

32
Avv. GUSTAVO BONELLI

**SULLA CAPACITA' DEL FALLITO A TESTIMONIARE
NELLE LITI DEL FALLIMENTO**

Estratto dalla « *Rivista di diritto processuale civile* »
Anno II - Num. 4 - 1925

PADOVA
LA LITOTIPO - EDITRICE UNIVERSITARIA

1925

CORTE D'APPELLO DI GENOVA, 28 novembre 1924.

Pres. Copperi — Est. Billotti

Dall'Orso

Fallimento Garrone

Il fallito non può essere udito come testimone nelle liti del fallimento (1).

La Corte osserva che non a torto la Dall'Orso si duole della sentenza predetta, perchè effettivamente i primi giudici non hanno con ctattezza applicato alla fattispecie i principi di diritto che riflettono la capacità giuridica a deporre come testimoni. Anzitutto deve ricordarsi che per tradizione giuridica e secondo le fonti del diritto positivo, testimonianza è il terzo estraneo al rapporto processuale, le cui dichiarazioni sui fatti della controversia, perchè spassionate, concorrono a formare il convincimento del giudice. Difatti il cittadino chiamato a deporre come testimone ha il triplice obbligo: di comparire innanzi al giudice di rispondere alle interrogazioni concernenti i fatti che possa conoscere, di

(1) Sulla capacità del fallito a testimoniare nelle liti del fallimento.

Non vi può essere alcun dubbio sulla premessa di diritto posta dalla sentenza, sulla incompatibilità, cioè, fra le due funzioni processuali di parte e di testimone.

Il dubbio sorge sulla applicabilità di questo principio al fallito nei giudizi che sostiene il curatore del fallimento. La questione si collega col tema della rappresentanza del *curatore* nei giudizi del fallimento. Secondo una dottrina molto diffusa il curatore rappresenta, così nei giudizi come nell'amministrazione il fallito (il quale conserva la subiettività del patrimonio): i partigiani di questa dottrina arrivano logicamente alla conclusione che *parte* (rappresentata in giudizio) rimane in ogni caso il fallito (salvo ripiegare alcuni di essi nei casi in cui il curatore si presenta piuttosto come rappresentante i creditori). Quindi egli non può essere ammesso come testimone.

Considerando invece come parte in causa, perchè rappresentata dal curatore, la creditoria, si arriva alla conclusione opposta.

Secondo noi, il curatore rappresenta la massa fallimentare come patrimonio autonomo, provvisoriamente privo d'investito. In specie deve considerarsi non più investito del patrimonio, di cui è stato spossessato, il fallito, il quale non potendo perciò ritenersi parte in causa, deve potersi ammettere *di regola* a fare da testimone.

Alla stessa conseguenza possono giungere logicamente coloro che negano al curatore ogni specie di rappresentanza assegnandogli la funzione

rispondere con sincerità. Sincerità che non si può pretendere da che è interessato nella lite cioè da chi è parte, che per la sua qualità, profondamente distinta da quella del testimonio, non ha dovere a testificare; e se da essa parte si pretendono dichiarazioni orali, altre sono le forme stabilite dalla legge — interrogatori e giuramenti — che nel loro estrinseco ed intrinseco sono assoggettate a norme diverse con diverse finalità.

Dunque, essendo assoluta l'incompatibilità fra le due funzioni processuali di parte e di testimonio, è evidente che la persona che in giudizio assume la qualità di parte, direttamente o indirettamente, che nella lite cioè ha un interesse proprio da tutelare, non può essere obbligata a deporre come testimonio. È ben vero che il legislatore nell'art. 236 cod. proc. civ. non dispone che le parti siano escluse dal deporre come testimoni, però è uopo rilevare che non necessitava una dichiarazione in tal senso non essendo confondibili e identificabili le due qualità, a prescindere che se l'incompatibilità è dichiarata per i parenti e gli affini in linea retta di una delle parti o del coniuge, a fortiori una tale incompatibilità esiste per la parte istessa.

Ciò premesso e scendendo al caso in esame, deve vedersi se il

di organo pubblicistico dello Stato (1). Similmente il Sarwey, pur ammettendo che subietto (proprietario) della massa concorsuale e dei relativi diritti patrimoniali rimanga il fallito, e quindi che gli effetti degli atti di amministrazione e di disposizione messi in essere dal curatore si riversino su di lui, ritiene però che la perdita del *diritto di disporre* cagionata al debitore dal fallimento e l'acquisto del corrispondente diritto da parte del curatore siano sufficienti ad escludere nel fallito la qualità di *parte processuale*. Il curatore nel concludere i negozi giuridici e nel condurre i processi che riguardano la massa agirebbe perciò, non già come rappresentante del fallito, ma in nome proprio, in virtù d'un diritto conferitogli dalla legge, sia pure che essendo il patrimonio amministrato non suo, ma altrui, anche gli effetti, i diritti e le obbligazioni, che sorgono dai suoi atti, sorgono non per lui ma per chi è il soggetto di quel patrimonio. Insomma *parte* essendo il curatore e non il fallito, non c'è ragione (egli dice) di escludere questo dalla testimonianza in giudizio (2).

È inutile esporre qui le ragioni che ci fanno poco inclini ad accettare queste ultime soluzioni, che negano una rappresentanza privatistica al curatore o gli danno la qualità di parte distinta dal subietto del patrimonio da lui amministrato. Ci sembra più semplice restarcene al concetto della rappresentanza diretta del patrimonio; col quale si arriva però ugualmente alla tesi che ammette la possibilità di chiamare il fallito testimonio in causa (3).

Questa massima deve soffrire eccezione là dove il fallito entra eccezionalmente come parte (interveniente) in causa, nonchè, secondo noi, là

(1) Cfr. tra noi F. Ferrara in *Riv. di dir. commerciale*, 1912, I, 339.

