



## FAMIGLIA E FALLIMENTO

### INSINUAZIONE AL PASSIVO DEL CONIUGE CREDITORE DI UN ASSEGNO DI MANTENIMENTO PROVVISORIO

FRANCESCA FIORENTINO

SOMMARIO: 1. Aspetti problematici del rapporto famiglia-fallimento – 2. Provvedimenti provvisori nel corso del giudizio di separazione e di divorzio – 3. Ammissibilità allo stato passivo del credito di mantenimento provvisorio - 3.1. Crediti condizionali e crediti futuri: un raffronto con il credito di mantenimento provvisorio - 3.2. Art. 46 l.f. e inopponibilità del credito di mantenimento provvisorio alla massa passiva - 4. Cenni conclusivi

1. E' l'assenza di una normativa unitaria volta a disciplinare gli intrecci tra interessi familiari e interessi creditori, o meglio è l'inerzia del legislatore verso l'individuazione di una *sedes* unitaria per la regolamentazione dell'incidenza del fallimento, *rectius* delle procedure concorsuali, sui profili di rilevanza familiare a giustificare, in *primis*, l'espressione qui utilizzata: "aspetti problematici del rapporto famiglia-fallimento". E ciò a tacere dello scarso interesse che ha mostrato la dottrina sulla tematica in esame oltre che dell'assenza di una giurisprudenza determinante, soprattutto a seguito dell'ultima riforma introdotta dal legislatore del fallimento.

Gli interessi familiari, in pendenza di una procedura concorsuale, si pongono in posizione antitetica rispetto alle logiche creditorie. La famiglia, seppur rappresenta quell'entità da tutelare anche e soprattutto in presenza di situazioni di crisi economica e finanziaria che coinvolgono uno o più membri della stessa, è vista anche come il "luogo" più consono alla realizzazione di attività volte a danneggiare i creditori e a sottrarre beni dalla massa attiva. Premettendo che nessun intervento legislativo, diretto a privilegiare gli interessi di rilevanza familiare, ha fatto registrare il legislatore con la riforma del diritto di famiglia<sup>1</sup>, la materia in esame è unicamente disciplinata dalla legge fallimentare, in cui si riscontrano sia disposizioni volte a proteggere la famiglia dal fallimento (artt. 46, primo comma, nn. 2-3-4, e art. 47, *ante* riforma), sia, al contrario, disposizioni volte a proteggere il fallimento dalla famiglia (artt. 69 e 70)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il riferimento è, ovviamente, alla legge 19 maggio 1975, n. 151.

<sup>2</sup> Tale espressione è di P. MATERA, *Famiglia e fallimento: fenomenologia giuridica d'un rapporto irrisolto (a dispetto delle recenti riforme del diritto concorsuale)*, in *Notariato*, 2007, p. 109; in argomento, peraltro, v. A. CALLOSA, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003; G. OPPO, *Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge*, in *Commentario al diritto di famiglia*, a cura di G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, VI, Padova, 1993.



Nonostante alla luce delle disposizioni citate sembri emergere un equilibrio tra i due interessi contrapposti, a ben vedere la bilancia pende dal lato dei creditori e non ci si poteva attendere un riscontro opposto, atteso che l'intervento del legislatore si è registrato nell'ambito di quella disciplina che per sua logica è preordinata alla tutela degli interessi creditori.

Sarà necessario distinguere, però, le ipotesi in cui il vincolo matrimoniale risulta essere solido e stabile da quelle di indebolimento dello stesso. Nel primo caso, i componenti della famiglia "lotteranno" per la tutela degli interessi familiari a discapito di quelli creditori, nel secondo, la pendenza di un giudizio di separazione o di divorzio con conseguente provvedimento a carico del coniuge fallito, indurrà l'altro a comportarsi come qualsiasi creditore del fallito. In tale ultima ipotesi ci si chiede se è plausibile continuare a classificare l'art. 46 l.f. come disposizione volta a proteggere la famiglia dal fallimento, in quanto è probabile che questa stessa norma potrebbe giustificare l'inopponibilità del credito di un coniuge alla massa, non senza vantaggi per la procedura; sul punto si ritornerà in prosieguo.

Fatte tali doverose premesse, occorre delineare i confini del campo di indagine cui è preordinato il presente lavoro: l'aspetto problematico in oggetto è per così dire "nuovo", gli orientamenti dottrinali, nonché le pronunce giurisprudenziali che si sono soffermate sullo stesso, sono rarissimi ma non per questo affrontano un discorso di scarso interesse. La rilevanza pratica del problema è infatti giustificata dalle numerose dichiarazioni di fallimento che possono intrecciarsi con i casi di allentamento del vincolo matrimoniale con conseguente crisi coniugale.

Supponendo, dunque, che uno dei coniugi sia imprenditore commerciale o socio di una società che appartiene a quei tipi che per loro natura hanno soci a responsabilità illimitata, che l'impresa individuale o la società di cui il coniuge è illimitatamente responsabile sia stata dichiarata fallita, supponendo ancora una crisi coniugale che sia sfociata, al momento della dichiarazione di fallimento, in una pronuncia provvisoria di mantenimento emessa, a carico del coniuge fallito, dal presidente del tribunale nel corso di giudizio di separazione o di divorzio, supponendo ciò, dunque, ci si domanda se, a richiesta del coniuge *in bonis*, il credito relativo al suddetto assegno provvisorio possa essere ammesso allo stato passivo del fallimento.

La mera descrizione del problema da affrontare fa trasparire le complicazioni che esso nasconde, e, nonostante il coraggioso tentativo di fornire un risposta certa o quantomeno adeguata, il discorso tutt'oggi sembra rimanere aperto.

Il primo passo da compiere consiste nel soffermarsi sulle caratteristiche dei provvedimenti provvisori emessi nel corso e del giudizio di separazione e del giudizio di divorzio, per poi capire l'eventuale ammissibilità del credito derivante dall'assegno di mantenimento provvisorio nello stato passivo del fallimento del coniuge debitore.

Tale discorso sarà affrontato alla luce di un recente provvedimento, *rectius* decreto, del Tribunale di Milano, che, seppur scarso di motivazioni, ha trattato il suddetto problema,



differenziandolo da quello relativo all'ammissibilità allo stato passivo del credito vantato sul t.f.r. del coniuge separato<sup>3</sup>.

E' necessario, dunque, capire, sulla base delle peculiarità del suddetto provvedimento provvisorio, la funzione del credito di mantenimento non definitivo e l'eventuale sua opponibilità o meno alla massa alla luce dell'art. 46 l.f.

2. Il legislatore della famiglia, o meglio il legislatore della separazione e del divorzio, ha ritenuto necessario tutelare i membri della famiglia in crisi, soprattutto se minori, in quanto esposti, durante lo svolgimento del procedimento di primo grado di separazione o di divorzio, a conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'assenza di una regolamentazione certa dei rapporti personali e patrimoniali. A tal fine, fallito il tentativo di conciliazione, l'udienza presidenziale si concluderà con un'ordinanza, con la quale il presidente, sentiti i coniugi e i loro difensori, adotterà i provvedimenti, definiti "temporanei e urgenti", nell'interesse dei coniugi e della prole; ossia i provvedimenti di cui agli artt. 708, comma 3, c.p.c. e 4, comma 8, l. div., relativi, rispettivamente, al procedimento di separazione e a quello di divorzio.

