



17367/12

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Fallimento

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 26148/2009

PRIMA SEZIONE CIVILE

R.G.N. 26593/2009

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Cron. 17362

- Dott. DONATO PLENTEDA - Presidente - Rep. C.I.
- Dott. ALDO CECCHERINI - Consigliere - Ud. 08/05/2012
- Dott. MARIA ROSARIA CULTRERA - Rel. Consigliere - PU
- Dott. MARIA CRISTINA GIANCOLA - Consigliere -
- Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 26148-2009 proposto da:

FALLIMENTO BAZIA GARDENS S.R.L. - PALANO & FIGLI S.R.L. - DITTA PALANO ANTONIO (P.I. 00532710837), in persona del Curatore prof. avv. MASSIMO BASILE, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA MICHELE MERCATI 51, presso l'avvocato BRIGUGLIO ANTONIO, che lo rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;

- **ricorrente** -

**contro**

MARINA DI PORTOROSA S.R.L. (C.F./P.I. 01756210835), in

2012

710

persona del legale rappresentante pro tempore,  
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA AUGUSTO AUBRY  
3, presso l'avvocato NICOLOSI FLAVIO, rappresentata e  
difesa dall'avvocato BRIGUGLIO CARMELO, giusta procura  
a margine del controricorso;

**- controricorrente -**

**contro**

BAZIA GARDENS S.P.A., ASSESSORATO TERRITORIO ED  
AMBIENTE DELLA REGIONE SICILIANA, ASSESSORATO ALLE  
FINANZE DELLA REGIONE SICILIANA;

**- intimati -**

Nonché da:

BAZIA GARDENS S.P.A. IN FALLIMENTO (c.f. 80005930823),  
in persona del legale rappresentante pro tempore,  
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA LAZIO 9, presso  
l'avvocato CIAPPONI MARCO, rappresentata e difesa  
dagli avvocati NOSCHESE ROBERTO, GUERRERA FABRIZIO,  
FALZEA ANGELO, giusta procura in calce al  
controricorso e ricorso incidentale;

**- controricorrente e ricorrente incidentale -**

**contro**

ASSESSORATO DEL TERRITORIO E DELL'AMBIENTE DELLA  
REGIONE SICILIANA, ASSESSORATO DELLE FINANZE DELLA  
REGIONE SICILIANA, in persona dei rispettivi legali  
rappresentanti pro tempore, domiciliati in ROMA, VIA

DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che li rappresenta e difende ope legis;

MARINA DI PORTOROSA S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA AUGUSTO AUBRY 3, presso l'avvocato NICOLOSI FLAVIO, rappresentata e difesa dall'avvocato BRIGUGLIO CARMELO, giusta procura a margine del controricorso al ricorso incidentale;

**- controricorrenti al ricorso incidentale -**

**contro**

FALLIMENTO BAZIA GARDENS S.R.L. - PALANO & FIGLI S.R.L. - DITTA PALANO ANTONINO;

**- intimato -**

Nonché da:

ASSESSORATO DEL TERRITORIO E DELL'AMBIENTE DELLA REGIONE SICILIANA, ASSESSORATO DELLE FINANZE DELLA REGIONE SICILIANA, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, domiciliati in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che li rappresenta e difende ope legis;

**-controricorrenti e ricorrenti incidentali -**

**contro**

FALLIMENTO BAZIA GARDENS S.R.L. - PALANO & FIGLI S.R.L. - DITTA PALANO ANTONINO, BAZIA GARDENS S.P.A., MARINA DI PORTOROSA S.R.L.;

- intimati -

sul ricorso 26593-2009 proposto da:

BAZIA GARDENS S.P.A. IN FALLIMENTO (c.f. 80005930823),  
in persona del legale rappresentante pro tempore,  
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA LAZIO 9, presso  
l'avvocato CIAPPONI MARCO, rappresentata e difesa  
dagli avvocati NOSCHESI ROBERTO, GUERRERA FABRIZIO,  
FALZEA ANGELO, giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

**contro**

MARINA DI PORTOROSA S.R.L., in persona del legale  
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata  
in ROMA, VIA AUGUSTO AUBRY 3, presso l'avvocato  
NICOLOSI FLAVIO, rappresentata e difesa dall'avvocato  
BRIGUGLIO CARMELO, giusta procura a margine del  
controricorso;

- controricorrente -

**contro**

ASSESSORATO TERRITORIO ED AMBIENTE DELLA REGIONE  
SICILIANA, ASSESSORATO ALLE FINANZE DELLA REGIONE  
SICILIANA, BASILE MASSIMO;

- intimati -

Nonché da:

FALLIMENTO BAZIA GARDENS S.R.L. - PALANO & FIGLI  
S.R.L. - DITTA PALANO ANTONIO (P.I. 00532710837), in

persona del Curatore prof. avv. MASSIMO BASILE,  
elettivamente domiciliato in ROMA, VIA MICHELE MERCATI  
51, presso l'avvocato BRIGUGLIO ANTONIO, che lo  
rappresenta e difende, giusta procura a margine del  
controricorso e ricorso incidentale;

**- controricorrente e ricorrente incidentale -**

**contro**

ASSESSORATO DEL TERRITORIO E DELL'AMBIENTE DELLA  
REGIONE SICILIANA, ASSESSORATO DELLE FINANZE DELLA  
REGIONE SICILIANA, in persona dei rispettivi legali  
rappresentanti pro tempore, domiciliati in ROMA, VIA  
DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO  
STATO, che li rappresenta e difende ope legis;

