ritenere che la loro definizione costituisca un presupposto logico della chiusura. In particolare, dovranno essere stati definiti gli eventuali reclami avverso il progetto di ripartizione finale (art. 110, comma 3, l. fall.) e dovrà essersi data esecuzione a quanto disposto in detta sede circa la destinazione delle somme accantonate in relazione ai crediti oggetto di contestazione (art. 110, comma 4, l. fall.). La valutazione dovrà, comunque, effettuarsi con riferimento alle circostanze concrete. Anche in tal caso, poi, stante l'espressa previsione dell'art. 118, comma 2, l. fall., la scelta di proseguire eventuali giudizi pendenti imporrà necessariamente agli organi della curatela, quale ulteriore conseguenza, quella di non potersi sottrarre all'eventuale impugnativa levata dalle controparti. E questo, si ritiene, anche laddove il mezzo di gravame sia proposto a seguito della chiusura, se il decreto ex art. 119 l. fall. sia intervenuto nelle more del termine per impugnare⁵¹.

Cosicché, in conclusione, solo a fronte della chiusura, per così dire, definitiva del fallimento sembra potersi invocare l'estinzione delle procedure endofallimentari in corso in cui il curatore è legittimato passivo. Al contrario, ove si opti per la chiusura provvisoria e la contestuale coltivazione di taluni procedimenti pendenti, gli artt. 3, 24 e 111 Cost. inducono a ritenere come ineludibile anche la prosecuzione di detti giudizi, sempre che siano idonei a far conseguire all'attore un risultato utile nell'ambito della procedura e, da ultimo, in sede di riparto.

La formulazione e la *ratio* del novellato art. 118, comma 2, l. fall., tutto incentrato sul conseguimento di ulteriori somme da destinare ai creditori concorrenti, consentono, invece, di ritenere che la chiusura accelerata costituisca causa di interruzione dei giudizi in essere nei confronti del curatore, come legittimato passivo, in sede ordinaria (si pensi al caso del giudizio di usucapione promosso nei confronti della curatela alla stregua della disciplina pre-riforma del 2006.)⁵².

6. Gli effetti del decreto di chiusura sui giudizi pendenti.

Le nuove norme non chiariscono se la continuazione dei giudizi in corso debba essere autorizzata dal tribunale in sede di chiusura, limitandosi a disporre che il curatore può “mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio, ai sensi dell'articolo 43”. Al contempo l'art. 120 l. fall. continua a statuire che “con la chiusura cessano gli effetti del fallimento sul patrimonio del fallito e le conseguenti incapacità personali e decadono gli organi preposti al fallimento. Le azioni esperite dal curatore per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento non possono essere proseguite”.

Secondo una prima possibile esegesi⁵³, dovrebbe ritenersi che ove il tribunale adotti il provvedimento di chiusura in presenza di giudizi pendenti, il curatore conservi sempre la legittimazione processuale, sicché il “può”, inserito nel nuovo secondo comma dell'art. 118 l. fall., dovrebbe ritenersi riferito alla volontà degli organi della procedura di chiudere il fallimento nonostante tali giudizi.

Pare, però, preferibile l'interpretazione secondo cui la deroga al principio posto dall'art. 120 l. fall., di interruzione dei giudizi in corso alla data del fallimento, non avvenga *de plano*, visto che il curatore “può

51

Nel senso che la pendenza del termine per il ricorso ex art. 111 Cost. non impedisce la chiusura, data l'esecutività del provvedimento sul reclamo: Cass. sez. I, 16.03.1979, n. 1569, in Fall., 1979, 313; Cass. sez. I, 23.06.1977, n. 2661, in Fall., 1977, 601; Cass. sez. I, 28.07.1974, n. 2285, in Giust. civ., 1974, 1544.

52

Ferma la riassumibilità degli stessi giudizi nei confronti del fallito, ai sensi dell'art. 120, commi 1 e 3, l. fall.