L'ordinanza presidenziale contiene l'autorizzazione, anche in forma implicita<sup>4</sup>, dei coniugi a vivere separati, l'affidamento (condiviso o individuale) della prole e il regime di visita del genitore non affidatario, le modalità e la misura del mantenimento del figlio e del coniuge privo di redditi adeguati, l'assegnazione della casa coniugale ed eventualmente l'ordine all'altro coniuge di allontanarsi dalla casa stessa, entro un certo termine, ritirando i propri effetti. Nell'ipotesi in cui non vi sia necessità di provvedimenti provvisori (per assenza di figli, perché i coniugi sono economicamente autosufficienti, ecc.) l'ordinanza si

---

<sup>3</sup> Cfr. Trib. Milano, decr. 5 febbraio 2008, in *Guida dir.*, 2008, p. 60, con nota di G. FINOCCHIARO, *Decisione che prevede il mantenimento non opponibile alla procedura concorsuale*. Il giudice di Milano è stato adito dalla moglie, separanda, che si è vista respingere dal giudice delegato due domande di insinuazione al passivo del fallimento del marito. Premesso, infatti, che pendeva giudizio per la cessazione degli effetti civili del matrimonio e che, in tale ambito, le era stato provvisoriamente riconosciuto il diritto ad un assegno mensile di mantenimento di €. 1.000,00, la stessa domandava di essere ammessa al passivo del fallimento in via privilegiata "per € 3.000,00 per i ratei di mantenimento non corrisposti per i mesi di novembre e dicembre 2006 e gennaio 2007, con ordine al curatore di provvedere al pagamento dell'assegno mensile di mantenimento", nonché "in via condizionale privilegiata (...) per € 200.000,00 o nella diversa misura che verrà stabilita in sede di divorzio, quale 40% dell'indennità di fine rapporto percepita dalla R. e da accertare con autonomo giudizio di accertamento nei confronti della R.". Il giudice delegato respingeva tali domande evidenziando, con riferimento all'indennità di fine rapporto, che il relativo diritto spetterebbe solo al coniuge divorziato e che tale non fosse ancora l'istante e, con riferimento all'assegno mensile preteso in relazione a periodi successivi alla dichiarazione di fallimento, che il relativo debito non fosse opponibile alla massa. La moglie proponeva pertanto opposizione allo stato passivo, insistendo sulle domande formulate.

<sup>4</sup> V. P. CORDER, *Procedimenti contenziosi di primo grado di separazione e di divorzio*, in *Il Diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, Trattato teorico-pratico, a cura di G. AUTORINO STANZIONE, vol. II, Torino, 2005, p. 483.



ridurrà all'autorizzazione ai coniugi a vivere separati. Non potrebbe, invece, il presidente intervenire su altre questioni di carattere patrimoniale<sup>5</sup>.

Non è superfluo precisare che, se nell'assunzione dei provvedimenti che riguardano i figli il presidente non è vincolato alle domande delle parti, per quanto riguarda le decisioni che si riferiscono ai coniugi, nonostante l'art. 4 l. 1 dicembre 1970 n. 898, comma 8 (al pari peraltro del comma 3 dell'art. 708 c.p.c.) preveda che i provvedimenti in esame possano essere pronunciati anche d'ufficio, l'orientamento dottrinale dominante, condiviso anche da alcune pronunce giurisprudenziali, tempera l'ampio tenore letterale della norma, sostenendo che devono trovare applicazione i principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato<sup>6</sup>. A giustificare l'orientamento suddetto è l'interesse pubblico sotteso alla tutela dei minori nell'ambito dei procedimenti in esame. Il presidente, dunque, adotterà quei provvedimenti provvisori che reputerà più rispondenti all'interesse dei minori anche di fronte ad una volontà contraria di entrambi i coniugi, mentre non sembra che egli possa determinare un assegno di mantenimento a carico di un coniuge ed a favore dell'altro, in mancanza di un'istanza del coniuge beneficiario, attesa la disponibilità di tale assegno<sup>7</sup>. In linea, quindi, con l'orientamento dominante, l'emanazione di un provvedimento presidenziale provvisorio di mantenimento – oggetto di interesse per il presente lavoro – sarà subordinata alla relativa richiesta da parte del coniuge che risulta essere economicamente più debole dell'altro. D'altronde l'art. 4, comma 8, l. div. va correlato con il comma 9 dell'art. 5, l. div., introdotto dall'art. 10 l. n. 74 del 1987, per il quale “i coniugi devono presentare all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune. In caso di contestazione il tribunale dispone indagini sui redditi, sul patrimonio e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria”.

Controverosa, in dottrina e in giurisprudenza, è poi la questione relativa alla natura di questi provvedimenti, con particolare riguardo a quelli aventi contenuto patrimoniale.

In proposito da taluni è stato precisato che le peculiarità dei provvedimenti in esame ne impediscono una definitiva e unitaria classificazione, dando vita ad una sorta di contaminazione tra generi. Tale orientamento attribuisce ai provvedimenti in parola due

---

<sup>5</sup> Cfr. M. DOGLIOTTI, *I procedimenti: la separazione personale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di G. FERRANDO, vol. I, 2007, p. 1053.

<sup>6</sup> Così G. CASSANO, *La separazione e il divorzio*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, a cura di P. CENDON, vol. III, 2006, p. 367; P. CORDER, *Procedimenti contenziosi*, cit., p. 485; A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, in *Dir. famiglia*, Milano, 1988, p. 271; L. SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1062; R. BIANCO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, in *Giur. sistematica di dir. civ. e comm.*, Torino, 2003, p. 506; in giurisprudenza si veda Cass. 28.09.01, n. 12136, in *Giur. civ. merito*, 2001, p. 1701; Cass. 13.1.04, n. 270, in *Giur. civ. merito*, 2004; Cass. 26.6.91, n. 7203, in *Dir. fall.*, 1992, 179.

<sup>7</sup> In senso contrario, ossia per l'affermazione del potere officioso del presidente in ogni situazione, si veda M. DOGLIOTTI, *I procedimenti: la separazione personale*, cit., p. 1053; F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Milano, 1977.



caratteristiche fondamentali: la natura sommaria e quella anticipatoria. In *primis* perché, per ragioni di urgenza, sono frutto di una sommaria attività istruttoria e, in secondo luogo, perché precedono il contenuto e gli effetti della sentenza, anticipando l'ordinamento futuro della famiglia<sup>8</sup>. C'è chi ne sostiene solo il carattere anticipatorio ritenendo che l'assegno provvisorio (o temporaneo) che il presidente può stabilire a favore di un coniuge e a carico dell'altro costituisce un'anticipazione dell'assegno di divorzio, in quanto ne contiene *in nuce* tutti i caratteri essenziali (essendo *assistenziale, risarcitorio e compensativo*)<sup>9</sup>. Si è affermato, ancora, che tali provvedimenti risultano avere una funzione di regolamento interinale con contenuto solo eventualmente anticipatorio, in quanto, da un punto di vista strutturale, sono pronunciati precedentemente alla sentenza che determina il giudizio e, da un punto di vista funzionale, regolano l'assetto del rapporto familiare nel tempo che occorre per la celebrazione del giudizio<sup>10</sup>.

Al di là della spiccata propensione alla classificazione di taluni commentatori, appare opportuno considerare i provvedimenti provvisori in esame come insuscettibili di inserirsi in categorie predeterminate. All'udienza presidenziale, infatti, preso atto della situazione del momento, il presidente regolerà con un assetto provvisorio i rapporti tra i coniugi. Egli si pronuncerà con un provvedimento che, come si preciserà a breve, potrà subire modifiche a seguito del mutamento della situazione medesima, fermo restando che sarà poi il collegio a riesaminare ogni rapporto.

E' necessario, dunque, soffermarsi su alcune peculiarità di tali provvedimenti, soprattutto se rilevanti ai fini del presente lavoro.

