

# NRCP 2005

**Nuova rivista  
di diritto commerciale e  
processuale**

**[www.commercialarbitration.ch](http://www.commercialarbitration.ch)**

**A cura di:**

**Avv. Maurizio Bernardi**

**Avv. Bruno Cocchi, giudice d'appello**

**Avv. Stefano Codoni, LL.M.**

**Avv. Aline Couchepin Romerio, notaio**

**Avv. Carlo Lombardini**

**Avv. Véronique Nebel, MICL, notaio**

**Avv. Francesco Trezzini, LL.M., pretore**

**Avv. Antonio Monti, LL.M., notaio**

**Avv. Francesco Wicki, LL.M., notaio**

## LA LEGITTIMAZIONE DEL FALLIMENTO ESTERO A PROCEDERE IN SVIZZERA

**Francesco Naef**  
avvocato e notaio

In una recente sentenza, su ricorso di diritto pubblico per arbitrio contro il diniego di un rigetto definitivo dell'opposizione, la II Corte civile del Tribunale federale sembra indicare - perentoriamente, ma in un considerando che assomiglia ad un *obiter dictum* o una motivazione sussidiaria<sup>1</sup> - che una massa fallimentare estera o addirittura la stessa persona giuridica dichiarata fallita all'estero (giacché ricorrente era appunto non la *mas-* *sa* fallimentare estera, ma la stessa società fallita) non avrebbe (in assenza di riconoscimento ex art. 166 segg. LDIP) in Svizzera l'esercizio dei diritti civili<sup>2</sup>, o la capacità processuale, o la capacità di promuovere delle esecuzioni, o comunque non sarebbe legittimata ad escutere i propri debitori in Svizzera. In altre parole, secondo questa sentenza, il fallimento estero sarebbe totalmente privo di effetti - anzi da considerarsi inesistente - in Svizzera in assenza di un riconoscimento ex art. 166 e segg. LDIP. Prima di tale riconoscimento la massa estera potrebbe unicamente presentare l'istanza di riconoscimento con connesse misure conservative ex art. 166 e 168 LDIP; ottenuta l'apertura del fallimento ancillare svizzero la massa estera perderebbe la capacità processuale, esecutiva e la legittimazione a fare alcunché, salvo che per l'azione revocatoria ex art. 171 LDIP.

### 1. Una nuova giurisprudenza?

Il carattere perentorio e generale della recente affermazione della II Corte civile sembrerebbe voler fare giurisprudenza, ma stupisce se solo si pensa che, se la società fallita estera ricorrente non avesse avuto la capacità di essere parte e quella di stare in giudizio non avrebbe avuto neanche la legittimazione ricorsuale ex art. 88 OG, ed il suo ricorso sarebbe stato semplicemente inammissibile<sup>3</sup>; la Corte è invece entrata nel merito dello stesso senza esprimere alcun dubbio sulla sua ricevibilità. Negando la capacità processuale della ricorrente in un considerando di merito (dopo che l'aveva tacitamente ammessa nel considerando d'ordine) la sentenza sembra dunque viziata da palese contraddizione interna.

Inoltre, le perplessità su tanto generale quanto nuovo orientamento giurisprudenziale aumentano se si considera che pare essere in contraddizione col pacifico principio che la stessa Corte aveva, pochi mesi prima, riaffermato, secondo il quale la capacità di stare in giudizio in Svizzera di una massa fallimentare estera è retta non dal diritto svizzero, bensì da quello estero regolante il suo statuto personale<sup>4</sup>.

D'altra parte non risulta che altre Corti del Tribunale federale abbiano precedentemente o susseguentemente adottato un orientamento giurisprudenziale così categorico.

La I Corte di diritto pubblico aveva in precedenza semplicemente indicato che, *dopo* il riconoscimento del fallimento estero ex art. 166 segg. LDIP, alla massa estera (o meglio alla società inglese fallita rappresentata dagli organi del fallimento inglese) non spettava più la qualità per agire rispetto ai diritti patrimoniali della fallita in Svizzera, tale qualità spettando esclusivamente all'amministrazione del fallimento ancillare svizzero<sup>5</sup>; in tale sentenza il Tribunale federale non aveva però detto alcunché né sulla capacità processuale della massa estera, né sulla sua legittimazione attiva *prima* od *in assenza* del riconoscimento ex art. 166 segg. LDIP.

<sup>1</sup> DTF 129 III 683 consid. 5.3 pag. 688

<sup>2</sup> "...Andere Rechtshandlungen kann sie nicht vornehmen...", dice il Tribunale federale a pag. 688

<sup>3</sup> sentenza del Tribunale federale 5P.369/2002 del 20 maggio 2003 consid. 4, 5; KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Berna 1994, p. 217, 223

<sup>4</sup> sentenza del Tribunale federale 5P.369/2002 del 20 maggio 2003 consid. 2.2

<sup>5</sup> sentenza del Tribunale federale 1P.161/1991 del 24 luglio 1991 pubblicata in: JdT 1993 II 125, consid. 2d

Da parte sua, la I Corte civile ha fatto di transenna riferimento al recente *obiter dictum* della II Corte civile, ma in un caso molto particolare e concernente un fallimento di persone fisiche<sup>6</sup>; in un'altra sentenza (poche settimane prima) aveva però riconosciuto legittimazione ad interporre ricorso di diritto pubblico ad una società italiana fallita rappresentata dal curatore fallimentare italiano a sua volta autorizzato a stare in giudizio dal giudice fallimentare italiano<sup>7</sup>, senza minimamente menzionare l'esigenza di un riconoscimento ex art. 166 segg. LDIP del fallimento estero.

Infine, la Camera delle esecuzioni e fallimenti ha recentemente confermato che il godimento e l'esercizio dei diritti civili di una massa fallimentare estera sono retti dal diritto dello Stato in cui è stato pronunciato il fallimento, ma ha lasciato esplicitamente indeciso il quesito a sapere se tale massa fallimentare estera sia legittimata ad agire contro (od escutere) debitori del fallito residenti in Svizzera, in assenza di riconoscimento ex art. 166 segg. LDIP<sup>8</sup>.

Il nuovo orientamento della II Corte civile sembra poi fare a pugno con la giurisprudenza e dottrina anteriori all'entrata in vigore del LDIP, per le quali, anche volendo applicare nel più rigoroso dei modi il principio della territorialità del fallimento, bisognava distinguere tra persone fisiche e persone giuridiche.

Se è infatti vero che, appunto in applicazione del principio (giurisprudenziale) di territorialità, il Tribunale federale aveva sempre ribadito che, di massima, il fallimento pronunciato all'estero non aveva effetti in Svizzera, e quindi il fallito non perdeva in Svizzera il potere di disporre dei suoi beni né quello di esservi escusso<sup>9</sup>, è altrettanto vero che aveva pure riconosciuto che il fallimento estero non era sempre da considerarsi inesistente: alla massa di una persona giuridica fallita all'estero veniva infatti riconosciuta in Svizzera la capacità di esser parte e quella di stare in giudizio<sup>10</sup>. Ad esempio, il Tribunale federale aveva, già nel 1909, ammesso che poteva esser riconosciuta in Svizzera la modifica nei poteri di rappresentanza degli organi sociali di una società commerciale causati dal fallimento di questa all'estero, trattandosi di effetti di diritto materiale<sup>11</sup>; in seguito aveva confermato che la capacità processuale ed esecutiva di una massa fallimentare estera era retta dal diritto regolante il suo statuto personale<sup>12</sup>, e che essa poteva - come un qualsiasi creditore - escutere in Svizzera un debitore del fallito<sup>13</sup>. In tempi più recenti la giurisprudenza aveva confermato che godimento ed esercizio dei diritti civili e capacità processuale di una massa fallimentare estera sono retti dalla legge del suo statuto personale<sup>14</sup>, ammettendo inoltre esplicitamente la legittimazione della massa fallimentare di una società delle Bahamas a proporre in Svizzera l'azione in contestazione di graduatoria in un fallimento svizzero<sup>15</sup>.

