

FEDERICA MONTESI

**Opposizione alla sentenza di fallimento
per motivi di competenza
e decorso del termine per impugnare**

Estratto da

**IL DIRITTO FALLIMENTARE
E DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI**

Annata LXXIII* - Gennaio-Febbraio 1998 - N. 1



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI - PADOVA

TRIBUNALE DI BOLOGNA

4 marzo 1997

Pres. DE ROBERTIS - Est. FERRO

Soc. a resp. lim. ANDALUSIA c. Fall.to Soc. a resp. lim. ANDALUSIA

Il termine di quindici giorni per l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento decorre dalla data di comunicazione della sentenza stessa⁽¹⁾.

1. Con atto di citazione in opposizione notificato il 15 maggio 1995 (al creditore istante) ed il 17 maggio 1995 (al curatore della procedura) la fallita società contestava la correttezza della sentenza (pronunciata il 13 luglio 1994 e pubblicata il 14 luglio 1994) dell'intestato tribunale, sul presupposto

(1) Opposizione alla sentenza di fallimento per motivi di competenza e decorso del termine per impugnare.

1. Con atto di citazione notificato in data 15 maggio 1995 al creditore istante ed in data 17 maggio 1995 al curatore del fallimento, la società Andalusia soc. a resp. lim. propose opposizione di cui all'art. 18 legge fallim. avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, emessa dal Tribunale di Bologna in data 13 luglio 1994, contestando la competenza territoriale dell'organo giudicante ed indicando quale giudice competente il Tribunale di Ferrara (poiché ivi l'impresa aveva esercitato effettivamente la propria attività commerciale)⁽¹⁾, ma con sentenza

⁽¹⁾ Per quanto attiene alla sussistenza della competenza territoriale in capo al Tribunale di Bologna, quest'ultimo ne faceva un unico cenno in sentenza, laddove si legge che «la competenza del Tribunale di Ferrara, per converso, derivava da plurimi indizi, convincentemente ripresi dagli stessi accertamenti della G.D.F. (del 1994) e dal legame con altre società del gruppo Casillo». Per completezza, si rileva che è ormai principio assoluto in dottrina e giurisprudenza che per «sede principale» di cui all'art. 9 legge fallim., debba intendersi quella effettiva, sia essa corrispondente o meno a quella legale, con la quale, in assenza di prova contraria, è solo presuntivamente coincidente. MARIANNA GALIOTOT in *Codice del fallimento* a cura di Piero Pajardi, sub art. 9, Milano, 3^a ed., 1997, pag. 55 -, fa notare che «Le statistiche giurisprudenziali indicano come la regoletta apparentemente semplice che regge il sistema della competenza territoriale per la dichiarazione di fallimento, pur bandito ogni problema in ordine a competenza per valore ed a competenza per materia, ha provocato una sensibile produzione giudiziaria, anche se un'analisi approfondita denuncia scarsità di incertezze e quindi sembra una proliferazione di contenzioso artificiosa volta a far cadere per questa via la sentenza di fallimento in quanto dichiarata dal tribunale incompetente per territorio». Con riguardo alla presunzione relativa di corrispondenza della sede effettiva con la sede legale, v. Cassazione, sez. I, 10 febbraio 1996, n. 1044, in *Fallimento* 1996, 669; 10 aprile 1996, n. 3332, 1996, 995; 10 aprile 1996, n. 3333, ivi, 1996, 994; ivi, 6 aprile 1981, n. 1934; 24 febbraio 1982, n. 1421, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, fasc. 2; 11 febbraio 1987, n. 1483, in *Fallimento*, 1987, 934; Tribunale Roma, 6 febbraio 1991, in questa rivista, 1992, II, 316 (nota). Inoltre, v. Cassazione civile, sez. I, 24 aprile 1996, n. 3878, in *Fallimento*, 1996, 994, nella quale viene precisato che «... la presunzione di coincidenza della sede principale con la sede legale può essere vinta dalla prova del carattere meramente fittizio o formale di quest'ultima, ovvero dalla diversa ubicazione di tutte le attività di direzione o gestione dell'impresa societaria, o della loro parte più significativa...». La giurisprudenza si è pronunciata su una grande varietà di ipotesi, spesso tra loro divergenti solo per «sfumature», e comunque - ciò che qui interessa - individuando tutte univocamente la sede

dell'errata considerazione della sussistenza in Bologna della sede di effettivo esercizio dell'attività commerciale dell'impresa ivi dichiarata fallita, su iniziativa di parte. La competenza del Tribunale di Ferrara, per converso, derivava da plurimi indizi, convincentemente ripresi dagli stessi accertamenti della G.D.F. (del 1994) e dal legame con altre società del gruppo Casillo.