Premesso che la funzione dei medesimi è, come in precedenza precisato, identificabile nel regolarizzare un assetto che risulterebbe sprovvisto, nei rapporti personali e patrimoniali, di qualsiasi regolamentazione per il tempo che occorre allo svolgimento del giudizio di primo grado, nonché evitare che i membri della famiglia siano, in tal modo, esposti a conseguenza pregiudizievoli, essi sono emanati previa valutazione della situazione esistente in quel dato momento. La situazione sulla quale vengono ad incidere, però, è sempre suscettibile di mutamenti, di qui l'opportunità che l'istruttore possa rivedere l'ordinanza presidenziale, così come disposto dal novellato art. 709, comma 4, c.p.c. e dall'art. 4, comma 8, l. div., relativi rispettivamente al procedimento di separazione ed a quello di divorzio, modificandola o revocandola. In proposito, venuto meno a seguito della riforma del codice di rito l'inciso presente solo nell'art. 708 c.p.c. "se si verificano mutamenti delle circostanze", può dirsi confermato il principio, già acquisito *ante* riforma, in virtù del quale la revoca e la modifica dell'ordinanza presidenziale, da parte del giudice istruttore, sia della separazione che del divorzio, possono essere disposte non solo per la

---

<sup>8</sup> Così P. CORDER, *Procedimenti contenziosi*, cit., p. 477.

<sup>9</sup> V. A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, cit. p. 273 ss., che richiamano, a supporto, alcuni decisioni giurisprudenziali. Si tratta però di un orientamento che si fonda su alcuni presupposti che oggi risultano superati, ossia la mancata impugnabilità dei provvedimenti provvisori rispetto alla futura decisione di merito: oggi, infatti, a seguito della 54/2006 i provvedimenti in esame risultano reclamabili presso la corte d'appello.

<sup>10</sup> Cfr. G. CASSANO, *La separazione e il divorzio*, cit., p. 366.



sopravvenienza di circostanze di fatto nuove ma anche per la rivalutazione di quelle pregresse<sup>11</sup>.

La scarsa stabilità dei provvedimenti provvisori è oggi ulteriormente confermata dallo loro reclamabilità; la l. 54/2006, infatti, ha introdotto proprio il principio della reclamabilità dei provvedimenti presidenziali presso la corte d'appello. La corte territoriale, si è detto, esaminerà tanto i vizi di legittimità che il merito del provvedimento, con conseguente svolgimento di una sommaria attività istruttoria<sup>12</sup>. Anche dopo l'assunzione dei provvedimenti della corte d'appello, l'istruttore potrebbe modificare l'ordinanza riformata purché si ravvisino i presupposti per tale mutamento<sup>13</sup>.

Per quanto riguarda il rapporto tra la regolamentazione adottata in sede di separazione e il provvedimento provvisorio adottato nel corso della procedura di divorzio, si è detto che l'esistenza della prima indurrà il presidente del tribunale competente per il giudizio di divorzio ad agire con particolare prudenza perché inciderà su una situazione consolidatasi nel tempo. Ciò però non lo ostacolerà nell'adozione dei provvedimenti che riterrà utili. Questi ultimi pur se di fatto comporteranno una modifica dei provvedimenti adottati in sede di separazione, non possono essere considerati modificativi dei primi in spregio delle norme processuali che a tal fine dovrebbero trovare applicazione<sup>14</sup>.

Ovviamente i provvedimenti in esame devono essere messi in rapporto anche e soprattutto con la sentenza che definisce il processo, che potrà confermare quanto precedentemente stabilito e quindi assorbire il contenuto del provvedimento provvisorio o disporre diversamente. In tale ultimo caso si è propensi a sostenere l'immediata caducazione dei provvedimenti provvisori ad opera della sentenza di primo grado, senza attendere il suo passaggio in giudicato, perché presidente/istruttore e collegio sono organi dello stesso giudice con ripartizione interna dello stesso potere decisorio, con la conseguenza che deve prevalere il giudizio finale espresso in sentenza<sup>15</sup>. Non sembra, infatti, un elemento a sostegno della tesi della necessità del giudicato ai fini della caducazione il carattere ultrattivo

---

<sup>11</sup> Così P. CORDER, *Procedimenti contenziosi*, cit., p. 488 ss., il quale precisa - ovviamente rispetto alla normativa vigente anteriormente alla riforma del codice di rito attuata con la legge 80/2005 - che "l'estensione alla separazione della disciplina del divorzio avviene (...) grazie alla clausola di compatibilità di cui all'art. 23, comma 1, l. n. 74/1987, con conseguente abrogazione della corrispondente disciplina di cui all'art. 708. Diversamente opinando non si sfuggirebbe ad una censura di incostituzionalità in riferimento all'art. 3 Cost., per irrazionalità della previsione in presenza di situazioni analoghe".

<sup>12</sup> Così M. DOGLIOTTI, *I procedimenti: la separazione personale*, cit., p. 1054, che per un orientamento contrario richiama Corte app. Bologna 12 maggio 2006, riportata da M. BESSONE, M. DOGLIOTTI, G. FERRANDO, *Giur. dir. famiglia*, Milano, 2007, p. 870.

<sup>13</sup> V. G. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia*, in *Giur. merito*, 2005, p. 39 ss.

<sup>14</sup> In tal senso A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, cit. p. 276.

<sup>15</sup> V. C. MANDRIOLI, *La caducazione dei così detti accertamenti anticipati per effetto della sentenza di primo grado ancorché non esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 528; F. SCARDULLA, *La separazione personale*, cit., p. 720.



di tali provvedimenti, in quanto l'ultrattività risulta confinata al mero verificarsi dell'estinzione del giudizio<sup>16</sup>.

Un'ulteriore osservazione, in proposito, si ritiene opportuna: in dottrina si è affrontato il discorso sulla irripetibilità o meno delle somme versate, in ottemperanza al provvedimento del presidente del tribunale, in misura superiore rispetto a quanto risultato dovuto, poi, al termine del giudizio<sup>17</sup>. Da taluni la ripetibilità è stata supportata dal valore meramente anticipatorio che, nel giudizio di separazione dei coniugi, deve riconoscersi ai provvedimenti provvisori, con conseguente negazione di ogni carattere decisorio, che non troverebbe rimedio nel sistema delle impugnazioni<sup>18</sup>. Ma la contraddizione che questo orientamento intende superare, ossia la sussistenza di un provvedimento sostanzialmente decisorio, emesso in base ad una sommaria cognizione, e che in realtà non è né impugnabile né integralmente riesaminabile (posto che ogni modificazione a favore dell'obbligato avrebbe solo effetto *ex nunc*) è stata di recente superata con la riforma al codice di rito, che, come già si è precisato, ha ammesso al reclamabilità di tali provvedimenti presso la corte d'appello.

In conclusione, ci si interroga sul motivo per cui negare che la sentenza che chiude il primo grado del giudizio, al di là della necessità o meno del suo passaggio in giudicato, segnerebbe soltanto la data di cessazione della efficacia nel tempo dell'ordinanza presidenziale, che conserverebbe il suo valore per il periodo precedente. L'ordinanza, dunque, sarebbe essa stessa definitiva, anche se efficace per un periodo limitato di tempo (né quest'ultima è una caratteristica della sola ordinanza presidenziale, essendo comune persino alle sentenze che, in tale materia, danno luogo solo ad un giudicato "allo stato").

Altra peculiarità dei provvedimenti in esame è la c.d. ultrattività, che apre un discorso a dir poco indispensabile per dare una risposta alla domanda iniziale del presente lavoro, sull'esecutività e sull'efficacia dell'ordinanza. L'art. 4, comma 8, l. div., come modificato con la riforma del 1987, dichiara applicabile alle ordinanze presidenziali provvisorie l'art. 189 disp. att. c.p.c.<sup>19</sup>: il provvedimento presidenziale costituisce, dunque,

---

<sup>16</sup> V. P. CORDER, *Procedimenti contenziosi*, cit., p. 491; in senso contrario, A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, cit. p. 279, i quali ritengono che l'ordinanza perda la sua efficacia quando la sentenza definitiva di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia passata in giudicato e sia comunque dichiarata esecutiva, purché però tale sentenza disciplini anche le situazioni oggetto dell'ordinanza.