Facendo propria la distinzione già accennata dal Tribunale federale nel 1909 e ripresa dalla giurisprudenza tedesca (prima che questa sancisse il principio dell'universalità del fallimento)<sup>16</sup>, la dottrina aveva approvato tale prassi spiegando che un fallimento estero produce sia effetti tipicamente fallimentari (quali la perdita del potere di disporre del fallito dei propri beni, il divieto delle esecuzioni individuali, o la sospensione delle cause in corso) sia effetti atipici o di diritto sostanziale: il principio di territorialità del fallimento pronunciato all'estero ostava unicamente al riconoscimento dei suoi effetti tipici. Al contrario, gli effetti di diritto materiale, e cioè quelli che secondo il diritto estero derivano dal semplice fatto che esista una pronuncia di fallimento<sup>17</sup> (ma possono intervenire anche a prescindere dal fallimento), potevano prodursi in Svizzera; tra

<sup>6</sup> DTF 130 III 620 consid. 3.4.2

<sup>7</sup> sentenza del Tribunale federale 4P.270/2003 del 21 aprile 2004 consid. 2.1

<sup>8</sup> sentenza del Tribunale federale 7B.109/2004 del 17 agosto 2004 pubblicata in PCEF 2004, p. 256 consid. 3

<sup>9</sup> DTF 111 II 38, 100 Ia 18 consid. 5a, 35 I 811 consid. 1

<sup>10</sup> JUNOD, Tendances actuelles de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de faillite prononcée à l'étranger avec des biens situés en Suisse, in: *Le droit de la faillite internationale*, Zurigo 1986, p. 6-7, 11, 12; PEQUIGNOT, Statut juridique d'une masse en faillite étrangère, in: *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers: ouverture ou repli?*, Friburgo 1988, p. 217-218

<sup>11</sup> DTF 35 I 811 consid. 3

<sup>12</sup> DTF 37 II 587 consid. 3

<sup>13</sup> DTF 40 III 365 consid. 2

<sup>14</sup> DTF 100 Ia 18 consid. 2

<sup>15</sup> DTF 109 III 112 consid. 2b

<sup>16</sup> sentenza del Bundesgerichtshof dell'11 luglio 1985 pubblicata in NJW 1985, p. 2897 consid. 3b

to<sup>17</sup>(ma possono intervenire anche a prescindere dal fallimento), potevano prodursi in Svizzera; tra questi venivano menzionati lo scioglimento di una società di capitali, le modifiche dei poteri di rappresentanza dei suoi organi sociali e la capacità di agire e stare in giudizio dell'amministratore del fallimento, che si producevano *eo ipso* in Svizzera, senza necessità di un giudizio di riconoscimento o di exequatur<sup>18</sup>.

Dopo l'entrata in vigore del LDIP alcune sentenze del Tribunale federale sembrano quindi dare, al quesito degli effetti in Svizzera del fallimento estero, una risposta per nulla chiara ed univoca, talvolta contraddittoria, oppure lo lasciano esplicitamente indeciso. Ciò è forse dovuto al fatto che (proprio come nel titolo volutamente generico del presente articolo) non si è distinto sufficientemente tra gli effetti del fallimento estero prima e quelli dopo il suo riconoscimento ex art. 166 LDIP, tra gli effetti sostanziali del fallimento e quelli tipicamente di diritto esecutivo, tra la capacità processuale, la legittimazione attiva, la qualità per agire e la legittimazione dei rappresentanti della massa fallimentare estera o della persona estera fallita, e tra la situazione delle persone fisiche e quella delle persone giuridiche.

La domanda di fondo è: (quando) può il fallito estero (rispettivamente la massa fallimentare estera) agire in Svizzera contro un suo debitore ed in seguito escuterlo?

## 2. Gli effetti del fallimento estero prima e dopo l'apertura della procedura ancillare svizzera.

È innegabile che la legge regoli esplicitamente gli effetti tipicamente fallimentari che un fallimento estero produce in Svizzera *dopo* il suo riconoscimento ex art. 166 LDIP. Secondo l'art. 170 LDIP il riconoscimento comporta infatti, per i beni del debitore situati in Svizzera, le conseguenze giuridiche del fallimento previste dal diritto svizzero.

Considerato che il principale effetto fallimentare è la perdita della facoltà di disporre dei diritti patrimoniali pignorabili facenti parte della massa attiva (art. 204 LEF), che tale effetto comporta la perdita della qualità per agire del fallito rispetto a tali beni a favore della massa<sup>19</sup>, e che l'Ufficio dei fallimenti svizzero è competente in via esclusiva per l'amministrazione e liquidazione del fallimento ancillare<sup>20</sup>, la risposta alla sopraccitata domanda di fondo è, di massima, negativa. Dopo il riconoscimento del fallimento estero, solo l'Ufficio fallimenti svizzero ha qualità per agire, sia per l'accertamento giudiziale che per l'esecuzione forzata, rispetto ai crediti del fallito estero in Svizzera<sup>21</sup>.

Ciò non significa però che la massa fallimentare estera (tramite la sua amministrazione) o il fallito estero, non possano fare più alcunché in Svizzera. La legge riconosce infatti esplicitamente all'amministrazione della massa estera la legittimazione a promuovere l'azione revocatoria ex art. 171 LDIP, e la dottrina le accorda la legittimazione a ricorrere (art. 17 LEF) contro ogni provvedimento dell'Ufficio fallimenti<sup>22</sup>; probabilmente, le deve inoltre essere riconosciuta la legittimazione a promuovere l'azione in contestazione della graduatoria nel fallimento ancillare<sup>23</sup>, la legge contenendo su tal punto una lacuna.

<sup>17</sup> usualmente si parla di "Tatbestandswirkung", o "effet de fait", o "effet de plano"

<sup>18</sup> HIRSCH, Aspects internationaux du droit suisse de la faillite, in: Mémoires publiées par la Faculté de droit de Genève, n. 27, Ginevra 1969, p. 79, 81; DALLEVES, Faillites internationales et droit suisse, BISchK 1982, p. 82-83; idem, Poursuite pour dettes et faillite: Faillites internationales, FJS 987, Ginevra 1991, p. 4; STAEHELIN, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz, Basilea 1989, p. 16, 21

<sup>19</sup> WOHLFART, SchKG II, Basilea 1998, ad art. 204 LEF, n. 44

<sup>20</sup> THEUS SIMONI, Englische, walisische und französische Konkursverwalter in der Schweiz, Zurigo 1997, p. 347; DALLEVES, FJS 987, p. 11

<sup>21</sup> sentenza del Tribunale federale 1P.161/1991 del 24 luglio 1991 pubblicata in: JdT 1993 II 125, consid. 2d

<sup>22</sup> STAEHELIN, op.cit. (n. 18), p. 143; THEUS-SIMONI, op.cit. (n. 20), p. 348

<sup>23</sup> GILLIERON, Les dispositions de la nouvelle loi fédérale de droit international privé sur la faillite internationale, Lo-sanna 1991, p. 98

Inoltre, ovviamente, la competenza esclusiva dell'Ufficio fallimenti svizzero non vale per quei beni che *non* sono caduti nella massa ancillare svizzera, perché non pignorabili, non di pertinenza del fallito (ma della massa estera) o perché non localizzati in Svizzera. Tra questi, la dottrina maggioritaria menziona a ragione le pretese revocatorie riferite a beni che, senza l'atto revocabile, *non* sarebbero situati in Svizzera<sup>24</sup>.

Infine, l'Ufficio fallimenti svizzero non ha (più) competenza in merito a quei beni che sono usciti dalla massa fallimentare ancillare. Da un lato, la massa fallimentare estera può chiedere ed ottenere la cessione ex art. 260 LEF delle pretese del fallito cui la massa svizzera ha rinunciato<sup>25</sup>, o può ottenerne la titolarità acquistandole all'incanto ex art. 256 LEF<sup>26</sup>; dall'altro, il fallito riacquista la facoltà di disporre (e quindi la qualità per agire) rispetto a quei crediti che non sono stati né ceduti (art. 260 LEF) né realizzati (art. 256 LEF)<sup>27</sup>.

Per tutte queste ipotesi la situazione della massa estera, rispettivamente del fallito estero, è simile, sia prima che dopo l'apertura della procedura ancillare.

Quanto agli effetti in Svizzera del fallimento estero *prima* (od in mancanza<sup>28</sup>) del suo formale riconoscimento ex art. 166 LDIP s'impone una constatazione lapalissiana: la legge è totalmente silente. Anche in ragione di tale silenzio, non si vede per quale motivo tali effetti non dovrebbero essere gli stessi sanciti dalla giurisprudenza precedente all'entrata in vigore del LDIP.

Infatti, come si può rilevare dai lavori preparatori del LDIP, il legislatore ha voluto un parziale ammorbidimento del rigido principio di territorialità del fallimento in favore della massa fallimentare estera e della sua amministrazione<sup>29</sup>, senza desiderare però un cambiamento rivoluzionario della situazione giuridica esistente<sup>30</sup>, e quindi senza drastiche rotture con la giurisprudenza fin lì seguita dal Tribunale federale<sup>31</sup>. Di certo il legislatore non ha inteso, con la nuova legge, peggiorare la situazione della massa fallimentare estera<sup>32</sup>.

Al contrario, il legislatore sembra avere recepito nella legge (art. 170 cpv. 1 LEF) proprio quella distinzione tra effetti tipicamente fallimentari ed effetti materiali del fallimento estero<sup>33</sup>, sulla quale la giurisprudenza si era fondata per riconoscere taluni effetti del fallimento estero.