Invero il Tribunale di Bologna, emanando la impugnata sentenza, si era ritenuto competente in ragione di territorio coerentemente alla collocazione, in Bologna stessa, della sede legale della società Andalusia soc. a resp. lim. Il termine per il gravame dedotto doveva peraltro ritenersi – secondo l'attrice – rispettato, ex art. 327 cod. proc. civ., non avendo nel frattempo la

emessa in data 18 febbraio 1997, n. 477, il Tribunale di Bologna respinse l'opposizione giudicandola «inammissibile», reputando fondate le eccezioni pregiudiziali di rito formulate dalle parti convenute: infatti, la società aveva impropriamente utilizzato il mezzo di gravame di cui all'art. 18 legge fallim., avendo la stessa contestato unicamente il difetto di competenza

principale nella sede effettiva, ovvero nel luogo in cui l'imprenditore presta o ha prestato al momento della proposizione della domanda (in forza del principio della *perpetuatio jurisdictionis* ex art. 5 cod. proc. civ.) La propria attività ed, in particolare, nel «centro delle attività direttiva ed amministrativa della società medesima, ancorché non coincidente con la sede legale» (Cassazione civile, sez. I, 3 maggio 1979, n. 2555, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, fasc. 5; così anche Tribunale Roma, 17 giugno 1978, in *Fallimento*, 1979, 577), non ove «si svolge materialmente l'attività produttiva e dove sono gli stabilimenti e le fabbriche gestiti dalla società», bensì nel luogo in cui si trova il centro direttivo ed amministrativo della medesima (Cassazione, 18 dicembre 1980, n. 6552, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, fasc. 12; così anche I, 14 ottobre 1980, n. 5514, ivi, 1980, fasc. 10, e I, 28 giugno 1985, n. 3870, in *Fallimento*, 1985, 1252; v. anche 11 febbraio 1985, n. 1120, ivi, 1985, 918, nonché Appello Bologna, 13 maggio 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, 492, in cui la corte dispone che «in caso di discordanza tra sede legale e sede effettiva di una società, il tribunale territorialmente competente a dichiarare il fallimento è quello del luogo in cui effettivamente si svolge l'attività direttiva ed amministrativa di quest'ultima», che va individuato nel luogo ove «si svolge la prevalente attività» (Tribunale Roma, 23 luglio 1979, in *Tem. rom.*, 1979, 411; Tribunale Roma, 17 giugno 1978, cit.; Cassazione, I, 20 novembre 1982, n. 6266, in questa rivista, 1983, II, 695), «volta a raccogliere, coordinare ed organizzare i diversi fattori della produzione e che può non coincidere con quello in cui si riunisce l'assemblea dei soci o il consiglio di amministrazione» (30 dicembre 1981, n. 6780, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, fasc. 12; per quanto attiene alla irrilevanza del luogo in cui si riunisce l'assemblea dei soci o il consiglio di amministrazione v. anche, 30 dicembre 1981, n. 6780, in *Prev. soc.*, 1982, 1017; v. inoltre 24 novembre 1983, 7029, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, fasc. 10, che individua la sede effettiva, quale prevalente sulla sede legale, nel luogo ove «ricevono impulso tutti gli affari dell'impresa» che non va fatto coincidere «con quello in cui si svolgono più stipulazioni di contratti o si intrecciano più rapporti con le banche o con i terzi in genere o si trovano i beni dell'imprenditore»; sotto quest'ultimo profilo v. anche Cassazione, 18 ottobre 1986, n. 6134, in *Fallimento*, 1987, 799, e 14 maggio 1990, n. 4125, ivi, 1990, 1093, e 19 febbraio 1981, n. 1008, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, fasc. 2, che ritengono non decisivo il luogo in cui si trovano i beni aziendali o si svolge l'attività produttiva; v. infine, 28 giugno 1985, n. 3870, cit., che ritenendo irrilevante al fine dell'individuazione della sede effettiva l'ubicazione di stabilimenti e cantieri, ritiene «rilevante il riscontro del luogo in cui gli amministratori medesimi operino, si riuniscono, provvedano alla formazione e tenuta della prescritta contabilità», in quanto coincidente con il luogo in cui si svolge l'attività di direzione, organizzazione e coordinamento dell'impresa e dei suoi fattori produttivi. Similmente Cassazione, 14 settembre 1991, n. 9609, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, fasc. 9, che ha stabilito che la presunzione di coincidenza della sede legale con quella effettiva non può essere superata sulla sola base della diversità del luogo di riunione dell'assemblea dei soci, «non essendo questa l'organo di amministrazione della società»).

società mantenuto la notifica (nella sua interezza) della sentenza dichiarativa, ma solo del suo estratto.

2. Il Fallimento, costituendosi, contrastava nel merito l'eccezione di incompetenza (peraltro mai dedotta dal legale rappresentante nel corso dell'istruttoria prefallimentare ed altrimenti proponibile con l'apposito regolamento di competenza, anch'esso eluso nei suoi presupposti temporali) e comunque eccepiva l'assoluta tardività del rimedio impugnatorio svolto, del tutto intempestivo rispetto al consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di opposizione ex art. 18 legge fallim., l'attore, ben oltre l'affissione della sentenza (22 luglio 1994) e la comunicazione per estratto al legale rappresentante Angelo Casillo (per compiuta giacenza della r.a.r. il 25 agosto 1994) aveva notificato l'atto di citazione fuori da ogni termine desu-

«in nulla adducendo a proposito degli altri presupposti della sentenza dichiarativa di fallimento avversata» e così eludendo «il precetto della completezza impugnatoria»: a tal fine avrebbe, invece, dovuto proporre il regolamento di competenza facoltativo di cui all'art. 43 cod. proc. civ. (dal quale era, a parere del Tribunale di Bologna, in ogni caso già decaduto)⁽²⁾. Di poi, anche volendo giudicare l'opposizione alla sentenza dichiarativa del fallimento astrattamente ammissibile, non era stato rispettato il termine perentorio di quindici giorni per la proposizione della stessa.