<sup>17</sup> Tra gli altri F. SCARDULLA, *La separazione personale*, cit., p. 305, per il quale il beneficiario è tenuto a restituire al coniuge le somme percepite in eccedenza, e l'obbligato, limitatamente a queste, può eccepire la compensazione fra quanto dovuto e quanto in eccesso corrisposto in ottemperanza del provvedimento presidenziale.

<sup>18</sup> Così A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 1996, p. 426, il quale distingue l'ipotesi in cui la riduzione dell'assegno è in relazione alle insufficienti possibilità dell'obbligato e non al minor bisogno del creditore, da quelle in cui la riduzione è in relazione al minor bisogno accertato per il creditore, concludendo che solo in tale ultimo caso la ripetizione deve essere ammessa.

<sup>19</sup> Questa norma non è stata abrogata dall'art. 23 n. 1 legge 6 marzo 1987 n. 74, che ha esteso ai giudizi di separazione personale dei coniugi, in quanto compatibili, le regole di cui all'art. 4 della legge 1 dicembre 1970



titolo esecutivo e conserva la sua efficacia anche dopo l'eventuale estinzione del processo, finché non sia sostituito con altro provvedimento emesso dal presidente o dal giudice istruttore a seguito di una nuova presentazione del ricorso per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio<sup>20</sup>. Le ragioni che stanno alla base del carattere ultrattivo dei provvedimenti provvisori si rinvergono nella necessità di evitare che l'estinzione del procedimento possa far venir meno, a discapito del coniuge più debole, la regolamentazione di una separazione che diverrebbe così di mero fatto. In altri termini, la finalità consiste nel non lasciare sfornita di regolamentazione la famiglia qualora per vicende delle parti o del processo si sia verificata l'estinzione dello stesso<sup>21</sup>. Naturalmente cessano gli effetti dell'ordinanza oltre che nell'ipotesi di sostituzione con altro provvedimento a seguito di presentazione di nuovo ricorso (ovvero, se ammissibile, sino alle richieste di modifica)<sup>22</sup>, anche qualora i coniugi dovessero riconciliarsi<sup>23</sup>. Sempre con riferimento all'ultrattività, ulteriori due considerazioni sono state proposte; in *primis*, si è detto che in caso di estinzione dei giudizi di impugnazione la regola dell'ultrattività non può che cedere di fronte alla sentenza di primo grado, in quanto pronunciata a cognizione piena; in secondo luogo, in caso di estinzione del giudizio di divorzio sarebbe contraddittorio far permanere un regime derivato da un procedimento che non esiste più, qualora gli stessi rapporti siano regolati dalla sentenza di separazione passata in giudicato<sup>24</sup>. E' di ostacolo, inoltre, all'applicazione della norma l'ipotesi di rigetto della domanda di separazione<sup>25</sup>.

L'ordinanza presidenziale è dunque titolo esecutivo, seppur non idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale<sup>26</sup>. In proposito si precisa che nessun problema sussiste con riguardo

---

n. 898, infatti, la norma ultima citata ribadisce al n. 8 che "si applica l'art. 189 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile".

<sup>20</sup> In argomento, Trib. Piacenza 2 febbraio 2010 n. 82, reperibile sulla rivista *on-line Diritto e Giustizia*, secondo cui i provvedimenti emessi nell'ambito del giudizio di separazione e divorzio, assumono l'efficacia di titoli esecutivi solo allorquando, così come prescritto dall'art. 474, comma 1, c.p.c., risultano relativi a crediti certi, liquidi ed esigibili, tramite indicazione di una specifica somma, determinata o determinabile nel suo ammontare. Nel caso invece di generica condanna al pagamento delle "spese straordinarie", non può ritenersi che il provvedimento provvisorio assuma le vesti di un titolo esecutivo.

<sup>21</sup> Cfr. R. BIANCO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, cit. p. 510.

<sup>22</sup> Così C. MANDRIOLI, *Separazione per ordinanza presidenziale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 249.

<sup>23</sup> Così M. DOGLIOTTI, *I procedimenti: la separazione personale*, cit., p. 1057.

<sup>24</sup> Tali considerazioni sono richiamate da P. CORDER, *Procedimenti contenziosi*, cit., pp. 503-504; in senso contrario v. F. TOMMASEO, *Divorzio, sub art. 4*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, Padova, vol. VI, tomo I, 1993, secondo cui il provvedimento presidenziale si configura come lo strumento, alternativo a quello indicato nell'art. 710 c.p.c., per addivenire alla modificazione dell'assetto determinato dalla sentenza di separazione e, se il giudizio di divorzio si estingue, resta l'unica fonte di regolamento dei rapporti coniugali fino a quando non viene sostituito da un provvedimento interinale a seguito dell'instaurazione di un nuovo giudizio di merito.

<sup>25</sup> V. A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, cit. p. 276, che, in proposito, precisano che deve trattarsi di una sentenza di rigetto passata in giudicato o comunque esecutiva.

<sup>26</sup> V. A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, cit. p. 278.



all'esecuzione delle statuizioni patrimoniali, quale è quella in esame, a differenza delle disposizioni che concernono l'affidamento dei figli.

3. L'accertamento del passivo è una delle fasi necessarie della procedura fallimentare; essa mira all'individuazione di coloro che vantano crediti nei confronti del fallito. In tale fase tutti i creditori devono chiedere l'ammissione al passivo tramite la domanda di insinuazione affinché i loro crediti, nei confronti del fallito, possano essere soddisfatti sui beni costituenti la massa attiva. A tal fine, tra le diverse valutazioni che il creditore dovrà fare si inserisce la verifica dell'antiorità del credito vantato rispetto alla dichiarazione di fallimento. Si ricordi, peraltro, l'esistenza della categoria dei crediti *condizionali* oltre che l'esistenza di quelle tipologie di credito che, a prescindere dalla data in cui il credito medesimo è sorto, restano escluse dalla procedura medesima.

La precisazione di tali due "categorie" di credito è finalizzata a fungere da guida per dare una risposta alla domanda che ha giustificato questo studio.

Ci si chiede, dunque, se il credito fondato su un provvedimento presidenziale provvisorio possa rientrare tra i cc.dd. crediti ammessi con riserva, e quindi essere considerato, appunto, credito condizionale oppure debba rientrare in quelle tipologie di credito escluse dalla procedura concorsuale in quanto relative a beni, o meglio, rapporti non compresi nel fallimento perché di natura strettamente personale.