MARINA DI PORTOROSA S.R.L., in persona del legale  
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata  
in ROMA, VIA AUGUSTO AUBRY 3, presso l'avvocato  
NICOLOSI FLAVIO, rappresentata e difesa dall'avvocato  
BRIGUGLIO CARMELO, giusta procura a margine del  
controricorso al ricorso incidentale;

**- controricorrenti al ricorso incidentale -**

**contro**

BAZIA GARDENS S.R.L. IN FALLIMENTO;

**- intimata -**

avverso la sentenza n. 525/2009 della CORTE D'APPELLO  
di MESSINA, depositata il 21/07/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 08/05/2012 dal Consigliere Dott. MARIA  
ROSARIA CULTRERA;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato ANTONIO BRIGUGLIO  
che ha chiesto l'accoglimento dei propri ricorsi;

udito, per la controricorrente Marina di Portorosa,  
l'Avvocato CARMELO BRIGUGLIO che ha chiesto il rigetto  
dei ricorsi;

uditi, per la controricorrente e ricorrente  
incidentale Soc. Bazia Gardens in fallimento, gli  
Avvocati PAOLO FALZEA e FABRIZIO GUERRERA che hanno  
chiesto l'accoglimento dei propri ricorsi (e viene  
sollevata questione di legittimità costituzionale -  
violazione art.6 CEDU);

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. VINCENZO GAMBARDELLA che ha concluso  
per il rigetto dei ricorsi (princ. e inc.).

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con citazione del 4 luglio 1996 la società La Bazia Gardens s.p.a. in persona del suo amministratore in carica, già dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Messina pronunciata l'8 marzo 1994, citò innanzi al Tribunale del medesimo capoluogo l'Assessorato Territorio e Ambiente del Comune di Messina e l'Assessorato delle Finanze della Regione Sicilia, ed espose che il 23 giugno 1984 il capo del Compartimento Marittimo di Messina in rappresentanza dell'Assessorato Regionale convenuto ed il dott. Antonio Porcino, in rappresentanza di essa attrice, avevano sottoscritto atto di sottomissione con cui il primo le aveva dato in concessione specchi d'acqua, spiagge ed arenili ed un'area di sua proprietà per la realizzazione di un complesso turistico attorno ad un costruendo porto turistico denominato Portorosa. Sostenendo che, dopo aver realizzato le opere, aveva subito irreparabili danni provocati dall'ingiustificato ritardo dell'ente regionale nel rilascio delle autorizzazioni richieste dal'IRFIS per la concessione di un finanziamento agevolato dell'importo di lire 15 miliardi, che ne aveva causato la perdita e quindi una grave crisi di liquidità che era sfociata nella dichiarazione di fallimento, pronunciata nei suoi confronti dal medesimo Tribunale in data 8 marzo 1994; affermando altresì la propria legittimazione ad agire in

considerazione dell'inerzia del curatore fallimentare, che inutilmente aveva sollecitato all'azione risarcitoria nei confronti della Regione Sicilia e di quella volta a far dichiarare che l'area aveva mantenuto la sua originaria natura privata, laddove era stata invece acquisita al patrimonio della Regione senza peraltro il previo decorso del termine di 50 anni previsto per il rapporto concessorio nell'atto di sottomissione, chiese: 1.- dichiararsi che l'area era rimasta in sua proprietà a mente degli artt. 822 c.c. e 28 cod. nav. con conseguente condanna degli assessorati al rilascio; che nessun acquisto al demanio marittimo si era realizzato; che le amministrazioni convenute fossero condannate al ristoro del danno subito per la sottrazione dell'area, per aver cagionato il suo stato d'insolvenza ed il conseguente fallimento, ascrivibile in particolare dalla Regione che, ancor prima del fallimento, aveva tenuto un comportamento tale da determinare implicitamente un effetto analogo alla revoca della concessione, senza però instaurare un procedimento di decadenza; in subordine che fosse riconosciuto il suo diritto all'indennizzo relativo ad un indebito arricchimento della Regione Sicilia. Le amministrazioni convenute si costituirono per resistere nel merito all'avversa domanda, eccependo preliminarmente la carenza di capacità processuale della società attrice, sull'assunto



che gli organi fallimentari non erano rimasti inerti, ma avevano espresso valutazione negativa circa la convenienza dell'azione. In via riconvenzionale chiesero dichiararsi l'appartenenza al demanio marittimo delle aree in discorso. Si costituirono spiegando intervento sia la società Marina di Portorosa s.r.l., concessionaria della gestione del porto turistico Portorosa, che eccepì preliminarmente il difetto di legittimazione attiva della società attrice e nel merito contestò la domanda, sia il curatore. Questi negò la propria inerzia nell'individuazione dei crediti azionabili in favore della procedura connessi alla demanializzazione di fatto delle opere realizzate dalla società fallita nelle aree oggetto della concessione, e nel merito contestò la fondatezza delle domande riconvenzionali ; dedusse l'inammissibilità delle domande di condanna della società fallita, perché assoggettate al rito della verifica dello stato passivo; chiese infine che si accertasse l'appartenenza alla massa attiva dei beni realizzati e delle aree indicate come demaniali, e che le amministrazioni convenute fossero condannate al pagamento dell'indennizzo ovvero al risarcimento dei danni. Dichiarò inoltre di aderire alla domanda cautelare formulata in corso di causa dalla società attrice.