53

mantenere” e non già “mantiene” la legittimazione processuale⁵⁴. L’individuazione dei giudizi da proseguire e l’autorizzazione a portarli avanti spetterebbe al tribunale, tenuto a provvedervi con il decreto di chiusura. La questione, infatti, rientrerebbe tra le disposizioni necessarie ad attuare gli effetti della decisione di chiusura di cui all’art. 119, comma 5, l. fall. Non sembra possa, invece, attribuirsi un tale potere di determinazione al g.d. poiché questi, a chiusura intervenuta, conserverà i poteri che la legge fallimentare gli riconosce ma solo in funzione dei giudizi pendenti di cui sia stata disposta la prosecuzione. Dunque delle due l’una. O i giudizi sono già individuati dal tribunale nel decreto ex art. 119. E solo in funzione della loro gestione g.d. e curatore restano in carica. Oppure, in difetto di individuazione, tali organi dovranno intendersi decaduti.

Vero è che proprio il g.d., quale componente del collegio incaricato della relazione, dovrà indicare i giudizi da continuare a seguito della chiusura. E a tal fine, prima di lui, negli stessi termini dovrà provvedere il curatore in sede di rendiconto della gestione o, allorché sia lui a sollecitare la chiusura, nel rapporto riepilogativo da allegare all’istanza ex art. 119, comma 1, l. fall., secondo quanto disposto dall’art. 20 del d.l. 12.09.2014, n. 132⁵⁵.

Tuttavia, ed è la terza opzione ermeneutica, il tribunale potrebbe espressamente rimettere al g.d. la decisione in ordine alla prosecuzione dei giudizi pendenti all’esito della chiusura nel decreto ex art. 119 l. fall.. Tale facoltà di rimessione potrebbe ricavarsi dalla congiunzione “anche” utilizzata dal legislatore allorché dispone “in deroga all’articolo 35, anche le rinunzie alle liti e le transazioni sono autorizzate dal giudice delegato”. L’ “anche” includerebbe, cioè, l’autorizzazione alla continuazione, sull’assunto che, se il g.d. ha il potere di porre fine ad una controversia nella fase post fallimentare, a maggior ragione dovrebbe avere il potere di disporre la continuazione delle cause in essere al momento della chiusura del fallimento.

Quanto agli effetti prodotti dall’autorizzazione alla prosecuzione, è noto che a seguito dell’introduzione, ad opera del d. lgs. 09.01.2006, n. 5, del terzo comma dell’art. 43 l. fall., interpretato dalla giurisprudenza nel senso di determinare l’interruzione automatica dei giudizi in cui è parte il fallito⁵⁶, si è ritenuto che con analogo automatismo si determini la perdita di capacità processuale del curatore a seguito dell’adozione del decreto di chiusura⁵⁷. Ne è conseguito, almeno fino ad oggi, che l’interruzione dei giudizi pendenti debba farsi discendere direttamente dall’emissione del decreto ex art. 119 l. fall. e sia

54

Sulle diverse possibili letture della norma, E. Norelli, S. De Matteis, Sub *art. 118*, in Codice commentato del fallimento, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2015 (Aggiornamento on line)

55

La norma ha così integrato l’art. 16-bis del d.l. 18.10. 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17.09.2012, n. 221, inserendovi, tra gli altri, il comma 9-ter.

56

Cass. sez. lav., 07.03.2013, n. 5650, in Giust. civ. Mass., 2013; Trib. Monza 27.11.2010, in Fall., 2011, 248; Trib. Roma 10.02.2009, in Fall., 2009, 8, 957. Per l’orientamento prevalente l’automatismo opera, però, in relazione alle sole procedure aperte successivamente all’entrata in vigore del d. lgs. 09.01.2006, n. 5: G. Federico, E. Stasi, E. Daniele, P. Bosticco, A. M. Perrino, Sub *art. 43*, in G. Lo Cascio (a cura di), Codice commentato del fallimento, Milano, 2015 (Aggiornamento on line); M.R. Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, 651; M. Spiotta, *I regimi transitori*, in A. Jorio-M. Fabiani (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, 1311 s.. *Contra* Panzani, *La nuova disciplina del fallimento e la disciplina transitoria*, in Fall., 2006, 1223.

57

V. Caridi, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in Dir. fall., 2015, 6, 585 ss.

rilevabile d'ufficio dal giudice a seguito della mera notizia, onde la dichiarazione del procuratore costituito, in deroga alla previsione dell'art. 300 c.p.c., non rappresenta elemento costitutivo necessario della fattispecie interruttiva⁵⁸.