A giustificare l'utilità di questo percorso è il contenuto del già citato provvedimento del Tribunale di Milano<sup>27</sup>, che ha assunto posizioni differenti rispetto alle due domande di insinuazione al passivo depositate dalla moglie del fallito e rigettate dal giudice delegato. In merito alla domanda di ammissione al passivo inerente ad una somma ritenuta pari al 40% dell'indennità di fine rapporto percepita dal marito per gli anni in cui il rapporto di agenzia è coinciso con il matrimonio, il giudice di Milano ha accolto l'opposizione e di conseguenza ha ammesso il credito al passivo del fallimento, seppur con riserva, ritenendo infatti che, "verificatosi il presupposto cui la legge subordina il sorgere del diritto dell'*ex* coniuge a pretendere una quota dell'indennità di fine rapporto, non sussistono ancora le condizioni per l'attribuzione di tale diritto". Le condizioni, quindi, a cui sarebbe subordinata la liquidità e l'esigibilità del credito sono state identificate, da un lato, nel passaggio in giudicato della

---

<sup>27</sup> Cfr. nota n. 3. Con il citato decreto il giudice di Milano così disponeva: "nella pendenza del processo di divorzio tra i coniugi, uno dei quali sia stato dichiarato fallito, l'altro coniuge cui sia stato riconosciuto in via provvisoria in sede di udienza presidenziale un contributo mensile, deve essere ammesso al passivo per la percentuale di trattamento di fine rapporto percepito dal coniuge fallito (anche al fine di assicurargli l'effettività della soddisfazione) in via chirografaria e con riserva, atteso che è un credito, rispettivamente non alimentare e condizionale, che si costituisce e diviene esigibile soltanto dopo essere stato concretamente quantificato dal tribunale fallimentare"; ancora: "in virtù del principio di cristallizzazione del patrimonio del fallito al momento della dichiarazione di fallimento, il provvedimento emesso successivamente dal presidente del tribunale nel processo di divorzio con cui viene attribuito in via provvisoria l'assegno di mantenimento a carico del coniuge fallito, non è opponibile alla procedura".



sentenza di divorzio con conseguente definitivo riconoscimento dell'assegno divorzile e, dall'altro, nell'esatto accertamento, da parte del giudice delegato, dell'ammontare dell'indennità spettante al coniuge fallito.

Nell'altra ipotesi, invece, il giudice di Milano, accertato che la moglie del fallito intendeva porre a carico della massa crediti sorti successivamente alla dichiarazione di fallimento, in quanto relativi ai ratei di mantenimento maturati dopo la dichiarazione di fallimento e non corrisposti, ha respinto l'opposizione in virtù del principio della cristallizzazione del patrimonio del fallito al momento della dichiarazione di fallimento. In altri termini, è stata solo la collocazione temporale della fattispecie costitutiva del credito, successiva, si ripete, alla data di dichiarazione di fallimento, ad indurre il giudicante a motivare la suddetta decisione.

Fatte tali doverose premesse, si vuole in primo luogo affrontare il discorso alla luce dei cc.dd. crediti condizionali e crediti futuri od eventuali.

3.1. "Il conflitto tra i creditori attuali che hanno immediato diritto di rivalersi sul patrimonio del debitore, e i creditori eventuali e futuri, che non hanno tale possibilità, ma che hanno pure il diritto di essere cautelati per il caso in cui venga a sorgere il loro diritto di credito" si è composto attraverso la previsione dell'art. 55 l.f., che dispone l'ammissibilità al concorso dei crediti sottoposti a condizione, "come se questa (se valida) si fosse verificata ma le somme loro assegnate vengono accantonate, sino al verificarsi della condizione"<sup>28</sup>.

Si è, però, precisato che altro sono i creditori eventuali rispetto a quelli condizionali. I primi non trovano ingresso nella suddetta previsione normativa, in quanto l'art. 55, comma 3, l.f. è una norma eccezionale, insuscettibile di interpretazione analogica. I crediti condizionali, infatti, sono i crediti già sorti e subordinati ad un evento futuro ed incerto da cui ne dipende l'efficacia.

La formula apparentemente sembra chiara, ma le difficoltà sorgono per la sua applicazione concreta<sup>29</sup>.

In sede fallimentare, prima della riforma, ancorché nessun elemento significativo poteva trarsi dall'art. 95 l.f.<sup>30</sup>, il disposto dell'art. 113, comma 1, n. 3, l.f. (testo originario), nel fare riferimento "ai creditori i cui crediti sono soggetti a condizione sospensiva non ancora verificata", rendeva evidente che la nozione di credito condizionale andava disegnata facendo riferimento ad un credito già esistente quanto al titolo, ma sottoposto ad una condizione non ancora realizzata<sup>31</sup>. Anche dopo la riforma non dovrebbe dubitarsi che per

<sup>28</sup> In tal senso R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, Milano, 1974, p. 939.

<sup>29</sup> Vedi R. PROVINCIALI, *op. ult. cit.*, vol. III, p. 1405; sulla difficoltà di dare un'interpretazione concorde in dottrina a tale definizione si veda L. PANZANI, in AA.VV., *Diritto fallimentare*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 1996, p. 854.

<sup>30</sup> Il cui secondo comma genericamente faceva riferimento al secondo comma dell'art. 55 legge fall.

<sup>31</sup> Cfr. C. TRENTINI, *Insinuazione al passivo dei crediti condizionali e credito da restituzione del convenuto in revocatoria*, nota a Trib. Milano 12 maggio 2006 n. 5543, in *Fallimento*, 2007, p. 80.



crediti condizionali si debbano intendere quei crediti che sono soggetti ad una condizione ai fini della loro esigibilità e non della loro esistenza: l'art. 113-*bis* l.f., infatti, nel riferirsi ai crediti ammessi con riserva, espressamente contempla l'ipotesi che si verifichi "l'evento che ha determinato l'accoglimento di una domanda con riserva". D'altronde, in dottrina, si è detto che l'art. 55 l.f., in occasione della riforma della legge fallimentare<sup>32</sup>, ha subito una modifica assai modesta, limitata al suo ultimo capoverso, che è stato oggetto di raccordo con le altre disposizioni di rinvio<sup>33</sup>.

Affinché, dunque, un credito possa essere ammesso al passivo come credito condizionale, è necessario che la fattispecie costitutiva dello stesso si sia già interamente realizzata, anche se il credito, già sorto, non sia ancora divenuto esigibile perché la sua esigibilità è subordinata al verificarsi della condizione. La giurisprudenza, in linea con questo orientamento, ha distinto tali crediti da quelli cc.dd. futuri ed eventuali<sup>34</sup>, ossia quelli per i quali, ad esempio, il pagamento assurga ad elemento costitutivo e non di mera esigibilità del credito, come nel caso del credito dell'acquirente rispetto al quale il fallito si fosse assunto l'onere del pagamento dei contributi di urbanizzazione, dei quali venga poi contestata l'esistenza<sup>35</sup>.

In adesione all'orientamento giurisprudenziale e dottrinale dominante si ribadisce che è l'attuale inesigibilità del credito, già esistente quanto alla sua fattispecie costitutiva, che rende il credito ammissibile alla massa passiva, ma con riserva. Presupposto dunque per la condizionalità del credito è la sua anteriorità rispetto al fallimento, dovendosi pertanto escludere a stretto rigore i crediti eventuali e futuri, per i quali, prima dell'apertura del concorso non esisteva né la causa né il titolo costitutivo<sup>36</sup>. D'altronde, tra gli effetti connessi alla dichiarazione di fallimento vi è il principio di cristallizzazione dei crediti vantati nei confronti del fallito, per la cui determinazione e stabile quantificazione la legge fallimentare prevede l'applicazione di speciali criteri in vista della partecipazione al concorso.

---

<sup>32</sup> Il riferimento è al c.d. decreto competitività, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito poi in legge 14 marzo 2005, n. 80, al conseguente d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ed infine al c.d. decreto correttivo di quest'ultimo, d. lgs. 12 settembre 2007, 169.

<sup>33</sup> Così F. LAMANNA, *sub art. 55*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. JORIO, Tomo I, 2007, p. 798, il quale evidenzia che l'articolo in commento dopo la riforma richiama norme parzialmente diverse rispetto al passato, ossia gli artt. 96, 113 e 113-*bis*. Il riferimento a tali norme serve a chiarire anzitutto che la partecipazione dei crediti condizionali al concorso avviene mediante ammissione con riserva. In particolare l'A. evidenzia sia che l'art. 96, comma 3, impropriamente usa l'espressione "crediti condizionati" laddove l'art. 55 si riferisce ai crediti "condizionali", sia che la stessa norma indica ulteriormente i crediti previsti nell'ultimo comma dell'art. 55 (espressione a sua volta impropria, visto che i crediti condizionati sono già previsti nell'ultimo comma dell'art. 55; anche se probabilmente il legislatore delegato intendeva riferirsi ai crediti di cui all'ultimo inciso di tale comma, ossia i crediti che non possono farsi valere contro il fallito se non previa escussione di un obbligato principale). Analogamente, per una modesta riforma della norma, v. M. FERRO, *sub art. 55*, in *La legge fallimentare, Commentario teorico-pratico*, 2007, p. 392.