Il Tribunale di Messina con sentenza n. 484/2006 dichiarò la legittimazione della società attrice, in quanto

mantenuta inalterata pur dopo la costituzione in giudizio del curatore, intervenuta a circa sei anni dall'introduzione della lite; dichiarò la natura demaniale dei beni; dichiarò l'improcedibilità delle domande risarcitorie delle amministrazioni convenute, e rigettò la domanda principale nel merito..

La società Bazia Gardens propose appello alla Corte d'appello di Messina. Le amministrazioni convenute impugnarono a loro volta la sentenza in via incidentale, deducendo anzitutto l'inammissibilità dell'appello in ragione sia della carenza della legittimazione processuale dell'ex amministratore della società, sia della carenza della legittimazione suppletiva della stessa società fallita, venuta meno a seguito della costituzione in giudizio del curatore fallimentare, intervenuto in giudizio per far propria la domanda della fallita. Nel merito dedussero la correttezza dell'impugnata sentenza. Le altre parti ritualmente costituite, associatesi all'eccezione, si difesero nel merito.

La Corte d'appello, con sentenza n. 525 depositata il 21 luglio 2009, ha dichiarato inammissibile l'appello della società ed analogo pronuncia ha adottato in ordine all'appello incidentale del curatore fallimentare, così qualificata la sua costituzione in giudizio. Ha inoltre

respinto nel merito l'appello incidentale delle amministrazioni regionali.

La statuizione è stata impugnata dal curatore fallimentare con ricorso per cassazione articolato in quattro motivi. La società Bazia Gardens ha fatto proprie le censure con controricorso contenente ricorso incidentale, ed ha altresì proposto proprio autonomo ricorso. Hanno resistito con controricorso l'Assessorato del Territorio e dell'Ambiente della Regione Sicilia e l'Assessorato delle Finanze della Regione Sicilia spiegando ricorso incidentale condizionato, nonché la società Marina di Portorosa. La società Bazia Gardens ha resistito con controricorso al ricorso incidentale dell'amministrazione regionale. Le parti hanno depositato memorie a mente dell'art. 378 c.p.c..

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso del fallimento è affidato ai motivi articolati nei sensi che seguono:

1°.- Si deduce violazione degli artt. 75 c.p.c., 1399 c.c., 343 e 347 c.p.c. e correlato vizio di motivazione. La censura è indirizzata avverso la declaratoria d'inammissibilità dell'appello proposto dalla società fallita, assunta in ragione dell'asserito difetto di capacità processuale che, originariamente sussistente in ragione dell'inerzia della curatela fallimentare ma venuta

meno per effetto dell'intervento da tale organo spiegato nel giudizio di primo grado, sarebbe comunque stato sanato per effetto di tale iniziativa assunta dal curatore in fase d'appello, che, avendo natura adesiva, aveva comportato la ratifica dell'attività processuale svolta dalla società fallita, ratifica ammessa in tesi a lume della giurisprudenza citata- Cass. nn. 272/1998, 20913/2005 e 5135/2005-, e quindi sanato quel difetto. La Corte del merito non avrebbe rilevato che il curatore con la comparsa in appello aveva chiesto l'accoglimento dell'impugnazione principale aderendovi, in tal modo manifestando la volontà di ratificare l'iniziativa processuale della fallita che, legittimato all'appello in quanto parte processuale nel precedente grado di giudizio, aveva perso la legittimazione processuale a causa dell'intervento della procedura per mezzo del curatore, che ha assunto il processo nello stato in cui si trovava in virtù di una successione dei poteri processuali del fallito. Né in simile evenienza la curatela era onerata della proposizione di appello incidentale. Il difetto di motivazione riguarderebbe infine l'omesso rilievo del fatto processuale costituito dalla ratifica sanante intervenuta nei sensi indicati.

Il conclusivo quesito riassume la questione posta chiedendo se in fattispecie in cui il fallito, ritenuto privo di capacità processuale, abbia proposto appello, la

costituzione con comparsa integralmente adesiva del curatore fallimentare comporti la ratifica dell'attività processuale del fallito, seppur la stessa comparsa non sia stata depositata nel termine previsto per l'appello incidentale.

La controricorrente società Marina di Portorosa replica alla censura deducendone infondatezza. Osserva che il curatore, in quanto parte del giudizio di primo grado, non aveva l'onere di far propria l'impugnazione della società fallita ma quello d'impugnare a sua volta la decisione del tribunale con appello incidentale, nei termini di legge. Contesta che la curatela fallimentare abbia espresso volontà di ratifica, in quanto non ha fatto propria l'impugnazione principale, ma ne ha solo chiesto l'accoglimento, sia che possa ipotizzarsi la ratifica che opera in caso di attività compiuta dal *falsus procurator* in campo sostanziale non processuale cass. n. 5175/2005.

Le amministrazioni regionali, premessa eccezione d'inammissibilità del ricorso per difetto del requisito dell'autosufficienza, replicano per l'infondatezza della censura osservando che la scelta del curatore di non impugnare la sentenza di primo grado è frutto di consapevole valutazione.