2. In ordine all'utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 18 legge fallim. al fine di contestare la competenza territoriale del Tribunale di Bologna, occorre prender le mosse dalla costatazione che, per la risoluzione di questioni scaturenti da casi di conflitti di competenza, il legislatore non ha dettato una norma specifica propria alla materia fallimentare, limitandosi piuttosto ad operare un richiamo in via integrativa alle norme di diritto comune, ovvero al codice di procedura civile. Alla parte che intenda impugnare una sentenza che decide sulla competenza, il codice di procedura civile riserva la possibilità di promuovere il regolamento di competenza: l'art. 42, in particolare, disciplina il regolamento di competenza necessario, a cui deve ricorrere il legittimato che voglia chiedere una pronuncia definitiva su di una sentenza che abbia statuito unicamente sulla competenza, qualora, invece, sia stata emessa una sentenza che disponga anche nel merito, l'interessato può proporre il regolamento di competenza facoltativo, di cui all'art. 43 cod. proc. civ., salvo che non intenda contestare anche il merito. In tale ultimo caso deve, infatti, promuovere l'impugnazione ordinaria. Nella fattispecie, avendo l'opponente circoscritto la contestazione di cui all'atto introduttivo alla sola questione relativa alla competenza territoriale, e non avendo, quindi, dotato l'atto di opposizione di un diverso ed ulteriore contenuto impugnatorio, la Andalusia soc. a resp. lim.

⁽²⁾ È discusso se il termine per la proposizione del regolamento di competenza sia quello ordinario di trenta giorni previsto dalle norme del codice di procedura civile, ovvero se il termine coincida con quello breve, previsto dall'art. 19 legge fallim. per l'appello. La giurisprudenza si è per lo più pronunciata nel senso di considerare legittima la riduzione del termine a quindici giorni, ricordando le particolari esigenze delle procedure concorsuali ed onde evitare la formazione del giudicato. V. Cassazione, 24 novembre 1983, n. 7029, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Fallimento*, n. 160, 6 luglio 1988, n. 4426, in *ivi*, n. 251; 23 gennaio 1991, n. 622, in *Fallimento*, 1991, 600; 5 febbraio 1991, n. 1066, in *Foro it.*, 1991, I, 3357.

mibile dalla previsione dei quindici giorni, pur rimodellata in chiave di correttezza costituzionale dopo la sent. Corte Costituzionale, 27 novembre 1980, n. 151.

Parimenti l'altro convenuto, già creditore istante, deduceva la non ammissibilità del meno di gravame scelto dalla società fallita: avendo essa impugnato la sentenza solo quanto alla rilevata non competenza territoriale del Tribunale di Bologna era tenuta a svolgere il relativo regolamento di competenza *ex art. 43 cod. proc. civ.* e non l'altro mezzo, l'opposizione, deputato al riesame anche del merito. Anche per Credito Romagnolo soc. per az., in ogni caso, il termine era scaduto, dovendosi applicare l'art. 18 legge fallim. con la previsione dei quindici giorni. Quanto al merito la sentenza andava confermata, essendo privo di fondamento il rilievo sull'incompetenza per territorio.

avrebbe dovuto proporre regolamento di competenza facoltativo. Viceversa, avrebbe retta-mente esperito il procedimento di cui all'art. 18, legge fallim. se avesse impugnato la sentenza per motivi attinenti anche al merito⁽³⁾.

Legittimamente, pertanto, il Tribunale di Bologna ha accolto l'eccezione del creditore convenuto riconoscendo un « primo, radicale, vizio dell'opposizione spiegata, dovendosi applicare principi del tutto omogenei a quelli maturati in sede di limiti dell'appello e non potendosi convertire – avanti a questo giudice – il gravame proposto in regolamento di competenza ».

3. Per quanto attiene alla seconda delle questioni, che il collegio giudicante ha affrontato nel motivare la reiezione dell'opposizione, ovvero il mancato rispetto dei termini perentori previsti per la proposizione della stessa, occorre evidenziare quanto segue: l'art. 18 legge fallim. prevede che contro la sentenza dichiarativa del fallimento, il debitore o chi ne abbia interesse possa proporre opposizione nel termine di quindici giorni dall'affissione della sentenza. Tuttavia, come è noto, la Corte costituzionale⁽⁴⁾ ha riconosciuto illegittima la disposizione di cui all'art. 18, comma 1, legge fallim., per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui prevedeva che il termine di quindici giorni per proporre opposizione alla sentenza dichia-

⁽³⁾ Peralto, la suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi in ordine a tale quesito, ed ha espressamente puntualizzato che « quando la sentenza, sia di primo grado che di appello, che abbia pronunciato sulla competenza e sul merito, venga impugnata solo sulla competenza, l'unico rimedio esperibile è il regolamento di competenza ». V. Cassazione, sez. un., 25 novembre 1974, n. 3809; v. anche 13 ottobre 1986, n. 5978, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, fasc. 10.

⁽⁴⁾ Corte costituzionale, 27 novembre 1980, n. 151, in *Foro it.*, 1981, I, 2, e commentata in questa rivista, 1981, II, 5. Per completezza si fa presente che in un primo tempo la Corte costituzionale si era pronunciata sulla questione della sollevata incostituzionalità degli artt. 17 e 18 legge fallim. in rapporto all'art. 24 Cost. negando la fondatezza della stessa (Corte costituzionale, 22 novembre 1962, n. 93, in *Foro it.*, 1962, I, 2161; Corte costituzionale, 16 luglio 1970, n. 141, in *Foro it.*, 1970, I, 2038; Corte Costituzionale, 11 marzo 1971, n. 59, ivi, 1971, I, 1139; Corte costituzionale, 27 giugno 1972, n. 110, ivi, 1972, I, 1902; Corte costituzionale, 30 maggio 1977, n. 95, ivi, 1977, I, 1329 con nota di ANDRIOLI, in *Giur. cost.*, 1977, I, 905).