<sup>34</sup> Si veda in proposito Cass. 25 agosto 1998, n. 8428, in *Foro it.*, 1999, 841.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. 8 agosto 2003, n. 11953, in *Fallimento*, 2004, p. 1091.

<sup>36</sup> Vedi M. FERRO, *sub art. 55*, cit., p. 393.



Quanto specificato trova ulteriore conferma nel provvedimento del tribunale di Milano più volte richiamato<sup>37</sup>.

A riprova del consolidato orientamento della Suprema Corte, secondo cui ai sensi dell'art. 12-*bis* della legge sul divorzio al coniuge divorziato, titolare dell'assegno divorzile, che non sia passato a nuove nozze, spetta il diritto ad una quota dell'indennità di fine rapporto dell'altro coniuge anche se questa indennità sia maturata dopo la proposizione della domanda di divorzio, il giudice di Milano ha ritenuto la situazione riconducibile a quella disciplinata dall'art. 55, ult .co., l.f.

Verificatosi il presupposto cui la legge subordina il diritto dell'*ex* coniuge a pretendere un'indennità di fine rapporto e quindi delineatasi la fattispecie costitutiva del credito, lo stesso è stato ammesso con riserva, non sussistendo ancora le condizioni per l'attribuzione in concreto di tale diritto. Ciò al solo fine di evitare che una eventuale decisione favorevole del giudice del divorzio, ove dovesse intervenire successivamente alla ripartizione dell'attivo fallimentare, potesse risultare *inutiliter data*.

Si intende precisare, per ragioni che si illustreranno in seguito, che il giudicante non ha fatto, in proposito, nessun riferimento al regime proprio delle questioni a contenuto squisitamente patrimoniale che pure sono decise in sede di giudizi di separazione o di divorzio.

Il credito derivante dall'assegno provvisorio di mantenimento, emesso dal presidente del tribunale nel corso del giudizio di divorzio, e relativo ai ratei mensili successivi alla dichiarazione di fallimento non corrisposti, invece, non è stato ammesso al passivo neanche con riserva. La spiegazione di questa decisione si deve basare sulle caratteristiche dell'ordinanza provvisoria, che costituisce la fonte di tale credito e sui cui ci siamo soffermati in precedenza.

Si è detto che l'assegno provvisorio di mantenimento, in quanto "provvisorio" è modificabile, revocabile ed oggi anche reclamabile davanti alla corte d'appello. La reclamabilità della relativa ordinanza, seppur ha inciso sulla stabilità del provvedimento, ridimensionandola, ne ha, all'opposto, rafforzato il carattere decisorio. L'assegno di mantenimento, così come qualsiasi altra decisione assunta nel corso dell'udienza presidenziale, è frutto di una situazione contingente data dalla necessità di tutelare i membri della famiglia in crisi, specie i minori, in quanto esposti, durante il tempo necessario per la pronuncia della sentenza di primo grado, a conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'assenza di una disciplina certa dei rapporti di natura personale e patrimoniale.

Si tratta, dunque, di decisioni che potrebbero non trovare conferma nella successiva sentenza perché eventualmente superate dalle vicende della famiglia o all'opposto essere assorbite nella futura decisione del giudice del divorzio o della separazione. Se la situazione esistente giustifica un determinato provvedimento, che è suscettibile di cambiamenti al mutamento della situazione medesima, questo dovrà trovare necessariamente immediata applicazione, perché altrimenti non avrebbe senso alcuno. Ciò d'altronde trova conferma

---

<sup>37</sup> Vedi nota n. 3.



nella legge, laddove si disciplina l'efficacia, l'ultrattività e le conseguenze derivanti dal mancato rispetto del suddetto provvedimento.

Non si è, dunque, di fronte ad un credito futuro né tanto meno di fronte ad un credito la cui esigibilità è sottoposta a condizione. Eventuali provvedimenti di revoca o di modifica, così come una sentenza definitiva che non ne condivida il contenuto, non impediscono all'ordinanza provvisoria di produrre i suoi effetti e questo fino alla sua eventuale futura caducazione. Se l'opinione consolidatasi nel sistema previgente, secondo cui l'art. 55 l.f. comprende tanto i crediti sottoposti a condizione sospensiva quanto quelli sottoposti a condizione risolutiva, è stata confermata dal novellato art. 113 che genericamente parla di "crediti ammessi con riserva", nel nostro caso si nega ugualmente che l'efficacia del credito in esame possa essere condizionata risolutivamente. Infatti laddove un successivo provvedimento incidesse sul contenuto e sull'esistenza dell'ordinanza medesima, questa *medio tempore*, seppur resa a seguito di una sommaria attività istruttoria, ha comunque prodotto i suoi effetti. Le somme versate a seguito dell'assegno provvisorio di mantenimento, come si è già precisato in precedenza, sono da considerare irripetibili.

L'inquadramento del credito derivante da un assegno provvisorio di mantenimento tra i crediti cc.dd. condizionali è stato negato, di conseguenza è stata negata anche l'ammissione del credito al passivo del fallimento, seppur con riserva. L'inopponibilità del suddetto credito alla massa, però, non trova ragion d'essere, neanche nella qualifica dello stesso quale credito futuro o eventuale, e coerentemente ci si chiede se essa possa trovare fondamento nell'art. 46 l.f., norma che individua con elencazione tassativa i beni e i diritti sottratti allo spossessamento fallimentare.

3.2. La legge fallimentare esclude dal fallimento i beni e i diritti del fallito di natura strettamente personale: rimangono, dunque, nel godimento e nella disponibilità dello stesso i suoi beni personali e quelli necessari a soddisfare le sue esigenze primarie e quelle della sua famiglia.

Non è questa la sede per valutare il rinnovato art. 46 l.f. e l'utilità del relativo intervento riformatore rispetto alla tutela degli interessi di rilevanza familiare nella disciplina concorsuale<sup>38</sup>, però è utile ribadire che tale disposizione così come l'art. 47 l.f., seppur inserite nell'ambito della legge fallimentare, sono finalizzate, in pendenza di una procedura concorsuale, alla protezione degli interessi familiari rispetto a quelli creditorii.

Ai fini del presente lavoro è all'art. 46 l.f., comma 1, nn. 1-2, che bisogna limitarsi. Tali disposizioni escludono dalla massa attiva del fallimento i "beni e i diritti di natura strettamente personale" (n. 1); "gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni

---

<sup>38</sup> In proposito si rinvia a quanto esposto da P. MATERA, *Famiglia e fallimento*, cit., p. 111 ss., ove ampia è la rassegna delle posizioni della dottrina.



salari, e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia” (n. 2)<sup>39</sup>.

Le finalità cui si è ispirato il legislatore con tale norma sono state rinvenute da taluni nella necessità di consentire al fallito un c.d. *fresh start*, al fine di implementare il *favor* nei suoi confronti<sup>40</sup>, da altri nella necessità di non negligenza del tutto le esigenze di sostentamento dello stesso e della sua famiglia<sup>41</sup>. L'assenza di orientamenti condivisi non è di ostacolo all'affermazione secondo cui sembrerebbe ovvia l'inammissibilità allo stato passivo del credito derivante da un assegno di mantenimento, in quanto esso, pur avendo un contenuto economico, svolge funzioni tutt'altro che patrimoniali. In proposito, al di là dei diversi orientamenti dottrinali circa la natura da riconoscere all'assegno di divorzio – assistenziale, risarcitoria e compensativa – non si può negare che esso ha fondamento nella solidarietà post-coniugale, e pertanto nell'esigenza di evitare i disagi che possono derivare da un taglio troppo netto con il precedente sistema di vita, con conseguente proseguimento di quella cooperazione o solidarietà che caratterizzava la vita familiare, nonché nel tentativo di favorire il reinserimento nella vita di relazione del coniuge economicamente più debole<sup>42</sup>.