2° .- si deduce violazione degli artt. 99, 323 e 75 c.p.c. e degli artt. 42 e 43 legge fall.. Il denunciato vizio si anniderebbe nell'affermazione secondo cui sarebbe venuta meno nel giudizio di primo grado la capacità suppletiva della fallita in seguito alla costituzione del curatore, carenza non più rilevabile per essersi formato il giudicato interno in ordine alla qualificazione di parte processuale formale e sostanziale espressa nella decisione del tribunale, per l'effetto legittimata all'impugnazione. Il curatore, intervenendo nel giudizio di primo grado, non si era sostituito all'attrice, che difatti non era stata estromessa; nessuna delle parti del resto si era doluta, né in primo grado né con impugnazione, della mancata estromissione. La capacità processuale della fallita comunque doveva essere scrutinata "ex novo" dalla Corte d'appello, in relazione all'inerzia del curatore nell'impugnazione. Comunque il difetto non era rilevabile d'ufficio né deducibile dalle altre parti processuali, ma su esclusiva eccezione del curatore che non ebbe a dedurla.

Il conclusivo quesito di diritto chiede se, in fattispecie in cui il fallito abbia introdotto giudizio nell'inerzia del curatore e la sua capacità non sia stata esclusa, dunque implicitamente affermata dalla sentenza di merito pur dopo la costituzione del curatore in quel grado, possa il fallito, in quanto parte processuale e sostanziale,

impugnare in via principale quella sentenza sulla base della sua legittimazione all'impugnazione senza che rilevi, ai fini di sopravvenuta carenza della legittimazione, l'intervento della curatela nel giudizio di primo grado.

La resistente società Marina di Portorosa deduce infondatezza del motivo rilevando la contraddittorietà della censura con quella esposta nel precedente mezzo, che darebbe atto della perdita della capacità processuale della fallita. Ad ogni buon conto contesta che il silenzio della decisione di primo grado in ordine alla sopravvenuta perdita della capacità processuale della fallita implichi necessariamente l'affermazione della sua perdurante sussistenza. Sarebbe il contrario, tanto desumendosi dall'enunciato espresso nella pronuncia della Cassazione n. 1396/2003 che assume tale perdita a seguito del concreto esercizio del potere di stare in giudizio da parte del curatore. Comunque, non risultando la questione effettivamente trattata dal Tribunale, perché assorbita, non si è su di essa formato il giudicato interno. Rileva infine che il difetto della capacità processuale della fallita venne fatto segno di specifica eccezione da essa sollevata nella comparsa di costituzione in appello, nonché dedotta dagli assessorati, che rilevarono l'inapplicabilità del disposto dell'art. 43 legge fall. non essendo riscontrabile l'inerzia del curatore fallimentare.

3°.- si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c. e degli artt. 42 e 43 legge fall. per ribadire che, sulla perdurante legittimazione processuale di essa fallita pur dopo l'intervento spiegato nel giudizio di primo grado dal curatore fallimentare, si era formato il giudicato interno-Cass. s.u. n. 24883/2008-. In ogni caso, era compito della Corte territoriale verificare se la capacità processuale del fallito, venuta meno in primo grado, si fosse riacquistata per l'inerzia del curatore nel proporre l'appello.

Il complesso quesito di diritto chiede: 1.- se, ammesso anche per le questioni di rito, si sia formato giudicato interno sulla capacità processuale del fallito allorché il giudice non ne abbia dichiarato la carenza pur dopo l'intervento in causa del curatore fallimentare, con conseguente operatività dell'effetto preclusivo in ordine alla questione ed al correlato scrutinio sull'ammissibilità dell'appello; 2a.- se la capacità processuale vada verificata in appello in relazione a fatti sopravvenuti, sì che possa ritenersi che la capacità processuale, venuta meno in primo grado, possa ritenersi riacquistata dopo la definizione di questa fase, e 2b.- se tale ipotesi ricorra in relazione all'inerzia del curatore nel proporre impugnazione avverso la decisione sfavorevole.



La resistente Marina di Portorosa deduce l'infondatezza della censura richiamando il precedente della Cassazione n. 15783/2005 di cui la Corte del merito avrebbe fatto corretta applicazione.

4°- si deduce violazione degli artt. 42 e 43 legge fall. 75 e 112 c.p.c., e vizio di motivazione. Il difetto di capacità processuale della fallita non è rilevabile d'ufficio né su eccezione delle altre parti, ma dal solo curatore che nulla ebbe ad obiettare a riguardo. Il vizio di motivazione riguarda l'omesso riscontro del fatto costituito dall'interesse del curatore fallimentare al rapporto non ancora litigioso.

Il quesito di diritto chiede se, alla luce della citata giurisprudenza, il difetto di capacità processuale del fallito sia rilevabile d'ufficio o su eccezione di parte ovvero su iniziativa del solo curatore fallimentare in particolare nel caso in cui l'interessamento di tale organo si sia manifestato dopo e non prima dell'iniziativa del fallito.

Anche di questo motivo la predetta resistente chiede il rigetto osservando tra l'altro che il curatore aveva mostrato il suo interesse al giudizio con l'intervento, laddove l'attività da considerare non è quella precedente al giudizio ma quella svolta nel suo seno. Per sfuggire

alla declaratoria d'inammissibilità del suo appello, il ricorrente avrebbe dovuto rispettare il termine previsto per la proposizione del'appello incidentale, in tal senso correttamente qualificata la sua comparsa di costituzione.