3. La causa istruita in via essenzialmente documentale con autorizzazione del giudice istruttore all'inoltro di memorie fuori udienza, perveniva infine all'udienza 21 novembre 1996 con la competenza ivi rimessa al collegio, che si riservava di deliberare sulle conclusioni delle parti come precisate in epigrafe, scaduto il termine di cui all'art. 190 cod. proc. civ.

Motivazione. Il tribunale ritiene l'opposizione inammissibile.

1. Il collegio rileva innanzitutto che dall'esame degli atti di causa e del fascicolo della procedura fallimentare a carico della impresa fallita (acquisito d'ufficio al presente processo) si evince che, riconosciuto dalla stessa Andalusia soc. a resp. lim., il mezzo proposto (qualificato *ex professo*, v. nota di

rativa di fallimento decorresse anche per il debitore dal giorno dell'affissione⁽⁵⁾). Con questo intervento, la Corte costituzionale ha, quindi, conferito maggior forza alla posizione del debitore offrendogli una tutela adeguata in vista delle conseguenze civili e penali del fallimento (in caso di mancata opposizione) e tenendo conto della circostanza che il meccanismo previsto dalla legge fallimentare potrebbe impedire al debitore di venire a conoscenza di tale sentenza, tuttavia, la Corte si è astenuta dallo stabilire quale dovesse essere considerato il momento utile per la decorrenza del termine in luogo di quello dell'affissione ed, anzi, ha rimesso al legislatore tale soluzione.

A seguito della pronuncia della Corte e come in tutti i casi in cui il legislatore non interviene a colmare le proprie o le altrui lacune, si sono creati in seno alla giurisprudenza ed alla dottrina diversi orientamenti, che possono essere raggruppati in due correnti principali: l'orientamento prevalente adotta una soluzione più garantista, reputando che il termine per proporre opposizione per il fallito debba decorrere dalla notificazione della sentenza dichiarativa fatta al debitore personalmente⁽⁶⁾, una parte minoritaria, invece, aderisce ad una tesi più ri-

⁽⁵⁾ Per ciò che riguarda le opposizioni proposte da terzi diversi dal fallito, sono stati fatti alcuni tentativi di ottenere una pronuncia di illegittimità costituzionale, ai quali, tuttavia, ha avuto seguito una risposta negativa. Pertanto, ad oggi, l'affissione continua a segnare il *dies a quo* per la proponibilità dell'opposizione da parte di tutti gli altri interessati, soggetti diversi dal debitore. V. Tribunale Milano, 16 marzo 1989, in *Rep. Foro it.*, 1990, *Fallimento*, n. 234; Corte costituzionale, 16 luglio 1987, n. 273, ivi, 1988, I, 30, nella cui nota vi è il richiamo ad altri precedenti 60.

⁽⁶⁾ La giurisprudenza di legittimità annota le seguenti pronunce: Cassazione, 7 novembre 1981, n. 5876, in *Mass. Foro it.*, 1981, 1195; 12 novembre 1981, n. 6000, in questa rivista, 1982, II, 322; Cassazione civile, sez. I, 29 aprile 1986, n. 2967, in *Fallimento*, 1986, 1197; 14 settembre 1991, n. 9609, in *Rep. Foro it.*, 1992, *Fallimento*, n. 27; 23 ottobre 1991, n. 11278, in *Foro it.*, 1992, I, 1473. Non sono mancate pronunce dei giudici di merito: Tribunale Milano, 7 marzo 1988, in *Fallimento*, 1988, 718; Tribunale Milano, 5 febbraio 1987, in *Rep. Foro it.*, 1987, *Fallimento*, n. 184; Tribunale Sassari, 25 ottobre 1986, in ivi, 1988, n. 246; Tribunale Roma, 6 novembre 1984, ivi, 1985, n. 208; Appello Torino, 7 aprile 1982, ivi, 1983, n. 188; Appello Bari, 7 novembre 1986, in *Fallimento*, 1986, 654; Tribunale Roma, 18 ottobre 1985, in *Fallimento*, 1985, 348; Tribunale Torino, 30 aprile 1986, in *Fallimento*, 1986, 1379; Tribunale Venezia, 20 ottobre 1985, ivi, 1985, 458. In dottrina: BALBI, *Il procedimento per dichiarazione di fallimento e il giudizio di opposizione*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 790; BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, Padova, 1986, 548; CARBONI, *Note in margine alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 18 legge fallim.*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 114 (mutando l'opinione precedentemente espressa in favore della decorrenza dalla comunicazione, *Profili di incostituzionalità dell'art. 18, I comma, della legge fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 217); CORRADINI, *Conoscibilità della sen-*

iscrizione a ruolo, quale «opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento») è stato introdotto avanti al Tribunale di Bologna:

— con contestazione circoscritta alla incompetenza territoriale del Tribunale di Bologna ed invece propria di quello di Ferrara;

— con atto notificato oltre il termine dei quindici giorni di cui all'art. 18 legge fallim. essendo stata la sentenza pubblicata per affissione, secondo tutte le formalità di cui all'art. 17 legge fallim., il 22 luglio 1994 e notificata (biglietto di cancelleria unito alla sentenza stessa per estratto ex art. 136 cod. proc. civ.) al legale rappresentante Angelo Casillo, con regolarità maturata ex art. 140 cod. proc. civ. il 24 agosto 1994 (e successiva legale no-

gorosa, sostenendo che il termine di quindici giorni per l'introduzione del giudizio di opposizione debba iniziare a decorrere dal giorno in cui il fallito riceve la comunicazione dell'estratto della sentenza dichiarativa, prevista dall'art. 17 legge fallim.: tale norma prevede che la sentenza dichiarativa del fallimento debba essere comunicata per estratto al debitore non più tardi del giorno successivo all'avvenuta decisione⁽⁷⁾.