Se questo è vero per l'assegno di divorzio, analoga funzione dovrà riconoscersi all'assegno di mantenimento provvisorio, riconosciuto in base alla valutazione della situazione contingente e all'esito di una sommaria attività istruttoria.

Rimanendo quindi nella piena disponibilità del fallito i beni e i diritti di natura strettamente personale, solo su questi ultimi il creditore dell'assegno di mantenimento provvisorio, che come detto è destinato a funzioni tutt'altro che patrimoniali, potrà far valere i propri diritti, con conseguente opponibilità dei medesimi al fallito ma non al fallimento. In linea con questo orientamento, si è precisato che “qualora i beni e i diritti personali del fallito di cui all'art. 46, siano insufficienti per la sussistenza del fallito e/o dei suoi familiari, ciascuno di questi ha la possibilità di rivolgersi al giudice delegato ai sensi dell'art. 47, per ottenere un sussidio a titolo alimentare”<sup>43</sup>. Tale orientamento comprova e giustifica la richiamata decisione del tribunale di Milano. Esso distingue, dunque, in categorie le potenziali questioni che potrà affrontare il giudice della separazione e del divorzio, collocando le decisioni aventi ad oggetto i crediti che assolvono ad una funzione alimentare nella categoria delle questioni economiche, ma non *stricto sensu* patrimoniali, e le

---

<sup>39</sup> Con riguardo ai nn. 3 e 4 del primo comma dell'art. 46 l.f., formulazione previgente, ed in specie con riguardo agli orientamenti dottrinali che dopo l'introduzione del fondo patrimoniale ne sostenevano l'assimilazione alla disciplina prevista per il patrimonio familiare, si rinvia a A. CALLOSA, *op. cit.*, p. 91 ss.; G. OPPO, *op. cit.*, p. 14 ss., il quale, sebbene con riferimento all'ipotesi di mancanza di figli, considera il fallimento quale causa di scioglimento del vincolo di destinazione apposto sui beni del fondo, con conseguente attrazione all'attivo fallimentare di quella parte di essi originariamente appartenenti al fallito.

<sup>40</sup> V. R. DI TORREPADULA, *sub. art. 46*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commento al r.d. 16 marzo 1942, n. 267*, a cura di A. JORIO, coord. da M. FABIANI, vol I, Bologna, 2006, pp.736-737.

<sup>41</sup> Così P. MATERA, *Famiglia e fallimento*, cit., p. 112, nota 7.

<sup>42</sup> Così A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, cit. p. 395.

<sup>43</sup> V. G. FINOCCHIARO, *Decisione che prevede il mantenimento non opponibile alla procedura concorsuale*, nota a decr. Trib. Milano 5 febbraio 2008, in *Guida dir.*, 2008, p. 63.



decisioni aventi ad oggetto il riconoscimento ad un coniuge di una percentuale del t.f.r. spettante all'altro coniuge in quelle di contenuto squisitamente patrimoniale. Soltanto queste ultime, avendo ad oggetto beni e diritti che concorrono a formare la massa attiva del fallimento, saranno opponibili allo stesso. Il giudice di Milano ha effettivamente ammesso al passivo del fallimento, seppur con riserva, il credito vantato dalla moglie sul trattamento di fine rapporto del marito, mentre ha respinto la pretesa dell'opponente di porre a carico della massa l'obbligo di pagamento dell'assegno mensile provvisorio attribuito. E' da dire, però, che se vi è coincidenza tra le conclusioni cui è pervenuto il giudice di Milano e quelle cui è finalizzato l'orientamento ricordato, le motivazioni che le sostengono sono tutt'altro che concordanti.

La decisione giurisprudenziale non si fonda sulla diversa natura o sul diverso contenuto delle questioni anzidette: ossia quelle relative al riconoscimento a un coniuge di una percentuale dell'indennità di fine rapporto spettante all'altro coniuge, rispetto alle questioni attinenti alla sussistenza, in via tanto provvisoria quanto definitiva, del diritto ad un assegno di mantenimento a favore del coniuge separato o divorziato. Il giudice di Milano, infatti, non ha ammesso al passivo del fallimento del marito il credito di mantenimento provvisorio vantato dalla moglie solamente perché relativo a ratei mensili maturati successivamente alla dichiarazione di fallimento, in applicazione, quindi, del riferito principio di cristallizzazione del patrimonio del fallito al momento della dichiarazione di fallimento. D'altronde nel decreto *de quo* è specificato che "è solo per completezza d'esposizione che si osserva come il provvedimento del giudice delegato, nella parte in cui ha accolto la domanda ed ammesso il credito al passivo, non necessita di alcuna conferma in questa sede". E' probabile, quindi, che se la domanda fosse stata limitata a ratei mensili non corrisposti ma comunque antecedenti alla dichiarazione di fallimento il giudicante avrebbe considerato il relativo credito opponibile alla procedura concorsuale.

Peraltro sembrerebbe riduttivo attribuire alle decisioni aventi ad oggetto il riconoscimento ad un coniuge di una percentuale del t.f.r. spettante all'altro coniuge un contenuto squisitamente o esclusivamente patrimoniale. L'aspetto economico della questione è indiscutibile ma sul fondamento e sulla funzione del tale istituto si è discusso. In maniera non differente rispetto a quanto ha fatto registrare la dottrina con riguardo alla funzione da riconoscere all'assegno di mantenimento, anche per l'istituto di cui all'art. 12-*bis* l. 898/1970 si è parlato di una funzione assistenziale o compensativa<sup>44</sup>. La stessa Corte costituzionale<sup>45</sup>, chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità della norma nella parte in cui assume come parametro della misura dell'indennità l'intera durata del matrimonio (compresa la separazione), ha riconosciuto la natura ambivalente dell'indennità, evidenziando come in essa coesistano profili assistenziali e compensativi.

---

<sup>44</sup> Così V. BUSI, *Gli altri effetti patrimoniali del divorzio*, in *il Nuovo dir. famiglia*, a cura di G. FERRANDO, Bologna, 2007, p. 969

<sup>45</sup> V. Corte Cost., 24 gennaio 1991, n. 23, in *Foro it.*, 1991, 3007; in senso conforme: Cass., 18 marzo 1996, n. 2273, in *Famiglia e diritto*, 1996, p. 439; Cass., 17 dicembre 2003, n. 19309, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 336.



La domanda che ci siamo posti in apertura di questo lavoro appare, pertanto, ancora senza risposta. La giurisprudenza, d'altronde, ha fatto registrare orientamenti completamente opposti: sul presupposto che oggetto della decisione fosse un credito derivante da un assegno definitivo e non provvisorio, in alcuni casi il credito di mantenimento è stato ammesso al passivo del fallimento del coniuge e con privilegio ai sensi dell'art. 2751 n. 4 c.c.<sup>46</sup>, in altri, invece, è stato ritenuto che lo stesso credito non potesse essere opposto al concorso, in quanto al mantenimento della famiglia il fallito resta tenuto a provvedere con i beni non compresi nel fallimento<sup>47</sup>. Aderisce a tale ultimo orientamento, argomentando che sussista a carico del fallito l'obbligo alla corresponsione di un assegno al coniuge separato o divorziato la cui determinazione sia avvenuta prima della dichiarazione di fallimento, chi ritiene che le mutate condizioni dovute a causa del fallimento medesimo comportino una decurtazione dell'assegno, con la conseguente necessità da parte del giudice delegato di valutare a tal fine in quale misura i guadagni di cui all'art. 46, primo comma, n. 2, l.f. siano da lasciare nella disponibilità del fallito<sup>48</sup>.