Anche dopo l'entrata in vigore del LDIP mantiene perciò validità la giurisprudenza precedente, in merito al quesito a sapere quali effetti abbia il fallimento in Svizzera prima del suo riconoscimento, e quindi in merito alla capacità, legittimazione e qualità per agire della massa estera rispetto ai crediti del fallito contro debitori domiciliati in Svizzera<sup>34</sup>.

<sup>24</sup> alla lunga lista della dottrina maggioritaria menzionata da THEUS-SIMONI, op.cit. (n. 20), p. 349 n. 868, si può aggiungere HANISCH, Wirkungen deutscher Insolvenzverfahren auf in der Schweiz befindliches Schuldnervermögen, JZ 1988, p. 742, KREN KOSTKIEWICZ, Internationales Konkursrecht: Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Durchführung eines Sekundärkonkurses in der Schweiz, BLSchK 1993, p. 19, COMETTA, Assistenza giudiziaria internazionale in materia esecutiva; Fallimento e concordato internazionali, in: Assistenza giudiziaria internazionale in materia civile, penale, amministrativa ed esecutiva, Lugano 1999, p. 212; ZENNECK, Hauptverfahren grenzüberschreitender Insolvenzen von Kapitalgesellschaften und ihre Anerkennung durch unterstützende Nebenverfahren, Monaco 1996, p. 53, e BOMMER, Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis, Zurigo 2001, p. 190-192; *contra*: THEUS-SIMONI, op.cit. (n. 20), p. 350 con rif.

<sup>25</sup> *contra*: THEUS-SIMONI, op.cit. (n. 20), p. 353

<sup>26</sup> STAEHELIN; op.cit. (n. 18), p. 163

<sup>27</sup> GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Losanna 2001, ad art. 204 LEF, n. 9

<sup>28</sup> ad esempio nel caso di un decreto di fallimento estero non riconoscibile per mancanza del requisito di reciprocità

<sup>29</sup> Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982, n. 210.1; Boll. uff. Consiglio degli Stati 1985, p. 171; Boll. uff. Consiglio Nazionale 1986, 1361

<sup>30</sup> Message, op.cit. (n. 29), n. 210.2

<sup>31</sup> rottura che, fosse stata voluta dal legislatore, sarebbe stata esplicitamente dichiarata, cfr. DTF 126 I 81 consid. 5b, p. 92

<sup>32</sup> Rep. 1998, n. 84 consid. 5

<sup>33</sup> KREN KOSTKIEWICZ, op.cit. (n. 24), p. 17

<sup>34</sup> ZR 99, n. 63, consid. 2.3 p. 178; Rep. 1998, n. 84 consid. 5; JdT 2000 III p. 125, consid. 3b/aa; WALDER, Internationales Vollstreckungs- und Konkursrecht in der Schweiz, in: JÄGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, SchKG, 1997-

Nella misura in cui la DTF 129 III 683 consid. 5.3 abbia inteso affermare il contrario è quindi sbagliata, e non merita di essere seguita. Del resto, la stessa si fonda erroneamente su di una sentenza precedente<sup>35</sup> e sul parere di un autore<sup>36</sup> che non hanno affrontato tale quesito, essendosi limitati ad esaminare la qualità per agire della massa estera *dopo* la pronuncia ex art. 166 LDIP.

### 3. La capacità di essere parte e di stare in giudizio.

Capacità di esser parte e capacità di stare in giudizio sono presupposti essenziali di qualsiasi procedimento, e derivano dal diritto materiale.

La capacità di essere parte<sup>37</sup>, non essendo altro che l'aspetto processuale della capacità giuridica, spetta a chiunque abbia il godimento dei diritti civili, cioè chiunque sia capace di avere diritti ed obbligazioni; detta persona ha la capacità di agire od essere convenuta in giudizio a proprio nome<sup>38</sup>. La capacità di stare in giudizio (anche denominata capacità processuale)<sup>39</sup> deriva invece dalla capacità di agire, e spetta a chiunque abbia l'esercizio dei diritti civili; detta persona può procedere in lite con atti propri<sup>40</sup>.

Per sapere se una persona fisica o una persona giuridica fallita all'estero, una massa fallimentare estera, o un amministratore fallimentare estero siano capaci di essere parte e stare in giudizio in Svizzera si deve evidentemente cercare la risposta nel LDIP. Per le persone fisiche l'art. 34 LDIP indica che la capacità giuridica, e quindi quella di essere parte, è regolata dal diritto svizzero, mentre l'esercizio dei diritti civili, e quindi la capacità di stare in giudizio, sono retti dal diritto del domicilio (art. 35 LDIP). Sia il godimento che l'esercizio dei diritti civili delle persone giuridiche sono invece retti dal diritto dello Stato della loro incorporazione (art. 154, 155 lett. c LDIP).

Applicando tali principi ad una *persona fisica* fallita all'estero se ne conclude necessariamente che questa ha, prima o in assenza del riconoscimento ex art. 166 LDIP, il godimento dei diritti civili e quindi la capacità di essere parte (art. 11 CC). Quanto all'esercizio dei diritti civili, e quindi alla sua capacità di stare in giudizio, vale il diritto del domicilio; siccome per le leggi fallimentari moderne il decreto di fallimento non priva il fallito dell'esercizio dei diritti civili ma ne limita semplicemente la facoltà di disporre e quindi la qualità per agire<sup>41</sup>, col tipico effetto di spossessamento<sup>42</sup>, oppure produce direttamente l'espropriazione dei suoi beni che diventano proprietà del trustee in bankruptcy<sup>43</sup>, il debitore fallito rimane capace di stare in giudizio in Svizzera. Secondo taluni ciò vale persino quando la legge del domicilio dovesse fare discendere dal fallimento la perdita dell'esercizio dei diritti civili; tale effetto sarebbe infatti incompatibile con i principi dell'art. 27 CC e quindi lesivo dell'ordine pubblico<sup>44</sup>. Per rispondere alla domanda di fondo, il fallito estero ha perciò la capacità di esser parte e quella di star in giudizio per fare valere pretese contro suoi debitori in Svizzera; sapere se vi è legittimato materialmente (cioè se è titolare del credito vantato) o se ha la qualità per agire (cioè se ha la facoltà di disporre di tale credito) è altra questione.

2001, Anhang D, p. 366; WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, Berna 2002, p. 269; KREN KOSTKIEWICZ, op.cit.(n. 24), p. 17; STAEHELIN; op.cit (n. 18), p. 17, 21

<sup>35</sup> sentenza del Tribunale federale 1P.161/1991 del 24 luglio 1991 pubblicata in: JdT 1993 II 125, consid. 2d

<sup>36</sup> GILLIERON, op.cit (n. 23), p. 55

<sup>37</sup> Parteifähigkeit, capacité d'être partie

<sup>38</sup> BIGLER-EGGENBERGER, Basler Kommentar, Basilea 2002, ad art. 11 CC, n. 18; OLGATI, Le norme generali per il procedimento civile nel Cantone Ticino, Zurigo 2000, p. 314

<sup>39</sup> Prozessfähigkeit, capacité d'ester en justice

<sup>40</sup> BIGLER-EGGENBERGER, op.cit.(n. 38), ad art. 12 CC, n. 25; OLGATI, op.cit.(n. 38), p. 317

<sup>41</sup> Prozessführungsbefugnis, qualité pour agir

<sup>42</sup> cfr. ad esempio art. 622-9 C.Com. francese, § 80 InsO tedesca, art. 42 Lfall. italiana, § 1 KO austriaca; SCHÜPBACH, L'exécution collective dans quelques pays d'Europe, in: Le droit de la faillite internationale, Zurigo 1986, p. 65

<sup>43</sup> § 306 Insolvency Act 1986; ciò non vale sempre per le persone giuridiche le quali, di regola e salvo ordine espresso del giudice ex § 145 Insolvency Act 1986, perdono - più tradizionalmente - la sola facoltà di disporre, FLETCHER, Insolvency in private international law, New York 1999, p. 150

<sup>44</sup> STAEHELIN; op.cit (n. 18), p. 31

Dopo il riconoscimento del fallimento si producono in Svizzera, sui beni che cadono nella massa ancillare, gli stessi effetti fallimentari svizzeri; poiché neanche il diritto fallimentare svizzero produce effetti né sulla capacità giuridica né su quella processuale del fallito<sup>45</sup>, questi mantiene la capacità di essere parte e stare in giudizio in Svizzera. Per quei beni di sua proprietà che non fanno parte della massa ancillare egli avrà anche la qualità per agire; per gli altri no, detta qualità essendo trasferita alla massa svizzera (rappresentata dall'Ufficio fallimenti) che sola potrà procedere per fare valere in giudizio un credito del fallito contro un debitore in Svizzera, o rinunciarvi cedendo tale qualità ex art. 260 LEF, o realizzare tale credito vendendolo ai pubblici incanti o a trattative private (art. 256 LEF).