A tutt'oggi, il panorama dottrinale e giurisprudenziale continua ad essere spaccato nei due filoni sopra citati. Il primo orientamento, ipotizzando il sistema ottimale di conoscenza della sentenza di fallimento da parte del debitore, considera che nel silenzio della legge si possa far riferimento unicamente alla notificazione della sentenza, una scelta diversa presenterebbe profili di illegittimità costituzionale perché ne verrebbe compromesso il diritto di difesa del debitore, in ragione del fatto che la semplice comunicazione dell'estratto priva il debitore della piena e completa conoscibilità. Tali conclusioni vengono ulteriormente rafforzate dal rilievo che, sempre nel silenzio della legge e partendo dal presupposto della natura di mezzo di impugnazione speciale riconosciuta al rimedio dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, occorre applicare la normativa del codice di rito e, pertanto, il principio di cui all'art. 326 cod. proc. civ. Tale disposto normativo, dettato in tema di decorrenza dei termini per l'impugnazione, stabilisce che i termini brevi decorrono dalla notificazione della sentenza. In mancanza di detta notificazione, l'opposizione dovrà essere proposta nel termine di

tenza dichiarativa di fallimento e dello stato passivo nella liquidazione coatta amministrativa alla luce dell'intervento della Corte costituzionale, in *Giur. comm.*, 1981, II, 727; CUNEO, *Le procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, Milano, 1988, p. 296; DIDONE, *L'opposizione al fallimento e l'art. 327 cod. proc. civ.*, in *Giust. civ.*, 1992, I, 472; FABIANI, *Il dies a quo nell'opposizione alla sentenza di fallimento*, in *Giur. merito*, 1989, 1175, nonché in nota a Cassazione, 9 luglio 1993, n. 7562, in *Foro it.*, 1994, I, 811; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1989, 243; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, 163 (nell'aggiornamento curato da BOGGIOLI); RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, pag. 94, nonché in *Affissione della sentenza e termini di impugnazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in questa rivista, 1981, II, 5; SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare* 1964, pag. 80, nonché in *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, pag. 80 (nell'aggiornamento curato da VACCARELLA e LUISO).

⁽⁷⁾ In giurisprudenza: Cassazione, 9 luglio 1993, n. 7562, in *Foro it.*, 1994, I, 811; sez. un., 3 giugno 1996, n. 5104, e commentata, da Giacalone in *Fallimento*, 1996, 1205. Tra la giurisprudenza di merito: Appello Roma, 30 ottobre 1990, in *Rep. Foro it.*, 1991, *Fallimento*, n. 248; Tribunale Bologna, 19 marzo 1988, *ivi*, 1989, n. 256; Tribunale Bologna, 3 ottobre 1984, *ivi*, 1985, n. 209. In dottrina: TEDESCHI, *Decorrenza del termine per l'opposizione del fallito alla sentenza di fallimento*, in *Nuove leggi civ.*, 1981, 364; LO CASCIO, in *Fallimento*, 1993, 1245.

tizzazione anche della relativa r.a.r., restituita al mittente cancelliere per effetto della c.d. compiuta giacenza ex art. 8 legge 220 novembre 1982, n. 890).

Il mezzo di gravame proposto, pur rappresentandosene l'alternatività rispetto al regolamento facoltativo di competenza, parimenti ammissibile se l'impugnante intende contestare il solo difetto di competenza, non ha rivestito che il contenuto di contrasto sul mero punto dell'incompetenza del Tribunale di Bologna, in nulla adducendo a proposito degli altri presupposti della sentenza dichiarativa di fallimento avversata. Con ciò appare eluso il precetto della completezza impugnatoria, riservata al rimedio ordinario

un anno dalla pubblicazione della sentenza, in base al disposto di cui all'art. 327 cod. proc. civ.⁽⁸⁾.

L'altro orientamento, a cui si richiama anche il Tribunale di Bologna nella sentenza in epigrafe, prende le mosse da una diversa ed opposta premessa, in quanto insiste sul rilievo che la materia fallimentare è del tutto speciale rispetto alle norme dettate per il processo ordinario di cognizione e che la sentenza dichiarativa del fallimento non è equiparabile alla ordinaria sentenza di cognizione per diverse ragioni. Questa teoria, infatti, sottolineando che la *ratio* del procedimento fallimentare è quella di accertare lo stato di insolvenza del debitore chiamato in contraddittorio («contenuto accertativo-dichiarativo dei requisiti soggettivo e oggettivo dell'insolvenza e costitutivo dello *status* di fallito»), nonché evidenziando la finalità ed il carattere pubblicistico dello stesso, giunge alla conclusione che non può ritenersi applicabile la normativa del codice di rito e, pertanto, deve ritenersi sufficiente il sistema di pubblicità apprestato dall'art. 17 legge fallim.