Il ricorso della società fallita Bazia Gardens deduce i seguenti motivi:

1°.- violazione degli artt. 112 e 75 c.p.c. e 42 e 43 legge fall. e correlato vizio di motivazione. Corretta la premessa distinzione tra il caso in cui il curatore è parte attiva e autonoma del giudizio, in cui è preclusa ogni iniziativa del fallito- Cass. n. 9710/2004, e quello in cui sia rimasto inerte, ipotesi nella quale il fallito conserva la propria autonoma legittimazione - Cass. n. 23435/2004-, il cui difetto non è eccepibile da parti diverse né rilevabile d'ufficio, la Corte del merito tuttavia coltiva il sillogismo che ne fonda il *decisum* con incoerenza, per aver omesso di rilevare che il giudizio di primo grado, introdotto autonomamente dalla società fallita, è proseguito dopo la costituzione del curatore senza subire interruzione né modifica soggettiva, tant'è che il Tribunale ha provveduto sulla domanda dell'attrice risolvendo la questione di rito e pronunciando nel merito. Il richiamo operato dalla Corte d'appello al precedente delle S.U. n. 9710/2004 risulta inconferente, in quanto mira a superare, col rilievo officioso, il difetto delle

altre parti all'eccezione. Priva di fondamento logico è inoltre la decisione laddove desume dal mero intervento litisconsortile del curatore il venir meno della legittimazione del fallito, ipotizzando un inesistente conflitto d'interessi. La fattispecie è diametralmente opposta a quella di cui al citato precedente in quanto il curatore non espresse la volontà di estromettere il fallito.

La resistente Marina di Portorosa replica al motivo osservando che nell'ipotesi in cui il fallimento mostra interesse al rapporto litigioso, il difetto della capacità processuale del fallito è affidato al rilievo officioso del giudice.

2°.- si deduce violazione degli artt. 99 e 323 c.p.c., 75 e 105 comma 1 c.p.c. e 42 e 43 legge fall.. Con richiamo al precedente della Cass. n. 23435/2004 si rileva che la decisione impugnata non indica la ragione della perdita della capacità vicaria del fallito, in mancanza di volontà del curatore che il Tribunale, aveva escluso né il curatore ha espresso in appello. L'organo fallimentare non è intervenuto nel giudizio per sostituire il fallito e gestire in proprio la lite, tant'è che ha mantenuto la propria veste di litisconsorte adesivo, e di tanto del resto ha dato atto il Tribunale, secondo cui il rapporto processuale rimase inalterato. Il curatore non impugnò e

non si oppose all'appello, e il giudice delegato lo autorizzò a soprassedere e quindi solo ad aderire all'appello proposto dalla fallita. Di ciò la Corte del merito non ha tenuto conto; piuttosto sulla base di alterazione di fatti di causa, si è cimentata in una discussione tortuosa circa la qualificazione di quell'atto di costituzione in termini d'appello incidentale per inferirne l'inammissibilità.

3°.- si denuncia violazione degli artt. degli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c. deducendo la formazione del giudicato interno in ordine al perdurare della legittimazione processuale della fallita, nei cui confronti il primo giudice ha pronunciato nel merito. Ogni questione a tal riguardo era pertanto ormai preclusa.

4°.- si deduce violazione degli artt. 42 e 43 legge fall. e degli artt. 75 e 300 c.,p.c.. per ribadire le precedenti denunce.

Le controricorrenti chiedono il rigetto dei motivi rilevandone infondatezza.

Le questioni introdotte dai ricorrenti principali convergono sui seguenti punti: se l'intervento in causa spiegato dal curatore fallimentare *ad adiuvandum* nel processo introdotto da soggetto fallito determini perdita della legittimazione suppletiva di quest'ultimo in ordine

alla gestione contenziosa dei diritti di natura patrimoniale; se possa configurarsi il giudicato interno sulla legittimazione nell'ipotesi in cui la sentenza, omessa pronuncia esplicita a riguardo, decida sul merito della domanda proposta dal fallito; se, pur escludendo il giudicato interno, il difetto di legittimazione del fallito sia rilevabile su eccezione del solo curatore ovvero sia affidato altresì a rilievo officioso, ovvero delle altre parti diverse dall'organo fallimentare, diretto interessato; se il curatore, venuta meno la legittimazione suppletiva del fallito a seguito del suo intervento spiegato nel giudizio di primo grado, era onerato della proposizione dell'appello in via incidentale; infine se la sua adesione al gravame principale proposto dalla fallita, valga come autonomo appello, scrutinabile quanto alla tempestività ai sensi dell'art. 343 c.p.c., ovvero quale mero atto di costituzione.

Va respinta anzitutto l'eccezione d'inammissibilità del ricorso del fallimento per difetto di autosufficienza rinvenendosi nella narrativa esauriente e completo riferimento alla vicenda processuale, nonché ai fatti adottati a sostegno delle censure.

Prioritari in ordine logico, vanno esaminati i primi due motivi del ricorso della società Bazia Gardens, che appaiono correttamente articolati *in jure*. Sussistenza e

limiti della legittimazione così detta vicaria o c.d. suppletiva del soggetto fallito erano regolati dal dettato del previgente art. 43 legge fall. applicabile nella specie *ratione temporis*, che prevedeva testualmente che "nelle controversie anche in corso relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore". La consolidata esegesi ne ha interpretato la *ratio* nel senso che il fallimento (per tutte Cass. 6771/02) non determina la perdita della capacità processuale del fallito, ma la sostituzione del curatore al fallito che, seppur ancora parte del rapporto sostanziale controverso (Cass. n. 6347/83), perde invece la sua veste formale limitatamente ai rapporti patrimoniali, mantenendola tuttavia se il curatore si disinteressa della *res litigiosa*, ancorché questa riguardi rapporti che ricadono nella massa (per tutte da ultimo Cass. n. 4448/2012). Trattasi di un effetto dello spossessamento, sancito per i rapporti sostanziali dal precedente art. 42 l.f., che priva il fallito della disponibilità dei suoi diritti, e dal momento che la legittimazione ad agire e a contraddire non è assoluta ma solo relativa alla massa, sia sul piano oggettivo, in quanto tale carenza si riferisce ai soli rapporti patrimoniali che ricadono nel fallimento, sia su quello soggettivo essendo stabilita nell'interesse esclusivo della procedura, solo il curatore, cui appartiene