La bontà di tale soluzione, alla luce della riforma, potrebbe essere messa in discussione. Invero, l'interruzione dei giudizi allo stato deve ritenersi effetto normale ma non più necessario della chiusura del fallimento, in quanto senz'altro operante solo nei casi di cui all'art. 118, nn. 1, 2 e 4 che, tuttavia, sono quelli statisticamente meno numerosi. Potrebbe, allora, propugnarsi un ritorno all'applicazione dell'art. 300 c.p.c., con conseguente necessità che sia il difensore della curatela in udienza a dichiarare l'intervenuta chiusura della procedura concorsuale.

Se, tuttavia, si ha riguardo alla *ratio* sottesa all'interruzione *ope legis*, che è quella di salvaguardare gli interessi della massa rispetto al rischio di preclusioni e decadenze processuali⁵⁹, sembra preferibile insistere per l'efficacia automatica dell'interruzione, a prescindere dalla dichiarazione in giudizio. Spetterà, dunque, alla curatela, ove la procedura si sia determinata per la prosecuzione, impedire l'effetto interruttivo con apposita dichiarazione resa in udienza o, in mancanza, attivarsi per la riassunzione ai sensi dell'art. 302 c.p.c.

Resta da definire la posizione processuale dell'ex fallito rispetto ai giudizi di cui sia disposta la prosecuzione. Se, infatti, secondo quanto dispone l'art. 120, comma 1, l. fall., “con la chiusura cessano gli effetti del fallimento sul patrimonio del fallito e le conseguenti incapacità personali”, occorre chiedersi se il fallito possa ritenersi legittimato ad intervenire⁶⁰ o se, addirittura, possa ritenersi litisconsorte necessario in relazione ai processi pendenti⁶¹.

In realtà, considerata la natura “sostitutiva”, ex art. 81 c.p.c., della *legitimatio ad processum* del curatore⁶², si è portati a ritenere che, nei casi di chiusura provvisoria, il recupero delle capacità da parte del fallito non sia assoluta, incontrando un limite proprio nella scelta degli organi della procedura di proseguire determinati giudizi. Rispetto a questi, pertanto, permane la legittimazione esclusiva del curatore, ai sensi dell'art. 43 l. fall.⁶³ E tanto perché, deve ritenersi, prima ancora permane l'effetto di spossessamento

58

Trib. Terni, 21.02.2011, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 27.11.2010, in www.ilcaso.it; App. Firenze, 01.10.2010, in www.ilcaso.it; Trib. Roma, 10.02.2009, in www.ilcaso.it

59

V. Caridi, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2015, 6, 576-577, 602

60

G. Minutoli, *La chiusura e la riapertura del fallimento*, in A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, II, Torino, 2016, 2431

61

Così M. Montanari, *Ancora sulla chiusura anticipata del fallimento in pendenza di giudizi*, in www.ilcaso.it, 02.04.2016, 14; M. Montanari, *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in www.ilcaso.it, 28.09.2015, 17 ss.

62

Cfr. V. Caridi, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2015, 6, 576-577, 583-584, nt. 35. Sulle varie tesi elaborate in dottrina circa gli effetti, sotto il profilo processuale, della dichiarazione di fallimento nei confronti del fallito, cfr. P. Vella, sub *art. 43*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, 516

63

prodotto dalla declaratoria di fallimento rispetto ai rapporti patrimoniali che di tali giudizi costituiscono l'oggetto⁶⁴.

Né si ravvisa, in conseguenza della peculiare ipotesi di chiusura in esame, un qualche interesse dell'ex fallito al giudizio, nuovo ed ulteriore rispetto all'interesse alla massimizzazione dell'attivo fallimentare, evidentemente, nella prospettiva di una futura esdebitazione. Interesse, quest'ultimo, che se è parso alla Cassazione idoneo a giustificare un intervento solo adesivo dipendente nel corso della procedura⁶⁵, non si ritiene debba essere valutato diversamente in tale fase.