A sostegno di tale tesi, è stato rilevato che nella legge fallimentare appare normale l'utilizzazione della comunicazione, quale momento che segna la decorrenza del termine per il compimento di un'attività processuale, in quanto più consona al carattere ed alle esigenze di speditezza cui sono informati i relativi procedimenti, a scapito, pertanto, della notificazione che nella normativa fallimentare non è prescritta da alcuna disposizione, «né, quale atto di parte (285 cod. proc. civ.), positivamente stabilita nel caso di fallimento dichiarato d'ufficio (art. 6 legge fallim.)...»⁽⁹⁾.

A tali ultime considerazioni, viene obiettato che la comunicazione per estratto non può valere come termine *a quo* per il semplice fatto che sia un incombente già previsto dalla legge fallimentare e ignorato dal legislatore che aveva individuato nell'affissione il momento iniziale di decorrenza del termine per l'impugnativa e che la notificazione può essere richiesta dal creditore istante o dal curatore nell'interesse di rendere certi i rapporti giuridici connessi con il fallimento.

A tale proposito, infatti, propriamente taluno⁽¹⁰⁾ richiama l'autorevole insegnamento se-

⁽⁸⁾ Cassazione, I, 20 giugno 1991, n. 6979, in *Giust. civ.*, 1992, I, 469 con nota di DIDONE il quale evidenzia che in un primo tempo, immediatamente successivo alla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 1980, parte della dottrina (tra i quali A. PIZZORUSSO, *Osservazioni a Corte cost. 27 novembre 1980, n. 151*, in *Foro it.*, 1981, I, 3) riteneva applicabile all'opposizione al fallimento il solo termine annuale di cui all'art. 327 cod. proc. civ.

⁽⁹⁾ Cassazione, 9 luglio 1993, n. 7562, cit.

⁽¹⁰⁾ A. DIDONE, cit.

disciplinato dall'art.18 legge fallim. ed in effetti esperito, in contraddizione con l'oggetto vincolato di tale mezzo desumibile dalla generale previsione dell'art. 43 cod. proc. civ. Tale rilievo, tempestivamente eccepito dal convenuto Credito Romagnolo soc. per az. e d'ufficio comunque riscontrabile, configura un primo, radicale, vizio dell'opposizione (Cassazione, 29 marzo 1994, n. 3064): oltre i 15 giorni di cui agli artt. 18/19 legge fallim. si renderebbe definitiva la stessa sentenza dichiarativa di fallimento, il cui passaggio in giudicato per il merito della controversia renderebbe inapplicabile il sistema degli artt. 43-47-48 cod. proc. civ. (così, poi, Cass. 27 maggio 1995, n. 5917).

condo cui il codice di procedura civile, « quale legge generale in tema di controversie aventi per oggetto diritti di competenza di giudici ordinari, è presupposto di applicazione della legge fallimentare per la disciplina del concreto svolgimento dei processi di cognizione e dei procedimenti in camera di consiglio, previsti nella legge stessa »⁽¹¹⁾, ed evidenzia che tale insegnamento è stato recepito dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 151 del 1980, con la quale, in motivazione, ha affermato che anche in relazione alla legge fallimentare il codice di procedura civile « non cessa di essere la legge generale della giurisdizione dei diritti ».

Nella fattispecie in esame, il Tribunale di Bologna, richiamandosi alla pronuncia dei giudici di legittimità⁽¹²⁾, nonché alla « giurisprudenza decennale », ha aderito all'orientamento minoritario ed ha, quindi, ritenuto tardiva la domanda essendo stata la comunicazione di cancelleria effettuata regolarmente ed essendo il termine perentorio di quindici giorni abbondantemente decorso tra la comunicazione di cancelleria e la proposizione della domanda.

A mio parere è consentito discostarsi dall'orientamento fatto proprio dalla sentenza qui annotata per le ragioni che qui di seguito mi accingo ad esporre. Infatti, la questione deve essere risolta facendo perno sui principi generali in tema di rapporti tra le leggi, per cui, in carenza di una apposita disposizione normativa (che nella fattispecie si è creata a seguito dell'intervento della Corte costituzionale dell'81), occorre far ricorso alla disciplina generale ovvero, nel caso *de quo*, a quella dettata dal codice di procedura civile che, all'art. 326, individua il momento di decorrenza del termine breve nella notifica della sentenza.

D'altra parte, la teoria contraria fa leva su una premessa di contenuto innegabile ma dalla quale trae delle conclusioni alquanto discutibili: se è vero – come è – che la materia fallimentare è da considerare del tutto speciale rispetto alla normazione dettata per il processo ordinario di cognizione, non può da ciò dedursi – come invece si deduce – l'inapplicabilità della legge generale a quella speciale quando quest'ultima diversamente non disponga! La specialità della legge fallimentare rispetto a quella generale comporta unicamente la conseguenza che al processo ordinario di cognizione non possano essere applicate le norme dettate in materia fallimentare, ma non certamente l'ipotesi contraria, ovvero che al procedimento fallimentare non possano essere applicate le norme del rito ordinario!

Inoltre, tutte quelle obiezioni che intendono negare la legittimità di tale approccio, oltre a prendere le mosse dalla premessa di cui sopra (che, appunto, in sé e per sé è di indubbia

⁽¹¹⁾ ANDRIOLI, *Fallimento*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pag. 266.

⁽¹²⁾ Cassazione, sez. un., 3 giugno 1996, n. 5104, cit.