la relativa eccezione (per tutte Cass. n. 5226/2011, n. 5571/2011, n. 15713/2010), può farla valere, esercitandola in vece del debitore (tra le molte Cass. 8975/00 9164/01). Evento neutro per il contraddittore in giudizio e per lo stesso giudice, il fallimento non rileva in causa se il fallito, stante l'inerzia del curatore, intraprende il giudizio per gestire utilmente il rapporto processuale in prima persona; il processo s'incardina regolarmente fino alla sua naturale conclusione (Cass. 11191/93 citata e 11728/90, 10612/90), e la pronunzia che lo definisce, perfettamente valida, solo sul piano degli effetti è suscettibile di atteggiarsi diversamente, a seconda che sia sfavorevole o non al fallito. "Nel primo caso, inopponibile alla massa che resta insensibile alla vicenda, è "inutiliter data" nei confronti di questa, e ciò non per espressa previsione dell'art. 43 l.f. che serba in proposito silenzio, ma piuttosto in ragione della regola del concorso formale e sostanziale, posta dal combinato disposto degli artt. 51 e 52 della legge fallimentare. Sarà pertanto azionabile nei confronti del fallito stesso allorché sarà tornato "in bonis". Nel secondo caso, pienamente utilizzabile da parte della massa, laddove raggiunga un risultato patrimoniale utile, potrà essere azionata dal curatore "in executivis" quale perfetto e valido titolo giudiziale che il fallimento acquisisce in

forza del sistema di cui agli art 42 e 44 l.f. che gli fa obbligo di profittarne"(Cass. n. 2965/2003). A questa costruzione esegetica non si è attenuta la Corte del merito, il cui approdo si fonda sull'immotivata considerazione che il curatore fallimentare, spiegato intervento nel giudizio di primo grado per aderire alla domanda proposta dalla società Bazia Gardens, sia per l'effetto subentrato nel giudizio "in locum et jus" della stessa. Omesso il necessario riferimento agli elementi acquisiti in causa da cui sia stata desunta la manifestazione dell'intenzione del curatore di avvalersi dell'attività processuale svolta dal fallito e avvantaggiarsi del risultato favorevole alla massa da questo conseguito sostituendosi all'attrice fallita, e senza neppure confutare motivatamente l'assunto difforme del primo giudice che aveva escluso una posizione processuale del curatore alternativa a quella della fallita, ritenendone invece la compresenza nel processo, i giudici d'appello hanno affermato la perdita della capacità processuale di quest'ultima nel precedente grado di giudizio e della conseguente legittimazione ad impugnare la statuizione, che pur aveva definito quel giudizio nel merito provvedendo, pur dopo l'ingresso nel processo del curatore, nel merito della domanda attorea. Se è vero che qualora il curatore abbia dimostrato il suo interesse per



il rapporto in lite, promuovendo il giudizio o intervenendovi, "il difetto di legittimazione processuale del fallito assume carattere assoluto, ed è perciò opponibile da chiunque e rilevabile anche d'ufficio" (V. Cass. n. 8990/2007), occorre che il giudice che muove il rilievo renda conto dell'interpretazione della volontà della curatela emergente dal suo contegno processuale e dica per l'effetto se esso, risolvendosi nella mera adesione all'iniziativa del fallito, valga a contrastare il disinteresse che *ab origine* ha dato impulso all'esercizio della legittimazione vicaria del fallito, il cui perdurare esclude la possibilità di rilevare d'ufficio il difetto di legittimazione dell'attore, e rende inammissibile l'analoga eccezione sollevata dalla controparte. Gli estremi della "inerzia" del curatore, non ravvisabili nel caso di acquiescenza alla decisione di primo grado, ben potendo ricondursi tale scelta alla volontà di gestire in un certo modo l'affare litigioso, rendono ammissibile l'interpretazione della volontà della curatela ai fini dell'acquiescenza solo se abbia preso parte al precedente grado di giudizio, perché nel caso contrario, che ricorre nella specie, la mancanza di iniziativa processuale del curatore resta comunque ascrivibile alla sua inattività, ed esclude la possibilità di rilevare d'ufficio il difetto di legittimazione dell'attore. Dalla narrativa della vicenda

processuale esposta in atti, confermata dall'esame diretto degli atti che la natura esclusivamente processuale dei vizi denunciati consente, emerge invero che, costituendosi in primo grado, il curatore fallimentare dichiarò di aderire alla domanda cautelare proposta dalla fallita in corso di causa e rassegnò le proprie conclusioni chiedendo l'accoglimento integrale delle domande attrici. Il Tribunale, provvedendo su eccezione delle amministrazioni convenute, rilevò ed affermò la validità della citazione introduttiva eseguita dalla fallita nell'inerzia del curatore fallimentare, osservando che le parti anzidette non erano legittimate all'eccezione né il rilievo proveniva dal curatore, che pur aveva contestato il proprio disinteresse alla lite, e soggiunse che, del resto, l'azione riguardava beni non ancora caduti nella massa. In quest'ultimo caso, secondo quanto fondatamente deduce anche in questa sede la società Bazia Gardens, la legittimazione processuale del fallito si atteggia infatti diversamente, non essendo ancora quei beni parte della massa, sì che l'intervento del curatore va scrutinato con maggior rigore, potendo il suo disinteresse depauperare il patrimonio del fallito, che ha di contro tutto l'interesse ad incrementarlo anche in vista di una successiva proposta concordataria. Indi, secondo il senso attribuito alle difese spiegate nella comparsa di costituzione del