Venendo al caso della *persona giuridica* fallita all'estero, possono valere simili considerazioni, capacità di essere parte e capacità processuale essendo determinate dal diritto dell'incorporazione, ed il fallimento non comportando, di regola, la perdita del godimento e dell'esercizio dei diritti civili da parte della fallita, ma unicamente il suo scioglimento e liquidazione<sup>46</sup>.

Prima del riconoscimento ex art. 166 LDIP la stessa può quindi agire in Svizzera per il riconoscimento di suoi crediti contro debitori in Svizzera. Affermare il contrario, come sembra fare la DTF 129 III 683 consid. 5.3, per il motivo che il fallimento estero sarebbe semplicemente inesistente è contraddittorio: se è inesistente, a maggior ragione non può privare la persona giuridica della sua capacità processuale.

Dopo il riconoscimento, la stessa ha la medesima capacità, ma le mancherà la qualità per agire rispetto ai beni caduti nella massa svizzera (art. 204 LEF).

Diverso è il quesito della sua rappresentanza - e cioè quello a sapere quali siano i suoi organi e quali poteri di rappresentanza abbiano - di cui si dirà in seguito.

Quanto alla *massa fallimentare* estera (rappresentata dall'amministratore estero), un principio giurisprudenziale pacifico e riconfermato anche di recente vuole che il godimento e l'esercizio dei diritti civili da parte di questa siano retti dal diritto del suo statuto personale, e quindi dalla *lex fori concursus*<sup>47</sup>.

Tale principio è sacrosanto e non necessita di alcun ripensamento, poiché trova oggi il suo fondamento nello stesso testo di legge. Per l'art. 155 lett. c LDIP infatti il diritto applicabile alla società - cioè quello della sua incorporazione (art. 154 LDIP) - determina anche la sua capacità giuridica e la sua capacità di agire, e tali disposizioni si applicano alla massa fallimentare in quanto unità patrimoniale organizzata (art. 150 cpv. 1 LDIP). Il fatto che la capacità della massa fallimentare derivi da una legge fallimentare estera è irrilevante, poiché il carattere di diritto pubblico eventualmente attribuito ad una disposizione del diritto straniero richiamata dal LDIP non ne impedirebbe comunque l'applicazione (art. 13 LDIP); del resto, non si vede proprio come potrebbe essere contraria all'ordine pubblico svizzero (art. 17 LDIP) una norma che riconosce la capacità processuale di una persona<sup>48</sup>.

Alla massa fallimentare estera spetta perciò, sia prima che dopo il riconoscimento del fallimento estero, la capacità di essere parte e quella di star in giudizio in Svizzera, purché tali capacità le siano riconosciute dal diritto fallimentare estero. Nella misura in cui la DTF 129 III 683 consid. 5.3 affermi il contrario non merita di fare giurisprudenza.

Come per le altre ipotesi, il riconoscimento della capacità processuale della massa deve però essere distinto dalla questione della sua legittimazione materiale e della sua qualità per agire.

Infine, per l'*amministratore fallimentare* estero valgono simili considerazioni, se il diritto del domicilio o della sua incorporazione gli riconoscono capacità giuridica e di agire.

<sup>45</sup> WOHLFART, op.cit.(n. 19), ad art. 204 LEF, n. 41, 43; GILLIERON, op.cit.(n. 27), ad art. 204 LEF, n. 7

<sup>46</sup> cfr.- ad esempio art. 1844-7 CC francese, § 262 AktG e § 60 GmbHG tedesche, art. 2448 CC italiano,

<sup>47</sup> DTF 100 Ia 18 consid. 2; sentenza del Tribunale federale 7B.109/2004 del 17 agosto 2004 pubblicata in PCEF 2004, p. 256 consid. 3; sentenza del Tribunale federale 5P.369/2002 del 20 maggio 2003 consid. 2.2

<sup>48</sup> B1SchK 1991, n. 20, p. 77, consid. 3a; cfr. anche GEIMER, Internationales Zivilprozessrecht, Colonia 2005, n. 3472a

#### 4. La capacità di escutere e di essere escusso.

Poiché la capacità di escutere ed essere escusso<sup>49</sup> non è altro che l'aspetto di diritto esecutivo della capacità processuale, e spetta dunque a chiunque abbia l'esercizio dei diritti civili<sup>50</sup>, vale tutto quanto esposto al punto precedente. Se il diritto straniero riconosce la capacità di essere parte e di stare in giudizio alla persona fisica o a quella giuridica fallita all'estero, rispettivamente alla massa fallimentare o all'amministratore del fallimento, tali persone hanno anche la capacità di escutere in Svizzera i propri debitori o di esservi escusse dai propri creditori, sia prima che dopo l'apertura della procedura ancillare<sup>51</sup>. Risulteranno vittoriosi nelle esecuzioni da loro promosse se dimostreranno di esser titolari del credito escusso e di averne la facoltà di disporre.

Tale ovvia affermazione sembra essere negata dalla DTF 129 III 683 consid. 5.3 e da un'opinione dottrinale, per il motivo che contrasterebbe colla sovranità svizzera e col connesso principio di territorialità<sup>52</sup>; il quesito è stato lasciato indeciso da una sentenza ticinese, ove però è stata ammessa la possibilità per una massa fallimentare italiana di procedere in Svizzera, senza apertura di procedura ancillare, per fare valere in giudizio una pretesa creditoria del fallito<sup>53</sup>.

In realtà il riconoscimento, imposto dalle norme del LDIP, della capacità di escutere non turba in alcun modo la sovranità svizzera.

In primo luogo è incontestabile che il principio di territorialità e quello di sovranità non ostano in alcun modo alla capacità del *debitore fallito* all'estero (persona fisica o giuridica) di escutere un suo debitore in Svizzera, prima del suo riconoscimento. Anzi, è proprio il contrario: se si ritiene inesistente il fallimento estero, questo non può evidentemente privare di capacità alcuna il debitore fallito.

Dopo il riconoscimento il risultato è lo stesso, poiché il fallito non perde la capacità di essere oggetto dell'esecuzione: semplicemente non può più essere escusso in via di pignoramento (art. 206 LEF).

In secondo luogo, per quanto riguarda la *massa fallimentare* o l'*amministrazione del fallimento* estere, il principio di sovranità impedisce unicamente che tali organi fallimentari esteri procedano in Svizzera *iure imperii* applicando in prima persona misure coercitive per recuperare beni del fallito. A tali organi è perciò (solo) vietato di fare uso in Svizzera dei poteri coercitivi statali dei quali dispongono nel loro Paese, ad esempio ingiungendo personalmente e con minaccia di sanzioni penali a terzi dei divieti di disporre o la consegna di beni del fallito (art. 222, 232 LEF)<sup>54</sup>; tali atti sono di esclusiva competenza dell'Ufficio delle esecuzioni e dei fallimenti svizzero, al quale gli organi esteri devono chieder assistenza<sup>55</sup>. Il principio di sovranità non impedisce però appunto che gli organi esteri chiedano l'assistenza dei competenti organi esecutivi svizzeri - procedendo come farebbe un qualunque privato cittadino - per ottenere l'esecuzione forzata di un debito in Svizzera, promuovendo una normale esecuzione in via di pagamento o prestazione di garanzia ex art. 37 LEF<sup>56</sup>.

D'altra parte, la facoltà di ottenere l'aiuto dello Stato per l'esecuzione forzata di un debito costituisce un diritto soggettivo del cittadino, corollario dello stesso diritto di credito<sup>57</sup>. Sarebbe quindi incomprensibilmente con-

<sup>49</sup> *Betreibungsfähigkeit*, *capacité de poursuivre*

<sup>50</sup> KOFMEL EHRENZELLER, SchKG I, Basilea 1998, ad art. 67 LEF, n. 18; BIGLER-EGGENBERGER, op.cit.(n. 38), ad art. 12 CC, n. 33

<sup>51</sup> dopo il riconoscimento ex art. 166 LDIP, il fallito estero non può però più essere oggetto di esecuzioni in via di pignoramento (art. 206 LEF)

<sup>52</sup> LEMBO/JANNERET, *La reconnaissance d'une faillite étrangère* (art. 166 et ss. LDIP): état des lieux et considérations pratiques, SJ 2002 II, p. 267

<sup>53</sup> Rep. 1998 n. 84, consid. 7

<sup>54</sup> DTF 130 III 620 consid. A e 3.4.2, 111 III 38 consid. 1, 109 III 83 consid. 6, 100 Ia 18 consid. 5, 94 III 83 consid.6c;

<sup>55</sup> JUNOD, op.cit.(n. 10), p. 11

<sup>56</sup> B1SchK 1999, n. 7, consid. 3; BÜRGI, *Konkursrechtliche Staatsverträge der Schweiz mit den ehemaligen Königreichen Württemberg und Bayern sowie mit Frankreich*, in: FS 100 Jahre SchKG, Zurigo 1989, p. 185; WALDER, op.cit. (n. 34), p.367 n. 55; idem, *Die Konkursrechtlichen Bestimmungen des neuen IPR-Gesetzes*, in: FS 100 Jahre SchKG, Zurigo 1989, p. 337; JUNOD, op.cit.(n. 10), p. 12-13; DALLEVES, op.cit. (n. 18), p. 5; STAEHELIN, *Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, AJP 1995, p. 270

<sup>57</sup> GILLIERON, op.cit.(n. 27), *remarques introductives*: art. 1-37 LEF, n. 109; idem, op.cit. (n. 23), p. 35-36

traddittorio riconoscere alla massa o all'amministratore fallimentare estero la capacità di essere titolare di crediti, quella di stare in giudizio per farli riconoscere, e poi negargli quella di escuterli. Ciò sarebbe contrario anche all'art. 6 CEDU, che garantisce appunto il diritto del cittadino ad ottenere l'esecuzione forzata delle decisioni giudiziarie a suo favore<sup>58</sup>.