2. Il principio dell'astratta ammissibilità, avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, dell'opposizione, intesa quale strumento di verifica, alla stregua di un motivo di revoca, della incompetenza presupporrebbe peraltro, oltre al diverso e più lato contenuto impugnatorio, almeno la coerenza con il rispetto della perentorietà dei termini. Nella fattispecie essi sono stati elusi, aderendo questo collegio, come da giurisprudenza decennale, all'indirizzo anche recentemente ribadito dai giudici di legittimità (Cassazione, sez. un., 3 giugno 1996, n. 5104) per cui il *dies a quo* decorre, per il fallito, dalla maturazione di un evento complesso: la sua formazione è integrata dall'affissione della sentenza e dalla comunicazione per estratto della sentenza dichiarativa di fallimento. Il regime originario dell'art.18 legge fallim., solo parzialmente modificato dalla cit. Corte costituzionale, 151/80, non è mutato quanto alla durata del termine (perentorio e non sospeso durante il pe-

validità, ma dalla quale vengono tratte conseguenze del tutto contrarie ai principi generali sui rapporti tra le leggi), insistono anche sulla incompatibilità tra i due diversi meccanismi processuali. A tale proposito, vorrei sottolineare che non occorre essere un luminaire del diritto per comprendere che esistono dei problemi di interazione e coordinamento tra le due discipline, tuttavia tengo anche ad evidenziare che tale genere di problematiche a volte, anzi spesso, si pongono anche all'interno di una stessa legge. L'esistenza di tali incongruità non può certo spingere l'interprete a negare l'esistenza di una norma!

Pertanto, in attesa di un intervento legislativo *ad hoc* che elimini le discrasie tecniche o che comunque disponga in materia, devono essere applicate le norme di cui al codice di procedura civile e, quindi, in assenza di notifica della sentenza, occorre attendere il decorso del termine lungo di cui all'art. 327, comma 1, cod. proc. civ.

4. Infine, è dovuto il rilievo, seppure per sommi capi⁽¹³⁾, di un'ulteriore questione che emerge dalla sentenza e che si palesa tra le eccezioni formulate dal fallimento: quest'ultimo adduceva, tra le altre la circostanza che l'eccezione di incompetenza territoriale non era stata « peraltro mai dedotta dal legale rappresentante (della società poi dichiarata fallita) nel corso dell'istruttoria prefallimentare ». Tale inciso conduce, infatti, ad uno dei molteplici problemi di coordinamento che sono sorti a seguito della novellazione del codice di procedura civile, avvenuta con l. 26 novembre 1990, n. 353: poiché l'art. 38 cod. proc. civ., come novellato, limita il rilievo, anche ufficioso, dell'incompetenza per materia e territorio inderogabile *ex art. 28 cod. proc. civ.*, nell'ambito della prima udienza di trattazione, l'interprete si è chiesto se tale disposizione sia applicabile alla materia fallimentare, ed, in caso di risposta positiva, quali debbano essere le modalità di applicazione della norma alla disciplina del fallimento.

In ordine al preliminare quesito, relativo all'applicabilità del citato articolo, si sono formate varie correnti in dottrina: alcuni esponenti ne sostengono la generale applicabilità⁽¹⁴⁾, altri ne limitano il campo di applicazione alle sole ipotesi in cui si inserisca un processo di

⁽¹³⁾ Per un'esauriente trattazione v. BRIAN, *Procedure concorsuali e nuovi principi in materia di competenza*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 481-500.

⁽¹⁴⁾ TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, pag. 25, nota 33, il quale, comunque, formula tale teoria con la riserva di non aver esaminato approfonditamente la questione. Per le diverse chiavi di lettura di tale affermazione, v. BRAN, *op. loc. cit.*

riodo feriale), ma solo con riguardo alla sua iniziale decorrenza che, per il debitore (ed a differenza della generalità degli interessati), esige ora una effettività di conoscenza attuabile aggiungendo all'affissione la comunicazione di cancelleria prevista dall'art. 17 legge fallim., nella presente vicenda attuata regolarmente. Le peculiarità della procedura concorsuale (carattere pubblicistico, speditezza dell'accertamento, officiosità del rito) e la tipicità della sentenza di fallimento (diversa da un'ordinaria sentenza di cognizione, poiché a contenuto accertativo-dichiarativo dei requisiti soggettivo e oggettivo dell'insolvenza e costitutivo dello *status* di fallito) reagiscono dunque sul regime delle impugnazioni, riflettendo esigenze di celerità e stabilità ritenute compatibili con il diritto di difesa (pur garantisticamente ampliato) del debitore.

cognizione⁽¹⁵⁾; altri ancora, invece, ne adombrano la sostanziale disapplicazione all'intera materia concorsuale⁽¹⁶⁾.

Le diverse posizioni traggono origine dalle divergenti motivazioni in base alle quali è stato attribuito il carattere di inderogabilità alla competenza del tribunale fallimentare: chi nega l'applicabilità dell'art. 38 cod. proc. civ., configura tale competenza quale avente natura funzionale⁽¹⁷⁾ e sostiene che proprio da tale natura deriva direttamente alla stessa il carattere della inderogabilità, senza necessità alcuna di espressa previsione; chi, invece, reputa che tale competenza rientri tra quelle territorialmente inderogabili, specificamente previste dall'art. 28 cod. proc. civ.⁽¹⁸⁾, considera applicabile l'art. 38 cod. proc. civ. al procedimento fallimentare. La soluzione «intermedia» ha preferito sostenere che «la norma – in tutti i suoi commi – sia destinata ad operare solo dove il rilievo dell'incompetenza possa condurre ad una *translatio iudicii*, e che essa non ponga termini preclusivi per i processi nei quali l'incompetenza funga da ragione di inammissibilità: salvo l'onere della deduzione nelle forme e nei termini previsti dall'art. 38, quando su tali procedimenti possa inserirsi un processo di cognizione (negli esempi fatti, opposizione agli atti esecutivi, opposizione a fallimento)».