curatore, che non si è doluto di tale percorso ricostruttivo nella comparsa di costituzione in appello, il Tribunale ritenne che questi, che non versava in situazione di conflitto con la società attrice, non si fosse ad essa sostituito ma aveva aderito, facendola propria, alla domanda introduttiva, che infine esaminò e decise con pronuncia nel merito, disponendone il rigetto, che riferì alla società ed alla curatela "intervenuta", senza qualificarne l'intervento spiegato in causa. La legittimazione a proporre l'appello da parte della società fallita, destinataria della pronuncia nella sua veste originaria di parte sostanziale e processuale, da cui non era stata spoliata dalla costituzione del curatore, in questo contesto appare indubbia. Secondo il disposto dell'art. 43 legge fall., il curatore assume il giudizio in corso avente ad oggetto rapporti patrimoniali che si riferiscono alla massa, dunque si costituisce per subentrare al fallito, assumendone la medesima veste processuale di parte-attrice o convenuta- ma non certo per intervenire in quel giudizio nella veste di terzo ai sensi dell'art. 105 c.p.c., tanto meno ai soli fini di sostenere le ragioni del fallito. In ciascuna delle sue forme, l'ingresso del terzo nel processo già pendente regolato dal codice di rito nella norma da ultimo citata presuppone o la volontà di far valere un proprio diritto nei confronti di

una- adesivo autonomo- o di tutte le parti-principale-,  
ovvero la soggezione agli effetti riflessi della sentenza-  
adesivo dipendente-; comunque l'acquisizione della veste di  
parte nel processo a fianco o contro le parti originarie.  
L'ipotesi è estranea al meccanismo fallimentare che  
consente al curatore d'entrare nel processo "in locum et  
jus" del fallito parte originaria, ma né contro di essa, né  
per sostenerne il diritto dedotto in contesa. Il corollario  
applicato al caso di specie consente di affermare che, se è  
vero che secondo l'orientamento di questa Corte (Cass. n.  
23435/2004 ribadita da Cass. n. 12483/2007) se il  
fallimento precede l'apertura del giudizio, il difetto di  
capacità processuale del fallito è affidato a rilievo  
officioso del giudice, il Tribunale di Messina, nel caso in  
esame, correttamente non l'ha esercitato, né "in limine"  
avendo riscontrato disinteresse del curatore nella gestione  
dei diritti oggetto della pretesa esercitata in giudizio  
dalla società attrice, né, stante il perdurare di quel  
disinteresse, a seguito dell'intervento del curatore che,  
limitatosi a sostenere le ragioni dell'attrice, non ritenne  
di proseguire la lite in proprio subentrando ai sensi  
dell'art. 43 legge fall.. La fallita mantenne la sua veste  
di parte in forza della sua legittimazione processuale  
suppletiva cui non si sovrappose quella del fallimento  
inconcepibile nella sola ipotesi tipica prevista dall'art.

43 (Cass. n. 23435/2004 cit. n. 4448/2012), e dunque proseguì la causa, di cui il curatore si era disinteressato con atteggiamento processuale omologo all'inerzia, attraverso la proposizione delle conseguenti impugnazioni. In conclusione, nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito, compresi nel fallimento, sta in giudizio il curatore ai sensi dell'art. 43, primo comma, legge fall.; la legittimazione processuale di tipo suppletivo del fallito residua nel caso di disinteresse degli organi fallimentari che non ricorre se il curatore acquisisce la veste di parte nel processo manifestando la volontà di gestire in proprio la *res litigiosa*. Solo in quest'ultimo caso, perdendo la legittimazione processuale, il fallito perde anche la veste di parte, che, alla stregua di quanto precede, la società Bazia Gardens ha conservato inalterata in senso sostanziale e processuale nel giudizio di primo grado, con conseguente legittimazione ad impugnare con l'appello la decisione del Tribunale ad essa sfavorevole, assunta direttamente nei suoi confronti. Il curatore fallimentare che, perseverando nel suo atteggiamento attendistico, solo dopo l'introduzione dell'appello ritenne di costituirsi al fine di reiterare la sua precedente posizione processuale litisconsortile, non era invece legittimato autonomamente al gravame, dal momento che la sua posizione di terzo, genericamente e

fumosamente consolidata nella sentenza di primo grado, lo legittimava all'impugnazione ai sensi dell'art. 344 c.p.c., al solo fine di dolersi della qualificazione del suo intervento, con esclusione della proponibilità in via autonoma delle questioni di merito (cfr. Cass. n. 17595/2004, n. 10530/2004, n. 7448/2012). Neppure era legittimato peraltro all'appello incidentale avverso decisione che, senza decretarne la diretta soccombenza, aveva definito nel merito la domanda pronunciando nei confronti dell'attrice.