Infine negare a tali persone la capacità di procedere in Svizzera come privati cittadini, promuovendo esecuzioni contro i loro debitori, sarebbe in contrasto con l'opinione generalmente ammessa secondo la quale esse possono, anche in assenza di riconoscimento, appunto almeno agire privatamente per entrare in possesso dei beni del fallito in Svizzera, ad esempio facendosi rilasciare procure dal fallito<sup>59</sup>.

Il principio di sovranità non impedisce quindi di ammettere la capacità di escutere della massa fallimentare o dell'amministratore fallimentare esteri, sia prima che dopo l'apertura della procedura ancillare.

Riconosciuta loro la capacità attiva non si vede perché negare loro quella di essere escussi per i loro debiti ai quali peraltro, appunto non essendo del fallito, non si applica l'art. 206 LEF. Ci mancherebbe altro che l'avvocato incaricato dall'amministrazione fallimentare estera di presentare l'istanza ex art. 166 LDIP non possa, se necessario, escuterla per il pagamento del proprio onorario!

### 5. La legittimazione materiale.

È generalmente riconosciuto che si debba operare una distinzione netta tra la capacità di essere parte e di stare in giudizio e la legittimazione materiale<sup>60</sup>. Mentre le prime sono presupposti processuali, la seconda è una questione di diritto sostanziale che dipende dunque dalla titolarità del diritto oggetto dell'azione in giustizia. La legittimazione attiva spetta a colui che è veramente titolare della pretesa che fa valere; quella passiva spetta al convenuto nei confronti del quale sussiste veramente il diritto soggettivo fatto valere dall'attore oppure a colui che ha veramente partecipato al rapporto giuridico in questione<sup>61</sup>.

Alla luce di tali pacifici principi la DTF 129 III 683 consid. 5.3, che pare negare di principio alla massa fallimentare estera o alla società di capitali fallita all'estero la legittimazione attiva per escutere i propri debitori in Svizzera, lascia perplessi. Occorre infatti distinguere.

Innanzitutto non si vede proprio per quale motivo il *fallito estero*, sia esso persona fisica o giuridica, debba perdere la sua legittimazione attiva circa suoi diritti patrimoniali siti in Svizzera. Prima dell'apertura della procedura ancillare svizzera egli rimane titolare dei propri crediti siti nel nostro Paese sia perché, generalmente, le decisioni di fallimento estere provocano lo spossessamento del debitore e non la sua automatica espropriazione<sup>62</sup>, sia perché, ove la legge estera prevedesse l'automatico passaggio della titolarità dei diritti del fallito all'amministratore fallimentare<sup>63</sup>, si tratterebbe ovviamente di un effetto tipico del fallimento (paragonabile a quello classico dello spossessamento) che non potrebbe prodursi in Svizzera in virtù del principio di territorialità.

Dopo l'apertura del fallimento ancillare, ed in virtù dello spossessamento prodottosi in Svizzera ex art. 204 LEF, il fallito non perde la titolarità dei suoi crediti bensì la sola facoltà di disporne; pur mantenendo la legittimazione attiva non può più agire perché gli manca appunto la qualità per agire<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> Corte E.D.U. 28 luglio 1999, Immobiliare Saffi, Recueil 1999-V, § 63 e 74

<sup>59</sup> DTF 111 III 38 consid. 1, 103 III 54 consid. 3e, 102 III 71 consid. 3c; THEUS-SIMONI, op.cit. (n. 20), p. 341; HANISCH, Procédure d'insolvabilité interne comprenant des biens situés à l'étranger, in: Le droit de la faillite internationale, Zurigo 1986, p. 32-33; AUBERT/BEGUIN/BERNASCONI/VON BURG/SCHWOB/TREULLAUD, Le secret bancaire suisse, Berna 1995, p. 619; KLEINER/SCHWOB, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zurigo 2003, ad art. 47 LBCR, n. 90; GEIMER, op.cit. (n. 48), p. 3479

<sup>60</sup> Sachlegitimation

<sup>61</sup> OLGATI, op.cit. (n. 38), p. 329; OTTAVIANI, Le parti nel processo civile ticinese, Zurigo 1989, p. 17;

<sup>62</sup> cfr. le citazioni sub nota 42

<sup>63</sup> com'è il caso nel diritto inglese del fallimento delle persone fisiche, cfr. § 306 Insolvency Act 1986

<sup>64</sup> WOHLFART, op.cit. (n. 19), ad art. 204 LEF, n. 44; cfr. infra sub 6

Quanto alla *massa fallimentare* o *all'amministratore del fallimento esteri* valgono analoghe considerazioni.

Se per il diritto estero hanno la capacità di essere titolari di diritti ed obblighi, e se per il diritto applicabile al merito dell'obbligazione ne sono veramente titolari (vuoi dell'aspetto attivo vuoi di quello passivo), perché mai si dovrebbe negare loro la legittimazione attiva o passiva in Svizzera, prima o dopo l'apertura della procedura ancillare? Sembra ovvio che prima, la decisione di fallimento estero non può influire negativamente sulla titolarità dei diritti della massa estera; dopo men che meno, visto che i diritti dei quali è titolare la massa estera non cadono nella massa ancillare svizzera, perché non di pertinenza del fallito<sup>65</sup>. Riprendendo in maniera speculare l'esempio precedentemente esposto, ci mancherebbe altro che la massa estera o la sua amministrazione non siano legittimati a fare causa per danni all'avvocato svizzero da loro incaricato di presentare l'istanza ex art. 166 LDIP, se questi è incorso in un errore professionale!

Ciò che non potranno fare è fare valere *in nome proprio* in Svizzera crediti del fallito perché, come visto sopra, non ne diventano titolari a seguito del fallimento: ergo mancherà loro la legittimazione attiva<sup>66</sup>. Né potranno sequestrare beni del fallito siti in Svizzera<sup>67</sup> perché il sequestro mira a garantire un credito, ma né la massa né il suo amministratore sono titolari di crediti nei confronti del fallito<sup>68</sup>.

#### 6. La qualità per agire (o legittimazione formale).

Dalla legittimazione attiva o passiva bisogna però distinguere la qualità per agire<sup>69</sup> o legittimazione formale. Usualmente la persona capace di essere parte, di stare in giudizio e che fa valere un diritto del quale è titolare è pure legittimata formalmente, cioè possiede la qualità per agire. In casi eccezionali però la legge prevede la dissociazione della legittimazione materiale e della qualità per agire con l'istituto della sostituzione processuale: Tizio rimane capace di esser parte, di stare in giudizio e titolare del diritto sostanziale ma perde il diritto di condurre il processo (qualità per agire), che viene trasmesso al sostituto processuale Caio, il quale agisce in nome proprio ma facendo valere il diritto di Tizio<sup>70</sup>.

Ciò si verifica in particolare nel caso del fallimento. La restrizione della facoltà di disporre del fallito comporta il trasferimento della (sola) qualità per agire, rispetto ai suoi diritti patrimoniali caduti nella massa, alla massa fallimentare rappresentata dall'amministrazione fallimentare: il fallito mantiene la capacità giuridica e l'esercizio dei diritti civili, la capacità di essere parte e quella processuale, e la legittimazione attiva, ma perde la qualità per agire rispetto ai suoi crediti contro terzi, che possono esser fatti valere in giudizio unicamente dalla massa fallimentare, agente in nome proprio quale sostituto processuale del fallito<sup>71</sup>.