In ogni caso, lo studioso del diritto che anche superi lo scoglio di tale preliminare questione nel senso di reputare applicabile l'art. 38 al procedimento fallimentare e col quale mi sento di concordare per le stesse ragioni per cui considero applicabili gli artt. 326 e 327 cod. proc. civ. alla *subiecta materia*, deve poi cimentarsi a fornire un'interpretazione adeguatrice della norma al fine di risolvere i problemi relativi alle modalità di applicazione della stessa: in particolare, la difficoltà consiste nell'identificare il momento in cui scatta la preclusione

⁽¹⁵⁾ FABIANI, *Prime impressioni su alcune interferenze fra la riforma del codice di procedura civile e la legge fallimentare*, in *Foro it.*, 1991, I, 2170, in cui prospetta l'ipotesi di una «sostanziale disapplicazione della riforma ai procedimenti concorsuali».

⁽¹⁶⁾ Come è noto, la categoria della competenza funzionale fu creata da Chiovenda.

⁽¹⁷⁾ L'affermazione ha trovato differenti giustificazioni: dalla facoltà del pubblico ministero di promuovere la dichiarazione di fallimento di cui agli artt. 6 legge fallim. e 70, comma 1, cod. proc. civ.; dalla natura esecutiva della procedura fallimentare; dalla circostanza che la dichiarazione di fallimento scaturisce da un procedimento sommario in camera di consiglio. In ordine a tali impostazioni, v. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit. in nota 6, e PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993.

⁽¹⁸⁾ Discrezionalità che è venuta meno solo in ordine alla obbligatorietà della convocazione del debitore a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale con sentenza del 16 luglio 1970, n. 141, in questa rivista, 1970, II, 601.

Il carattere recente e chiarificatore del citato arresto dei giudici di legittimità non rende attuale una rimeditazione di ortodossia costituzionale del cennato indirizzo, quale sollecitata negli atti conclusivi dell'attrice. La comunicazione della sentenza, dunque, appare del tutto idonea, all'interno del sistema speciale del diritto fallimentare, a far conoscere (attuandosi tra l'altro *ex officio*) al debitore l'accertata insolvenza, restando il termine lungo di cui all'art. 327 cod. proc. civ. interferente con tale settore solo per l'ipotesi (smentita nella vicenda di causa) di omesso adempimento di cancelleria *ex art. 17 legge fallim.*

Tutte le istanze istruttorie dedotte, trovano, conseguentemente assorbimento reietivo in relazione alla pregiudiziale questione già affrontata. (*Omissis*).

e, quindi, più precisamente, nell'individuare la «prima udienza di trattazione» all'interno della procedura fallimentare.

Il Bran affronta tale problematica analizzando, innanzitutto, la funzione dell'udienza di trattazione nell'ambito che le è proprio (del processo ordinario di cognizione), nonché tentando di individuarne la collocazione nella vita stessa del processo e concludendo per la soluzione in base alla quale la decadenza matura «solo ove vi sia stato instaurato un corretto contraddittorio tra le parti interessate».

Così, l'autore prosegue evidenziando che il *limen litis* nel fallimento «conosce, in astratto, tre possibili soluzioni, che vanno dalla convocazione del fallendo alla presenza del collegio o del giudice all'uopo delegato, fino alla prima udienza del giudizio d'opposizione al fallimento, passando attraverso la camera di consiglio in cui il tribunale dichiara il fallimento».

Previa analisi delle suddette fasi, esclude la possibilità che la preclusione si verifichi nella fase prefallimentare in ragione della informalità e discrezionalità dell'audizione del debitore⁽¹⁹⁾, nonché dell'assenza dei poteri in capo al giudice predelegato che non potrebbe far altro che riferire al collegio «sull'insorta questione senza, però avere la facoltà di adottare autonomamente alcun provvedimento»⁽²⁰⁾; nega anche che questa si realizzi nella fase successiva della camera di consiglio in quanto comunque il contraddittorio in questa circostanza non può dirsi perfetto, poiché non vi è garanzia che in sede di declaratoria intervengano tutti i soggetti interessati, successivamente legittimati dall'art. 18 legge fallim. a proporre opposizione. Conclude, pertanto, che «un'applicazione della norma rispettosa della lettera e fedele alla *ratio*» porta a considerare la realizzazione della preclusione nell'ambito della prima udienza di trattazione del processo di opposizione al fallimento⁽²¹⁾.

FEDERICA MONTESI
Avvocato in Bologna

⁽¹⁹⁾ BONSIGNORI, op. ult. cit., pag. 536, sostiene che non si possa attribuire all'apertura del fallimento natura di processo di cognizione ordinaria.

⁽²⁰⁾ BRAN, op. cit., pag. 496. Secondo DIMUNDO, in *Diritto fallimentare*, coordinato da LO CASCIO, Milano, 1996, la mancanza della prima udienza di trattazione nel procedimento prefallimentare, impone la fissazione del limite preclusivo fino alla decisione in camera di consiglio.

⁽²¹⁾ DI MUNDO, op. loc. cit.