Il quadro normativo, mutato a seguito della riforma introdotta dal d.lgs n. 5/2006, al quale è opportuno riferirsi per esigenze di completezza, laddove prevede al comma 3 che "l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo" supera le problematiche riguardanti la sorte dei processi pendenti. Lascia aperto il varco a opposte opzioni esegetiche, di cui non è il caso di dar atto essendo la questione estranea al tema dibattuto in questa sede, circa il perdurare, in presenza del rilievo officioso, della legittimazione processuale vicaria del fallito discendente dall'incapacità, relativa alla massa, a promuovere liti inerenti i suoi rapporti patrimoniali, ricaduti appunto nella massa, in caso d'inerzia del curatore.

È pertanto affetta dal denunciato errore di diritto la statuizione della Corte territoriale che ha dichiarato l'inammissibilità dell'appello della società Bazia Gardens nonché della costituzione del curatore fallimentare, erroneamente qualificandola appello incidentale e quindi scrutinandola quanto alla sua tempestività a mente dell'art. 343 c.p.c.. Validamente assunti siffatti atti processuali, in particolare, rituale ed ammissibile l'appello della società e ammissibile quanto alla sua tempestività la costituzione in appello del curatore fallimentare, la Corte territoriale avrebbe dovuto dar corso all'esame del merito delle censure e scrutinare l'ammissibilità nel resto dell'atto costitutivo del curatore.

L'accoglimento dei motivi esaminati, che discende dalle considerazioni che precedono, assorbe l'esame delle ulteriori censure della società Bazia Gardens. Pronunciando sul ricorso della curatela fallimentare deve <sup>per l'effetto</sup> dichiararsi che la stessa non poteva costituirsi nel giudizio introdotto dalla società fallita spiegando intervento di terzo ai sensi dell'art. 105 c.p.c..

Il ricorso incidentale delle amministrazioni regionali è invece privo di fondamento e deve disporsene il rigetto. Rilevato anzitutto che le censure ivi illustrate reiterano quelle rappresentate con l'atto d'appello, il ricorso

deduce nullità della sentenza impugnata per violazione degli artt. 100 c.p.c. e 43 legge fall. sull'assunto che la procura a margine dell'atto d'appello della società fallita rilasciata dal dott. Antonio Porcino sarebbe nulla, sia perché non vi era la prova della qualità di legale rappresentante spesa in atti, sia perché lo stesso era decaduto dalla carica per effetto del fallimento. Quanto all'ing. Fabio Porcino, la qualità indicata di rappresentante unico della società era stata contestata. La decisione impugnata richiama l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la persona fisica che conferisce la procura non ha l'onere di dimostrare la qualità spesa nell'atto; né la validità della procura di Fabio Porcino era scalfita dalla decadenza dalla carica in cui era incorso l'altro conferente. All'impostazione ricostruttiva che fonda l'approdo, conforme all'orientamento affermato dalla Cass. nella sentenza n. 23724/2007 espressamente richiamata dalla Corte del merito, ed ulteriormente confermata da Cass. n. 27340/2011 secondo cui "In tema di capacità processuale delle persone giuridiche, la circostanza che la persona fisica titolare della rappresentanza della società che agisce in giudizio abbia, nel sottoscrivere la procura a margine della citazione, omissis di menzionare la sua qualità di rappresentante, non è causa d'invalidità della procura



stessa, ove del potere rappresentativo sia stata fatta menzione nelle premesse dell'atto introduttivo", che in questa sede si ribadisce in piena condivisione, il motivo non oppone argomenti di confutazione, che inducano a rivisitazione o smentita. Il quesito di diritto chiede infatti se, qualora sia parte del processo una società la persona fisica che, nella qualità di organo della stessa, ha conferito il mandato ha l'onere di dimostrare, a fronte di specifica contestazione, il suo potere di rappresentanza, pena la declaratoria di nullità o inammissibilità dell'atto processuale; e se la Corte d'appello ha errato per non adottato siffatta pronuncia in assenza della prova documentale della sussistenza in capo al dott. Porcino dei poteri di rappresentanza pur a fronte di specifica contestazione. Tale formulazione, che neppure individua la persona fisica cui intende riferirsi il vizio denunciato, se Antonio Porcino, decaduto dalla carica, ovvero Fabio Porcino, invoca *regula juris* ignorando del tutto il principio di diritto applicato dal giudice d'appello, di cui né si chiede rivisitazione né se ne smentisce la correttezza.

Tutto ciò premesso, la decisione impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte d'appello di Messina che provvederà nel merito sull'appello della Bazia Gardens ed esaminerà le difese del curatore fallimentare e provvederà

altresi alla regolamentazione delle spese del presente giudizio.

PQM

La Corte:

riuniti i ricorsi, accoglie nei sensi di cui in motivazione il ricorso della società Bazia Gardens s.p.a. ~~nei sensi di cui in motivazione~~ e, pronunciando sul ricorso del curatore del fallimento della società Bazia Gardens, dichiara che il curatore non era legittimato a procedere con l'atto d'intervento; rigetta il ricorso incidentale dell'Assessorato regionale dell'Ambiente Regione Sicilia e dell' l'Assessorato delle Finanze della Regione Sicilia; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia anche per le spese del presente giudizio alla Corte d'appello di Messina in diversa composizione.

Così deciso in Roma, l'8 maggio 2012.

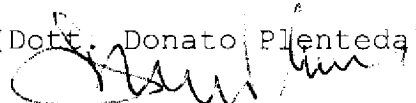
Il Consigliere est.

(Dott.ssa Maria Rosaria Cultrera)



Il Presidente

(Dott. Donato Pienteda)



**Depositato in Cancelleria**

11 OTT 2012

IL CANCELLIERE  
Alfonso Madafferi