Si tratta di una conseguenza dello spossessamento del debitore, cioè di quell'effetto tipico del fallimento per antonomasia che, in quanto tale, non può verificarsi in Svizzera senza riconoscimento ex art. 166 LDIP, in applicazione della nozione tradizionale del principio di territorialità<sup>72</sup>.

In virtù di tali considerazioni, prima dell'apertura della procedura fallimentare ancillare, il *fallito estero* (persona fisica o giuridica) mantiene il potere di disporre dei suoi beni in Svizzera e quindi pure la qualità per agire in giustizia in Svizzera contro i suoi debitori ivi residenti: il principio di territorialità non permette allo spossessamento avvenuto all'estero di avere efficacia sui beni siti in Svizzera. La DTF 129 III 683 consid. 5.3

<sup>65</sup> cfr. supra sub 2

<sup>66</sup> DTF 54 III 25

<sup>67</sup> DTF 102 III 71 consid. 2

<sup>68</sup> GILLIERON, op.cit. (n. 23), p. 36

<sup>69</sup> Prozessführungsbefugnis, qualité pour agir

<sup>70</sup> HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, Ginevra 1975, p. 176; GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zurigo 1979, p. 142; BOHNET/SCHWEIZER, *Les défenses relatives à l'instance et à l'action spécialement en procédure civile neuchâtelaise*, RJN 1997, p. 65; OTTAVIANI, op.cit.(n. 61), p. 27,

<sup>71</sup> GILLIERON, op.cit.(n. 27), ad art. 207 LEF, n. 18; WOHLFART, op.cit. (n. 19), ad art. 204 LEF, n. 41, 44; OTTAVIANI, op.cit.(n. 61), p. 31

<sup>72</sup> STAEHELIN, op.cit. (n. 18), p. 16

che sembra, almeno nel risultato, negare tale qualità per agire alla società di capitali estera fallita è quindi errata: per assurdo, conduce a negare lo stesso principio di territorialità sul quale pretende di fondarsi. Dopo il riconoscimento ex art. 166 LDIP invece la qualità per agire, rispetto a tali beni, spetta esclusivamente alla massa ancillare svizzera rappresentata dall'Ufficio fallimenti.

La *massa fallimentare* o *l'amministratore del fallimento esteri* mantengono ovviamente la qualità per agire rispetto ai crediti dei quali sono titolari direttamente, sia prima che dopo l'apertura della procedura ancillare, poiché questa non influisce comunque sul potere della massa estera di disporre dei propri crediti. Né la massa estera né il suo amministratore potranno però fare valere in giudizio in Svizzera diritti patrimoniali del fallito ivi situati, poiché questo mantiene, come appena indicato, la qualità per agire. Ciò vale sia prima dell'apertura del procedimento ancillare, in virtù del principio di territorialità, sia dopo, poiché la qualità per agire viene così trasferita esclusivamente alla massa ancillare svizzera rappresentata dall'Ufficio fallimenti<sup>73</sup>.

### 7. La legittimazione del rappresentante

Infine, dai concetti summenzionati occorre distinguere la questione della legittimazione del rappresentante<sup>74</sup>. È su tale questione che le differenze oggettive esistenti tra persone fisiche e persone giuridiche portano, naturalmente, ad operare una distinzione riguardo agli effetti del fallimento estero.

La *persona fisica*, al contrario della persona giuridica, ha testa, braccia e gambe. Essa può quindi, se ha l'esercizio dei diritti civili e dunque la capacità processuale, agire in giudizio e nella procedura esecutiva da sola. Non essendo tenuta ad essere rappresentata, un problema di legittimazione del rappresentante non si pone necessariamente.

Come precedentemente indicato, fino al riconoscimento del fallimento estero ex art. 166 LDIP, la persona fisica fallita all'estero mantiene in Svizzera la capacità di essere parte, quella di stare in giudizio<sup>75</sup>, la legittimazione materiale e, in applicazione della tradizionale nozione del principio di territorialità, pure la qualità per agire in merito ai suoi diritti patrimoniali siti in Svizzera. Essa può liberamente disporre dei suoi beni in Svizzera, e perciò anche agire da sola in giudizio contro suoi debitori ivi domiciliati e poi escuterli, oppure essere oggetto di esecuzioni individuali da parte di suoi creditori. La sua massa fallimentare estera o l'amministratore fallimentare estero non possono né impedirlo, né fare valere parallelamente le citate azioni poiché non sono né legittimati attivamente né hanno la qualità per agire<sup>76</sup>.

Nulla vieta (per il diritto svizzero<sup>77</sup>) però al fallito estero di conferire procura ad un rappresentante per agire in Svizzera, rappresentante che potrebbe essere anche lo stesso amministratore fallimentare estero; la legittimazione del rappresentante sarà verificata in applicazione del diritto applicabile al mandato (art. 126 cpv. 1 e 2 LDIP).

Dopo l'apertura della procedura ancillare si produce lo spossessamento ex art. 204 LEF, a favore esclusivo della massa ancillare: il fallito (ed il suo rappresentante), la massa e l'amministratore fallimentare esteri non hanno perciò qualità per agire rispetto ai beni siti in Svizzera.

Le *persone giuridiche* invece, visto che non hanno testa, braccia né gambe, sono necessariamente rappresentate dai loro organi; in assenza di organi non hanno l'esercizio dei diritti civili e quindi neppure la capacità processuale (art. 54 CC). Il problema della legittimazione dei loro rappresentanti si pone quindi sempre.

<sup>73</sup> sentenza del Tribunale federale 1P.161/1991 del 24 luglio 1991 pubblicata in: JdT 1993 II 125, consid. 2d

<sup>74</sup> questione apparentemente per nulla esaminata nella DTF 129 III 683 consid. 5.3

<sup>75</sup> al contrario dell'interdetto, che non ha l'esercizio dei diritti civili

<sup>76</sup> DTF 100 Ia 18 consid. 5, 54 III 25

<sup>77</sup> visto che lo spossessamento e quindi la perdita della facoltà di disporre del fallito estero sancita dalla legge estera non è efficace in Svizzera, secondo la nozione tradizionale del principio di territorialità

Anche la persona giuridica fallita all'estero mantiene, come visto in precedenza, la capacità di essere parte, quella di stare in giudizio, la legittimazione materiale e la qualità per agire rispetto ai suoi diritti patrimoniali siti in Svizzera, fino all'apertura del fallimento ancillare. A differenza delle persone fisiche però, il fallimento comporta non solo lo spossessamento ma anche, solitamente, una modifica nell'organizzazione della persona giuridica e nel potere di rappresentanza dei suoi organi<sup>78</sup>. Il quesito sulla legittimazione del rappresentante diventa perciò centrale.

Ad esempio, per le società di capitali il diritto svizzero prevede che il decreto di fallimento provoca lo scioglimento della società (art. 736 n. 3, 820 n. 3 CO) che viene liquidata ad opera dell'amministrazione del fallimento (art. 740 cpv. 5, 823 CO); il potere di rappresentanza viene così trasferito all'amministrazione del fallimento, mentre i precedenti organi sociali, che pur rimangono formalmente in carica, perdono quasi integralmente la facoltà di rappresentare la società, potendo in sostanza solo ricorrere contro il decreto di fallimento, proporre un concordato, o ricorrere contro i provvedimenti dell'amministrazione del fallimento<sup>79</sup>. Si tratta di effetti che, qualificati secondo il diritto svizzero<sup>80</sup>, non sono tipicamente fallimentari ma sostanziali<sup>81</sup>; quindi il principio di territorialità non osta, di principio, a che questi si producano in Svizzera, anche senza riconoscimento o exequatur. Per sapere se tali effetti previsti dal diritto estero si producano anche in Svizzera bisogna unicamente verificare se detto diritto estero sia il diritto applicabile.

Per l'art. 154 LDIP il diritto applicabile alla società è quello della sua incorporazione, e questo determina in particolare le cause di scioglimento della società (art. 155 lett. b LDIP), la sua organizzazione (art. 155 lett. e LDIP), e la rappresentanza delle persone che agiscono per la società in virtù della sua organizzazione (art. 155 lett. i LDIP). Secondo tale esplicito rinvio ancorato oggi nel LDIP la legittimazione del rappresentante della persona giuridica (fallita) estera deve essere verificata esclusivamente sulla base della legge estera richiamata. Ergo, laddove il diritto estero del luogo d'incorporazione della persona giuridica fallita prevede, analogamente a quello svizzero, che il fallimento comporta un trasferimento (quasi integrale) dei poteri di rappresentanza dagli organi sociali all'amministrazione fallimentare - com'è il caso per le società di capitali italiane<sup>82</sup>, tedesche<sup>83</sup>, francesi<sup>84</sup>, austriache<sup>85</sup>, del Liechtenstein<sup>86</sup>, e di quei territori ove vige la legge inglese<sup>87</sup> - detta modifica della legittimazione del rappresentante, che non comporta misura coercitiva alcuna, si produce anche in Svizzera, e senza che sia necessaria una procedura di riconoscimento o di exequatur. In tali casi l'amministrazione fallimentare estera è legittimata quale rappresentante della fallita (e quindi a nome di questa) ad agire contro debitori della fallita domiciliati in Svizzera e poi escuterli; i precedenti organi della fallita hanno invece perso il potere di rappresentarla in tali azioni.