(2) Sarwey, *Konkursordnung*, § 6 n. 5.

(3) V. il mio *Commento al fallimento* (ed. Vallardi), n. 287.

fallito Garrone debbasi considerare come parte nel giudizio, che si agita tra il curatore del fallimento Garrone e la Dall'Orso, oppure se egli sia un estraneo al rapporto processuale, cioè un terzo disinteressato che abbia il dovere di deporre come testimonia.

Il vigente codice di commercio nell'art. 699 stabilisce che dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento il fallito resti spossessato di pieno diritto del suo patrimonio, che appartiene alla massa dei creditori, e che l'amministrazione dei beni presenti e futuri passa al curatore, il quale esercita così le azioni competenti ad esso fallito, purchè non si tratti di diritti strettamente personali od estranei al fallimento e lo sostituisce nella qualità di convenuto in tutte le istanze ed atti che possono promuoversi o proseguirsi. È bensì vero che in virtù di tali principii codificati nel cennato art. 699 il curatore non rappresenta il fallito e neanche i singoli creditori, ma il patrimonio in istato di fallimento, onde ad esso curatore spetta la capacità processuale attiva e passiva per la difesa dei diritti inerenti al detto patrimonio fallimentare; però tutto ciò non implica che il fallito nelle controversie che si agitano ad esso curatore a nome del patrimonio istesso perda ogni interesse, diventi un estraneo, perchè lo spossessamento del patrimonio non toglie a lui, fallito, ogni diritto sullo stesso, potendo egli, dopo il pagamento dei debiti, conseguire quanto rimane. E tale qualifica di interessato nelle liti fallimentari la riconosce al fallito lo stesso art. 699 là dove è detto, che il

dove egli, senza esservi chiamato, è però virtualmente parte in causa, come è principalmente nei giudizi *revocatori*, nati da azioni in frode dei creditori, in cui autore della frode è in prima linea lui debitore, e in via normale l'azione si svolge perciò contro di lui (sebbene qualche partigiano del primo sistema ammetta, invece, proprio in questo caso la testimonianza del fallito).

La sentenza non rimane troppo fedele alla sua premessa, quando, per escludere dal testimoniare in causa il fallito, porta come ragione l'*interesse* che egli ha in tutta la gestione fallimentare e quindi nelle liti del fallimento. Questo interesse generico sembra in verità insufficiente a produrre da sè tale incompatibilità: avere interesse è ben altra cosa che essere *parte*, e potrà legittimare nel testimonia una ragione di sospetto da apprezzarsi dal giudice nei singoli casi, non mai renderlo incapace di deporre.

Invece è anche per me decisiva la ragione dedotta dalla natura della causa, fondata com'è sulla revocatoria fallimentare dell'art. 709 cod. comm. Trattasi di un contratto di vendita impugnata come fraudolenta in base alla presunzione del 709 n. 1. Innegabilmente il fallito è uno dei frodatori, e sarebbe il principale convenuto se non fosse fallito: egli è perciò virtualmente parte in causa; per questo (crediamo anche noi) non poteva essere assunto a testimonia.

tribunale, se lo giudica conveniente, può permettere od ordinare che il fallito intervenga in causa, qualora specialmente vi sia collisione d'interessi col curatore; e tale possibilità d'intervento si converte in diritto d'intervenire da parte di esso fallito allorchando si verte in questioni, dalle quali possa dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico. Or dunque, se il fallito in alcuni casi può intervenire nei giudizi per volere del magistrato ed in altri può intervenire di pieno diritto, non è esatto affermare che egli, spossessato del suo patrimonio con la sentenza dichiarativa di fallimento, diventi un estraneo ai rapporti processuali che intercorrono fra curatore ed avversari, un terzo disinteressato cioè a cui tali rapporti processuali siano del tutto indifferenti; mentre egli conserva integra la qualità di parte interessata nella lite, che lo rende incompatibile ad assumere anche la funzione giuridica di testimone. D'altronde, se una dichiarazione anche del fallito nel giudizio si ritenga indispensabile, la legge col disposto preaccennato la rende possibile in quanto egli può essere costretto ad intervenire e rispondere innanzi al magistrato con l'interrogatorio o col giuramento.

Sarà sempre però dichiarazione di parte interessata, soggetta a quelle cautele e limitazioni disposte dalla legge, ma non potrà mai tale dichiarazione per opportunità di causa assumere la figura di deposizione testimoniale, mancando ad essa quelle speciali caratteristiche del disinteresse e della sincerità proprie del testimone, che ai rapporti processuali è del tutto estraneo.

Altra ragione che nel caso specifico rende incompatibile il fallito Garrone a deporre come testimone è la natura della causa che si agita tra il curatore Crespi e la Dall'Orso, cioè una causa di nullità di contratti di vendita a norma dell'art. 709 n. 1 cod. comm., che ha per substrato le macchinazioni fraudolente che esso Garrone avrebbe perpetrato in correità della Dall'Orso in danni dei creditori. Ora la deposizione di uno dei frodatori — perchè tali azioni fraudolente si commettono da due o più persone e non da una sola — è viziata d'inattendibile fin dalla origine, perchè frustranea sarebbe l'ammonizione di dire il vero e frustraneo il giuramento istesso, una volta che nessuna sanzione penale potrebbe colpire esso testimone se dichiarasse il falso, essendo egli esente da pena a norma dell'art. 215 n. 1 cod. pen.

Osserva che in accoglimento dell'appello proposto dalla Dall'Orso deve dichiarare che il fallito Garrone Mario Sebastiano non possa, per incompatibilità, deporre come testimone nel giudizio vertente tra il curatore Crespi e la Dall'Orso Ermenegilda.