7. L'attività degli organi in regime di prorogatio.

Il nuovo art. 118, comma 2, l. fall. stabilisce che in sede di chiusura occorre procedere agli accantonamenti delle somme presumibilmente necessarie per spese future ed eventuali oneri relativi ai giudizi pendenti, nonché delle somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato. Quanto agli oneri futuri, il curatore dovrà evidentemente fornirne una stima in sede di conto della gestione. Sia tali importi, sia quelli conseguiti per effetto di provvedimenti giudiziali non definitivi dovranno, poi, essere trattenuti secondo quanto previsto dall'articolo 117, comma 2, l. fall. Tale disposizione, a dire il vero, rimette la questione al g.d., tenuto a dettare le modalità di deposito delle somme per la distribuzione delle quali occorra attendere il passaggio in giudicato di un provvedimento, appunto, o l'avveramento della condizione. Considerato che, al momento dell'accantonamento non è possibile prevedere quali saranno gli effettivi beneficiari delle somme depositate e di quelle eventualmente incassate all'esito dei giudizi, tali importi non potranno che essere depositati sul conto intestato alla procedura. Che, pertanto, dovrà essere mantenuto nonostante la chiusura del fallimento⁶⁶.

La novella non fornisce indicazioni circa il controllo esercitato dal giudice delegato sull'attività del curatore. Ma, anzitutto, specifiche disposizioni volte a regolamentare l'iterazione tra i due organi, potrebbero essere dettate dal tribunale, in forza della previsione dell'art. 119, comma 5, l. fall., stando alla quale "con i decreti emessi ai sensi del primo e terzo comma del presente articolo sono impartite le disposizioni esecutive volte ad attuare gli effetti della decisione". Il tribunale, pertanto, potrebbe indicare la periodicità con la quale il curatore deve relazionare al giudice delegato in relazione ai giudizi in corso⁶⁷. Ciò fermo restando l'obbligo di rivolgersi a quest'ultimo al fine di ottenere le autorizzazioni necessarie per la gestione del contenzioso (transazioni, gravami, ecc.)⁶⁸.

Sull'esclusività della legittimazione *ad processum* del Curatore rispetto ai rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento: V. Caridi, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2015, 6, 595-596

64

S. Pacchi, sub *art. 43*, in A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010, 589; C. Costa, *Gli effetti del fallimento sul fallito*, in G. Ragusa Maggiore-C. Costa, *Le procedure concorsuali, Il Fallimento*, Torino, 1997, 20; A. Bonsignori, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale Galgano*, Padova, 1986, 335 - 336; S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 168

65

Cass. sez. I, 14.05.2012, n. 7448, in *Fall.*, 2013, 6, 763; Cass. sez. I, 08.08.1990 n. 7997, in *Fall.*, 1991, 2, 159

66

E. Norelli, S. De Matteis, Sub *art. 118*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2015 (Aggiornamento on line); S. Mancinelli, *Brevi note sulla chiusura della procedura fallimentare in pendenza di giudizi*, in *www.ilcaso.it*, 26.10.2015, 9

67

Nel silenzio del decreto di chiusura, invece, si ritiene debba continuare a ricevere applicazione l'art. 33, comma 5, l. fall. nella parte in cui prevede l'obbligo del rapporto riepilogativo semestrale accompagnato dal conto della gestione (che, tuttavia, non dovrebbe contemplare null'altro che gli eventuali esborsi per diritti e spese dei giudizi pendenti, nonché per tributi). La detta relazione sarà destinata al solo g.d., non essendo più in essere il comitato dei creditori⁶⁹. E' invece, dubbio se debba essere inviata a mezzo p.e.c. ai creditori⁷⁰. Nell'alternativa tra l'applicazione integrale della norma e la contrazione al minimo delle attività degli organi della procedura, pare forse preferibile comunicare la relazione ai soli creditori non ancora soddisfatti. La trasmissione al registro delle imprese, in relazione ai fallimenti delle società, dipenderà, invece, dall'adesione o meno alla tesi che ritiene di rinviarne la cancellazione alla chiusura definitiva.

L'art. 118, comma 2, prosegue stabilendo che "dopo la chiusura della procedura di fallimento, le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti definitivi e gli eventuali residui degli accantonamenti sono fatti oggetto di riparto supplementare fra i creditori secondo le modalità disposte dal tribunale con il decreto di cui all'articolo 119". La chiusura del fallimento cui la disposizione fa riferimento è, evidentemente, quella conseguente alla definizione dei giudizi pendenti. Ma la considerazione fa preconizzare l'evenienza in cui, a fronte di una pluralità di procedimenti, la definizione successiva nel tempo di ciascuno di essi possa far sorgere l'opportunità di procedere a riparti parziali⁷¹. Tale possibilità, senz'altro coerente con la *ratio legis* di ridurre il rischio di esposizione a condanne per eccessiva durata del processo in favore dei creditori non ancora soddisfatti, stante la competenza del collegio in sede di chiusura a dettare le modalità del riparto, dovrebbe essere prevista già nel decreto ex art. 119 l. fall, almeno in termini di mera possibilità e ferma la relativa attuazione da parte del g.d. in conformità agli artt. 113 ss. l. fall.