Non si tratta di riconoscere una sentenza estera (di fallimento), ma unicamente di applicare il diritto materiale estero richiamato dal nostro LDIP. In fin dei conti, negare la legittimazione dell'amministrazione fallimentare estera a rappresentare la persona giuridica fallita, prevista dal diritto richiamato dal LDIP, significa disattendere lo stesso LDIP. Determinante è che il decreto di fallimento estero è solo un fatto, dal quale deriva una

<sup>78</sup> DTF 90 II 247 consid. 2

<sup>79</sup> WOHLFART, op.cit. (n. 19), ad art. 204 LEF, n. 18; BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Zürcher Kommentar, 1979, ad art. 741 CO, n. 29

<sup>80</sup> la qualifica della natura - tipicamente fallimentare o materiale - degli effetti di una norma estera deve infatti avvenire secondo il diritto svizzero, cfr. STAEHELIN, op.cit. (n. 18), p. 15

<sup>81</sup> DTF 35 I 811 consid. 3; STAEHELIN, op.cit. (n. 18), p. 17; cfr. inoltre i rif. citati alle note 18 e 34

<sup>82</sup> art. 2448 cpv. 2, 2449 CCitaliano, art. 31 Lfall. italiana; CIAN/TRABUCCHI, Commentario breve al Codice civile, Complemento giurisprudenziale, Padova 2001, ad art. 2448 CC, n. VIII

<sup>83</sup> § 262 AktG, § 60 GmbHG; BAUMBACH/HUECK, GmbH-Gesetz, Monaco 1988, ad § 63 GmbHG, n. 37

<sup>84</sup> art. 1844-7 CCfrancese, art. 237-15 e 237-24 Ccom. francese

<sup>85</sup> ZR 99, n. 63, consid. 2.3, p. 178 con rif.

<sup>86</sup> art. 133 n. 3 PGR Liechtenstein; WANGER, Liechtensteinisches Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht, Vaduz 2000, p. 71, 117

<sup>87</sup> Istituto svizzero di diritto comparato, Recueil d'avis de droit, Cahier n. 6: Faillite, Losanna 1999, p. 7; THEUS-SIMONI, op.cit. (n. 20), p. 118

conseguenza giuridica secondo il diritto estero applicabile; perché tale conseguenza giuridica si produca non è dunque necessario il riconoscimento o l'*exequatur*<sup>88</sup>.

Secondo un autore il rispetto della facoltà di rappresentanza dell'amministrazione fallimentare prevista dal diritto estero contrasterebbe con la volontà del legislatore di proteggere i creditori privilegiati svizzeri ex art. 172 cpv. 1 LDIP, detta amministrazione potendo in concreto disporre dei beni del fallito in Svizzera senza fare capo alla procedura degli art. 166 e segg. LDIP<sup>89</sup>. Tale obiezione non è però sufficiente a disattendere il chiaro testo dell'art. 155 lett. i LDIP, vuoi perché non esistono sempre e necessariamente tali creditori privilegiati<sup>90</sup>, vuoi perché gli interessi di tali creditori privilegiati sono comunque sufficientemente tutelati dalla facoltà loro riconosciuta di richiedere l'*exequatur* del fallimento estero (art. 166 cpv. 1 LDIP): essi possono comunque provocare l'apertura del fallimento ancillare con l'effetto (art. 204 LEF) di sottrarre la facoltà di disporre e la qualità per agire alla fallita estera (ed alla sua rappresentante, l'amministrazione fallimentare estera)<sup>91</sup>.

Per un altro autore la disparità di trattamento che ciò comporta tra persone fisiche e giuridiche non sarebbe giustificata da elementi oggettivi, ciò che sarebbe stato confermato anche dalla simile opinione del Bundesgerichtshof espressa in una sentenza del 1985<sup>92</sup>. L'obiezione però non convince. Da un lato perché le oggettive differenze esistenti tra persone fisiche e giuridiche<sup>93</sup> sono più che sufficienti a spiegare tale differente trattamento. Dall'altro perché, se tale differenza può in effetti apparire inopportuna o illogica da un punto di vista fallimentare, ciò dovrebbe piuttosto giustificare il passaggio al sistema dell'universalità del fallimento<sup>94</sup>, e non un livellamento verso il basso con l'applicazione ancora più rigida del principio di territorialità.

Dopo l'apertura della procedura ancillare invece le persone giuridiche sono parificate alle persone fisiche: la fallita (ed il suo rappresentante) non hanno più qualità per agire rispetto ai beni siti in Svizzera (art. 204 LEF).

Quanto alla legittimazione del rappresentante della *massa fallimentare estera*, in quanto unità patrimoniale organizzata (art. 150 cpv. 1 LDIP), questa è retta dalla *lex fori concursus*.

### 8. Excursus: La posizione della banca svizzera nei fallimenti internazionali.

Quanto indicato ai punti precedenti circa gli effetti del fallimento estero in relazione a procedure giudiziarie od esecutive in Svizzera vale necessariamente anche nei confronti dei privati, e quindi anche della banca svizzera presso la quale il fallito estero ha una relazione, prima dell'apertura della procedura ancillare svizzera. Dopo tale apertura, la banca deve seguire esclusivamente le istruzioni dell'Ufficio fallimenti svizzero<sup>95</sup>.

Se il fallito estero è una *persona fisica*, questa mantiene sia l'esercizio dei diritti civili che la facoltà di disporre del proprio patrimonio in Svizzera. Ciò significa che, fino al riconoscimento ex art. 166 LDIP del fallimento estero, la banca può e deve seguire le istruzioni del suo cliente fallito, sia che voglia ottenere delle informazioni sia che voglia disporre dei fondi<sup>96</sup>.

<sup>88</sup> c.d. Tatbestandswirkung, cfr. DUTOIT, Commentaire LDIP, Basilea 2001, ad art. 25 LDIP, n. 2; KNOEPFLER/SCHWEIZER, Droit international privé suisse, Berna 1995, n. 706, 711; AUDIT, Droit international privé, Parigi 2000, n. 450, 472; SCHACK, Internationales Zivilverfahrensrecht, Monaco 2002, n. 780

<sup>89</sup> MARCHAND, Exécution de décisions étrangères en matière de faillite, in: Entraide judiciaire et exécution forcée, Berna 2004, n. 28

<sup>90</sup> cfr. l'opinione dell'Autorità di sorveglianza LEF ginevrina citata nella sentenza del Tribunale federale 7B.195/2002 consid. 1

<sup>91</sup> JdT 2000 III p. 125 consid. 3b/aa

<sup>92</sup> THEUS-SIMONI, op.cit. (n. 20), p. 259

<sup>93</sup> presenza / assenza di testa, gambe e braccia; necessità per le seconde di avere dei rappresentanti

<sup>94</sup> come appunto ha fatto il Bundesgerichtshof nella sentenza in questione, NJW 1985, p. 2897 consid. 4

<sup>95</sup> AUBERT/BEGUIN/BERNASCONI/VON BURG/SCHWOB/TREUILLAUD, op.cit. (n. 59), p. 615

<sup>96</sup> DTF 130 III 620

Al contrario, la banca non deve né dare informazioni all'amministrazione fallimentare estera né permetterle di disporre dei fondi del fallito, dei quali essa non è né titolare né ha la facoltà di disporre, salvo che disponga di procura da parte del fallito<sup>97</sup>. L'amministrazione fallimentare estera potrà però ottenere delle informazioni su relazioni bancarie del fallito tramite una rogatoria fondata sulla Convenzione dell'Aia del 18 marzo 1970 sull'assunzione all'estero delle prove in materia civile o commerciale, che appunto è applicabile anche ad una procedura fallimentare<sup>98</sup>.

Nel caso della *persona giuridica* fallita all'estero, anch'essa mantiene, sino al riconoscimento ex art. 166 LDIP del fallimento estero, sia l'esercizio dei diritti civili che la facoltà di disporre del proprio patrimonio in Svizzera. I suoi organi perdono però di regola i poteri di rappresentanza che vengono trasferiti all'amministrazione fallimentare estera. La banca deve quindi semplicemente risolvere il quesito della legittimazione del rappresentante secondo il diritto dello Stato d'incorporazione richiamato dal LDIP, quesito che non ha nulla a che fare coi principi di territorialità e sovranità svizzeri.