Sembrerebbe, quindi, che anche il credito derivante da un assegno provvisorio di mantenimento, poiché ugualmente finalizzato a soddisfare gli obblighi di mantenimento o alimentari che sussistono in capo al fallito verso il coniuge, sia collocabile in quelle tipologie di credito che, come si è detto, a prescindere dalla data in cui il credito è sorto, restano escluse dalla procedura fallimentare. Ciò oltretutto se si considera che il suddetto assegno è suscettibile di subire modifiche e di essere revocato.

Tale orientamento sembra, però, non convincere del tutto: premettendo che sulla funzione dell'assegno *nulla quaestio*, ci si chiede se non sia comunque possibile ammettere al passivo del fallimento un importo corrispondente ai ratei mensili maturati antecedentemente alla dichiarazione di fallimento e per di più fondati su un provvedimento giudiziale che per legge è titolo esecutivo. L'anteriorità del provvedimento pronunciato dal giudice della separazione o del divorzio rispetto alla dichiarazione di fallimento, per i crediti antecedenti al fallimento, potrebbe giustificare l'insinuazione al passivo del coniuge titolare. Per i crediti maturati successivamente, invece, il coniuge non avrà diritti da far valere nei confronti della massa (non essendo creditore concorsuale), ma solo nei confronti del fallito, rispetto a quei beni o rapporti non compresi nel fallimento perché di natura strettamente personale. D'altronde, se il contenuto dell'assegno provvisorio non dovesse trovare assorbimento nella sentenza definitiva di separazione o di divorzio, se il giudice istruttore,

---

<sup>46</sup> V. Trib. Roma 10 luglio 2001, in *Dir. prat. soc.*, 2002, p. 88: "Il credito di mantenimento del coniuge, separato o divorziato del fallito ha natura alimentare, e, pertanto, deve essere disposta l'ammissione al passivo del fallimento del coniuge con privilegio ai sensi dell'art. 2751 n. 4 c.c."

<sup>47</sup> V. Trib. Napoli 11 febbraio 1999, in *Giur. napoletana*, 2000, p. 107: "Non sussistono i presupposti per l'interruzione del processo di divorzio in caso di fallimento di uno dei coniugi, atteso che la domanda avente ad oggetto l'attribuzione di assegno di divorzio, anche di contenuto patrimoniale, attiene a crediti che non possono essere fatti valere in concorso, in quanto al mantenimento della famiglia il fallito resta tenuto a provvedere con i beni non compresi nel fallimento".

<sup>48</sup> In tal senso P. MATERA, *Famiglia e fallimento*, cit., p. 117, nota 20, il quale lamenta il mancato coordinamento ed una differente competenza in ordine a due giudizi che invece appaiono strettamente connessi tra loro.



successivamente all'udienza presidenziale, provvedesse a modificare o revocare l'assegno, se tale intervento dovesse essere il frutto della stessa dichiarazione di fallimento, ciò non inciderà sulle somme dovute e maturate in virtù del provvedimento provvisorio medesimo e fino a quando questo produrrà i suoi effetti. Ai fini dell'opponibilità alla procedura concorsuale si distinguerà solamente tra credito maturato prima o successivamente alla dichiarazione di fallimento.

4. Gli aspetti problematici che nasconde il rapporto tra famiglia e fallimento e le difficoltà che sussistono nel dare una risposta ai dubbi che le fattispecie concrete lasciano emergere sono confermate dalla indagine qui condotta. Il discorso, infatti, non cambia qualora non si è davanti ad una famiglia solida e stabile bensì davanti ad un rapporto coniugale in via di scioglimento. Gli ultimi interventi riformatori del legislatore del fallimento sono da considerarsi come un'occasione mancata per fare chiarezza su aspetti del richiamato rapporto che continuano a rimanere irrisolti. La bilancia che vede pendere da un lato gli interessi familiari e dall'altro le logiche creditorie non ha ancora trovato il suo equilibrio, e vi è di più: proprio l'art. 46 l.f., destinato a tutelare gli interessi familiari in pendenza di una procedura concorsuale, laddove la famiglia sia in via di scioglimento sembrerebbe subire un mutamento di collocazione, in quanto non sarebbe più sul versante che spinge per gli interessi aventi rilevanza familiare bensì su quello che mira alla protezione delle posizioni creditorie.

Facendo rientrare l'obbligo di mantenimento tra i rapporti personali esclusi dal fallimento, esso, di conseguenza, dovrà essere corrisposto dal coniuge fallito (e non dal curatore) nell'ambito delle disponibilità economiche residue, *ex* art. 46, n. 2, l.f.

Riconoscendo la validità dell'affermazione suddetta per qualsiasi credito che si fondi su di un assegno di mantenimento, sorto in data anteriore alla dichiarazione di fallimento, si escluderà l'opponibilità del credito stesso alla procedura concorsuale e ciò non senza vantaggi per la procedura medesima. Per meglio dire, l'art. 46 l.f., nel giustificare l'esclusione dell'insinuazione al passivo del coniuge titolare dell'assegno di mantenimento, ridimensionerà il *quantum* che consentirà al fallito il c.d. *fresh start* e contestualmente eviterà che una parte della massa attiva possa essere indirizzata a soddisfare la suddetta richiesta creditoria, non senza vantaggi per gli altri creditori. Non sono rare, peraltro, le ipotesi in cui le risorse che rimangono nella disponibilità del debitore risultano essere insufficienti per la sussistenza del fallito e dei suoi familiari, con la conseguente necessità di rivolgersi al giudice delegato ai sensi dell'art. 47 l.f., per ottenere un sussidio a titolo alimentare.

Fermo restando, dunque, che l'obbligo di mantenimento rientra tra i rapporti personali esclusi dal fallimento, con le conseguenze di cui si è detto, ci si interroga sul motivo per cui escludere l'opponibilità del credito in esame alla massa qualora esso derivi da un titolo – che può identificarsi nella sentenza dichiarativa della separazione, nella sentenza di omologazione, nella sentenza di divorzio, finanche nelle ordinanze di cui agli artt. 708, comma 3, c.p.c. e 4, comma 8, l. div. – purché anteriore alla dichiarazione di fallimento e



limitatamente ai crediti maturati prima di questa data. Non saranno, invece, opponibili gli assegni dovuti per il tempo successivo al fallimento, con conseguente esclusione di una loro corresponsione in prededuzione<sup>49</sup>.

Se dovesse trovare accoglimento tale orientamento, il credito in esame, scaduto – si ripete – in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, andrà ammesso allo stato passivo del fallimento del coniuge obbligato; ciò non senza sottovalutare che la giurisprudenza costituzionale<sup>50</sup> ha esteso in via analogica il privilegio *ex art. 2751 n. 4 c.c.*, dettato in materia di alimenti – ferma la perplessità suscitata a fronte della diversa *ratio* dei due istituti – al credito dovuto a titolo di assegno di mantenimento per gli ultimi tre mesi.

---

<sup>49</sup> V. M. FERRO, *Le insinuazioni al passivo*, in *Trattato teorico-pratico dei crediti e dei privilegi nelle procedure concorsuali*, a cura di P. NAPPI, tomo II, 1996, p. 166 ss.

<sup>50</sup> Corte Cost., 21.01.2000, n. 17; Corte Cost., 4.03.1992, n. 84, in M. FERRO, *Le insinuazioni*, *op. cit.*, p. 169.