In ogni caso, sia a fronte dei riparti parziali, sia all'esito di quello definitivo non può escludersi la possibilità che venga proposto reclamo ex artt. 26 e 36 l. fall.. Ovviamente la contestazione potrà avere ad oggetto solo le decisioni di tali organi che non si pongano in termini di mera attuazione delle

Per la tesi secondo cui i tempi della rendicontazione dovrebbero essere regolamentati dal g.d., cfr. D. Galletti, *La chiusura del fallimento con prosecuzione dei giudizi in corso: uno strumento da incentivare o osteggiare?*, in www.ilfallimentarista.it, 01.12.2015

68

E. Norelli, S. De Matteis, Sub art. 118, in Codice commentato del fallimento, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2015 (Aggiornamento on line)

69

In tal senso la dottrina è concorde: cfr. M. Montanari, *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in www.ilcaso.it, 28.09.2015, 14

70

Sulla necessità che anche l'indirizzo p.e.c. della procedura sia mantenuto a seguito della chiusura, cfr., condivisibilmente, S. Mancinelli, *Brevi note sulla chiusura della procedura fallimentare in pendenza di giudizi*, in www.ilcaso.it, 26.10.2015, 9

71

Anche in considerazione del fatto che l'esigenza di procedere ai detti riparti parziali potrebbe conseguire anche all'avveramento della condizione o al passaggio in giudicato della sentenza ex art. 117, comma 2, l. fall.: M. Montanari, *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in www.ilcaso.it, 28.09.2015, 12. Favorevole anche S. Ziino, *Le recenti disposizioni sulla "chiusura provvisoria" del fallimento in attesa della definizione di giudizi pendenti*, in www.eclegal.it, 25 marzo 2016

disposizioni impartite dal tribunale in sede di chiusura, giacché avverso queste ultime il rimedio è e resta il reclamo ex artt. 119 l. fall..

Né può escludersi l'insorgenza della necessità di revocare il curatore, evidentemente ad opera del tribunale, giusta il disposto dell'art. 37 l. fall.

Si ritiene, ancora, che il curatore, definiti i giudizi e compiuti i riparti, debba rendere un ulteriore conto della gestione in relazione a tutte le attività svolte, in forza dell'art. 38, comma 3, l. fall. che tale obbligo riferisce al momento di cessazione dall'ufficio.

Infine, un eventuale introito di attività farà sorgere il diritto del curatore ad un compenso ulteriore⁷². In tal caso, salvo che non si voglia consentire al tribunale di predeterminare, sin dalla chiusura accelerata, le modalità di calcolo del compenso in guisa che il medesimo sia liquidato successivamente dal g.d., il curatore dovrà far nuovamente riferimento al collegio, ai sensi dell'art. 39 l. fall., onde ottenere la liquidazione integrativa che gli spetta⁷³.

Ed è a questo punto che pure dovrebbe provvedere alla dichiarazione finale dei redditi ai sensi dell'art. 183, comma 2, d.p.r. 22.12.1986, n. 917, alla dichiarazione di cessazione dell'attività ex art. 35, comma 3, d.p.r. 26.10.1972, n. 633, ai fini dell'estinzione della partita IVA, e agli ulteriori adempimenti funzionali alla cancellazione della società dal registro delle imprese. Resta da stabilire se sia a tal fine necessario un ulteriore provvedimento del collegio, in applicazione dell'art. 119 l. fall., o del g.d., sull'esempio dell'art. 136, comma 3, l. fall., che attesti l'intervenuta chiusura, stavolta definitiva, della procedura.

8. Considerazioni conclusive.

La laconicità delle nuove norme desta, come si è visto, più di una perplessità in punto di individuazione dei giudizi pendenti a fronte dei quali poter ritenere legittima la chiusura, nonché in sede di definizione della disciplina applicabile alle molteplici sopravvenienze connesse alla prosecuzione di giudizi e alla gestione di somme della procedura.