Se gli effetti del fallimento sui poteri di rappresentanza sono simili a quelli del diritto svizzero la banca deve prenderne atto, e non avere più rapporti con i vecchi organi della fallita, in particolare impedendo loro di disporre del patrimonio depositato in Svizzera.

La banca dovrà invece seguire le istruzioni fornite dell'amministrazione fallimentare estera quale nuova rappresentante della sua cliente, in particolare in merito alla consegna dei fondi depositati<sup>99</sup>.

Dovrà parimenti ossequiare alle richieste d'informazione sui beni della fallita in Svizzera provenienti dall'amministrazione fallimentare estera<sup>100</sup>. Siccome tale richiesta proviene a nome della sua stessa cliente, la banca è tenuta ex art. 400 CO a fornire informazioni relative a tutta la durata del mandato<sup>101</sup>.

## 9. Conclusioni e prospettive future.

*Volendo stare decisus et quieta non movere* vale quanto segue.

La persona fisica fallita all'estero può, prima del fallimento ancillare, disporre del suo patrimonio svizzero, agire contro suoi debitori in Svizzera ed escuterli. Aperto il fallimento ancillare perde tali facoltà ad esclusivo beneficio dell'amministrazione fallimentare svizzera.

La persona giuridica fallita all'estero può, prima del fallimento ancillare, disporre del suo patrimonio svizzero, agire contro suoi debitori in Svizzera ed escuterli. È il diritto estero della sua incorporazione che determina chi la rappresenti, con quali modalità, e se il fallimento comporti una modifica nei poteri di rappresentanza; tale modifica si produce anche in Svizzera senza riconoscimento od exequatur.

Aperto il fallimento ancillare la fallita perde la qualità per agire ad esclusivo beneficio dell'amministrazione fallimentare svizzera.

Se la *lex fori concursus* lo prevede, la massa fallimentare estera o l'amministratore fallimentare estero sono capaci di essere parte e di stare in giudizio in Svizzera rispetto a diritti dei quali sono titolari. Sono anche capaci di escutere e di essere escussi come privati cittadini. Non possono invece fare valere in nome proprio diritti patrimoniali del fallito siti in Svizzera, né agire in Svizzera *iure imperii*, facendo uso in Svizzera dei poteri coercitivi statali dei quali dispongono nel loro Paese. Tutto ciò sia prima che dopo l'apertura della procedura ancillare.

Certo il sistema non è perfetto.

<sup>97</sup> AUBERT/BEGUIN/BERNASCONI/VON BURG/SCHWOB/TREUILLAUD, op.cit (n. 59), p. 618, n. 3, 5

<sup>98</sup> Ufficio federale di giustizia, Linee direttive sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile, Berna 2004, ID p. 4

<sup>99</sup> ZR 99, n. 63, consid. 2.3, p. 178

<sup>100</sup> AUBERT/BEGUIN/BERNASCONI/VON BURG/SCHWOB/TREUILLAUD, op.cit (n. 59), p. 617 n. 3

<sup>101</sup> cfr. DTF 101 II 117 ; sbagliano AUBERT /BEGUIN/ BERNASCONI/ VON BURG/ SCHWOB/ TREUILLAUD, op.cit (n. 59) che, a p. 618 n. 4 vorrebbero senza motivo limitare le informazioni all'estratto conto alla data del fallimento ed a quello dell'anno precedente

La disparità di trattamento tra le persone fisiche e quelle giuridiche, anche se non arbitraria, appare effettivamente una nota stonata, che rende meno congruente ed efficace<sup>102</sup> il sistema svizzero del fallimento internazionale.

La necessità di ottenere un formale exequatur del fallimento estero con contestuale apertura della procedura ancillare si può inoltre rivelare eccessivamente complicata ed onerosa, in particolare ove il fallito disponga in Svizzera di un solo bene<sup>103</sup> (ad esempio un conto bancario od un credito contro un debitore domiciliato in Svizzera).

Il sistema, così come esposto, non sembra infine dare una risposta certa in merito a quei diritti patrimoniali del fallito che non sono situati in Svizzera, ma per fare valere i quali vi è un foro nel nostro Paese.

Si pensi ai crediti del fallito contro persone domiciliate all'estero, ma per i quali vi è un foro in Svizzera, anche solo per il sequestro ex art. 271 e segg. LEF. In applicazione dei principi giurisprudenziali esposti la persona giuridica fallita all'estero, rappresentata dall'amministratore fallimentare estero, potrebbe procedere in Svizzera per l'incasso del credito. L'amministratore fallimentare di una persona fisica fallita all'estero non potrebbe farlo, i suoi poteri derivando da quell'effetto tipicamente fallimentare che è lo spossessamento; d'altra parte, l'apertura della procedura ancillare svizzera sarebbe inutile, poiché tali crediti non cadrebbero nella massa ancillare<sup>104</sup>, e quindi neppure lo spossessamento ex art. 204 LEF potrebbe prodursi.

Simili problemi sorgono inoltre in merito all'azione revocatoria fallimentare concernente beni che non si trovavano in Svizzera al momento dell'atto revocabile, ma per la quale esista un foro in Svizzera. Tale azione non rientra nella massa ancillare<sup>105</sup> e quindi l'apertura della procedura ancillare svizzera non permetterebbe alla massa estera di farla valere ex art. 171 LDIP. D'altra parte, trattandosi di un'azione qualificabile come un effetto tipico del fallimento<sup>106</sup>, la massa estera non sembrerebbe poterla fare valere in Svizzera, in applicazione della nozione tradizionale del principio di territorialità, senza il formale riconoscimento del decreto di fallimento estero.

Ci si potrebbe quindi chiedere se la giurisprudenza non debba colmare tali lacune, rispettando il volere del legislatore che ha sì inteso (per il momento) mantenere il principio di territorialità del fallimento, ma non ha dato alcuna definizione di tale principio, lasciandola appunto alla giurisprudenza.

Basterebbe allora, in aggiunta ai principi esposti, semplicemente meglio interpretare il principio di territorialità, constatando che è mera emanazione di quello di sovranità il quale osta unicamente a che organi fallimentari esteri procedano in Svizzera *iure imperii* applicando in prima persona misure coercitive per recuperare beni del fallito. Si dovrebbero quindi meglio individuare quegli effetti che, anche se tipicamente fallimentari poiché derivanti esclusivamente dal fallimento, non comportano l'applicazione di misure coercitive in Svizzera da parte degli organi del fallimento estero. Tali effetti, se tipicamente fallimentari, necessiterebbero sì del riconoscimento del fallimento estero, ma non necessariamente dell'exequatur con apertura della procedura ancillare; il riconoscimento potrebbe infatti limitarsi ad avvenire in via incidentale ex art. 29 cpv. 3 LDIP<sup>107</sup>, ciò che pare ammissibile anche per il testo dell'art. 167 cpv. 1 LDIP<sup>108</sup>.

Considerato che lo spossessamento e la conseguente perdita della qualità per agire del fallito rispetto ai suoi diritti patrimoniali sono effetti tipicamente fallimentari ma che non comportano necessariamente misure coercitive in Svizzera, la massa fallimentare (o il suo amministratore) di una persona fisica fallita all'estero potrebbe agire in giudizio per l'incasso di un credito della fallita in Svizzera senza bisogno di exequatur, ma facendo riconoscere il fallimento in via incidentale.

<sup>102</sup> NJW 1985, p. 2897 consid. 4e

<sup>103</sup> GILLIERON, Qu'y a-t-il de nouveau en matière de faillite internationale?, RDS 1992 I p. 279

<sup>104</sup> STAEHELIN, op.cit. (n. 18), p. 18

<sup>105</sup> cfr. i riferimenti citati alla nota 24

<sup>106</sup> STAEHELIN, op.cit. (n. 18), p. 16

<sup>107</sup> GILLIERON, op.cit. (n. 23), p. 38-39

<sup>108</sup> che dichiara appunto applicabile per analogia l'art. 29 LDIP; VOLKEN, Zürcher Kommentar, 2004, ad art. 166 LDIP, n.4; BERTI, Basler Kommentar, 1996, ad art. 167 n. 10; DUTOIT, op.cit. (n. 88), ad art. 167 LDIP, n. 1

Stessa cosa potrebbe avvenire per un'azione revocatoria concernente beni che non si trovavano in Svizzera al momento dell'atto revocabile, come del resto sembra già generalmente ammesso<sup>109</sup>.

Insomma, è probabilmente auspicabile che la giurisprudenza faccia un passo in avanti. Il considerando 5.3 della DTF 129 III 683, che fa invece fare tre passi indietro alla giurisprudenza, è un *obiter dictum* sbagliato e da dimenticare al più presto.

---

<sup>109</sup> ABSH 2001 p. 78, consid. 2c; RSJ 1991 n. 50 p. 322; VOLKEN, op.cit. (n. 108), ad art. 171 LDIP, n. 31 e segg.