Quanto al primo aspetto, l'interpretazione restrittiva del dato normativo, che limiti l'applicazione della norma ai giudizi attivi volti al recupero di somme di denaro, pare necessaria, sia al fine di evitare imprevedibili interferenze tra l'attività del curatore e il recuperato potere d'iniziativa dei creditori e del fallito, sia per non rischiare che la chiusura della procedura, con l'estromissione del comitato dei creditori e la compressione delle competenze degli organi superstiti, si risolva in un'ingiustificata contrazione del contraddittorio e, da ultimo, del diritto di difesa dei creditori. Al contempo, proprio l'osservanza del diritto costituzionale di difesa, impone, una volta che si sia optato per la chiusura provvisoria, di consentire la protrazione anche dei giudizi relativi all'accertamento del passivo.

Con specifico riferimento al secondo profilo, seppure appare inevitabile un'integrazione del dato normativo facendo ricorso alle altre norme della legge fallimentare, ci si chiede se le procedure e gli oneri ivi previsti (specie in punto di comunicazioni ai creditori, tempistiche fissate per il deposito di relazioni o istanze) possano essere alleggerite dal tribunale al momento della definizione delle

M. Vitiello, *La chiusura anticipata del fallimento nella pendenza dei giudizi*, in www.ilfallimentarista.it, 01 febbraio 2016; R. Brogi, *Il D.L. 83/2015 è legge: tutte le novità in materia fallimentare*, in www.quotidianogiuridico.it, 06 agosto 2015; M. Montanari, *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in www.ilcaso.it, 28.09.2015, 10

E. Norelli, S. De Matteis, *Sub art. 118*, in Codice commentato del fallimento, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2015 (Aggiornamento on line)

disposizioni esecutive volte ad attuare gli effetti della decisione di chiusura accelerata. L'esigenza di contenere le attività degli organi concorsuali deve, infatti, fare i conti, anche in tal caso, con la necessità di tutelare il contraddittorio e il diritto di difesa dei creditori.

Pare, tuttavia, che una volta sollecitato, per vero più per mezzo della stringente tempistica imposta dall'art. 104-ter l. fall. che dal novellato art. 118 l. fall., il soddisfacimento dei creditori⁷⁴ nei limiti della capienza attuale della procedura e una volta restituita al fallito⁷⁵ la piena capacità di gestione del proprio patrimonio, che in questo si ritiene riposi la vera portata innovativa della norma in commento, la riforma abbia raggiunto lo scopo di contrarre l'onere finanziario gravante sulle casse dello Stato in forza della l. 24.03.2001, n. 89⁷⁶ e non vi sia ragione di ulteriormente derogare alle disposizioni, specie a quelle più collaudate, del r.d. 16.03.1942, n. 267⁷⁷.

74

Sulla legittimazione dei creditori concorrenti a richiedere l'indennizzo per irragionevole durata del processo: Cass. sez. VI - II, 15.10.2014, n. 1091, in Fall., 2016, 1, 115; Cass. sez. II, 15.10.2014, n. 21849, in Guida al dir., 2014, 44, 43

75

Sulla legittimazione del fallito a richiedere l'indennizzo per irragionevole durata del processo: Cass. 12.7.2011, n. 15251, in Giust. civ. Mass. 2011, 7-8, 1049; Cass. sez. I, 23.09.2005, n. 18687, in Fall., 2006, 4, 476

76

Secondo S. Ambrosini, Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma, in www.ilcaso.it, 30.11.2015, 55, la novella potrebbe non apparire idonea "a scongiurare le sanzioni comunitarie per irragionevole durata del processo, precisamente sulla scorta del rilievo che a chiudersi è bensì il fallimento ma non già i giudizi in cui esso è parte, tenuto anche conto della permanenza in carica di curatore e giudice delegato, seppure ai soli fini di quanto previsto dall'art. 118". Vero è, tuttavia, che il rischio di responsabilità erariale rimarrebbe limitato a quei soli creditori parte dei giudizi pendenti e a quelli la cui partecipazione al riparto sia condizionata dalle sorti del giudizio, con esclusione degli altri e, soprattutto, del fallito.

77

Ma nel senso che la chiusura osterebbe all'applicazione delle norme della l. fall. non espressamente richiamate dall'art. 118, cfr. M. Vitiello, *La chiusura anticipata del fallimento nella pendenza dei giudizi*, in www.ilfallimentarista.it, 01 febbraio 2016