

PIANO DELL'OPERA

VOLUME

**I. INTRODUZIONE GENERALE. IL FALLIMENTO: PRESUPPOSTI - PROCESSO - ORGANI**

*Introduzione generale alla disciplina delle crisi d'impresa* di Alberto Jorio

- I. *Il fallimento. I presupposti soggettivi e oggettivi* di Michele Sandulli
- II. *Il fallimento delle società* di Gino Cavalli
- III. *Le società pubbliche e in mano pubblica* di Giacomo D'Attorre
- IV. *Il processo di fallimento* di Ferruccio Auletta, Clarice Delle Donne, Massimo Fabiani, Pasqualina Farina, Nicola Rascio, Roberta Tiscini
- V. *Gli organi preposti al fallimento* di Francesco De Santis, Fabio Santangeli

**II. IL FALLIMENTO: EFFETTI - STATO PASSIVO**

- I. *Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori* di Vittorio Zanichelli
- II. *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Le azioni revocatorie* di Sido Bonfatti
- III. *I rapporti giuridici pendenti* di Filippo Lamanna
- IV. *Lo stato passivo* di Giuseppe Bozza, Maria Carla Giorgetti, Francesca Locatelli, Piera Pellegrinelli

**III. IL FALLIMENTO: INVENTARIO - GESTIONE DELL'IMPRESA - LIQUIDAZIONE E DISTRIBUZIONE DELL'ATTIVO - CHIUSURA - ESDEBITAZIONE - DISCIPLINA DEL SOVRAINDEBITAMENTO**

- I. *Sigilli, inventario, custodia* di Giulio Nardo
- II. *La gestione dell'impresa nel fallimento* di Francesco Fimmano
- III. *La liquidazione e distribuzione dell'attivo* di Roberto Martino
- IV. *La chiusura e la riapertura del fallimento* di Massimo Montanari, Valentina Baroncini
- V. *L'esdebitazione e la disciplina del sovraindebitamento* di Luciano Panzani

**IV. LE PROCEDURE CONCORDATE**

- I. *Il concordato fallimentare* di Filippo D'Aquino, Alessandro Danovi
- II. *Il concordato preventivo* di Paolo Felice Censoni
- III. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti* di Ilaria Pagni, Marina Spiotta
- IV. *I piani di risanamento* di Lorenzo Stanghellini, Andrea Zorzi

**V. LE PROCEDURE AMMINISTRATIVE: LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA - AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA - TUTELA DEI DIRITTI - PROCEDURE TRANSFRONTALIERE - PROFILI PENALI E FISCALI - CRISI BANCARIE**

- I. *La liquidazione coatta amministrativa* di Maria Carla Giorgetti
  - II. *L'amministrazione straordinaria* di Fabrizio Di Marzio, Francesco Macario
  - III. *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali* di Massimo Fabiani
  - IV. *Le procedure concorsuali transfrontaliere* di Antonio Leandro
  - V. *I profili penali delle procedure concorsuali* di Alberto Alessandri
  - VI. *I profili fiscali delle procedure concorsuali* di Raffaello Lupi
  - VII. *La disciplina delle crisi bancarie* di Giuseppe Boccuzzi, Roberto Cercone
- Postfazione* di Bruno Sassani

TRATTATO  
DELLE  
PROCEDURE  
CONCORSUALI

I

INTRODUZIONE  
GENERALE  
IL FALLIMENTO

PRESUPPOSTI - PROCESSO - ORGANI



GIUFFRÈ EDITORE

## Capitolo V

### LE IMPUGNAZIONI DEI PROVVEDIMENTI CHE DECIDONO SULL'ISTANZA DI FALLIMENTO

di

Nicola Rascio e Clarice Delle Donne

I. Premessa. Le impugnazioni dei provvedimenti che decidono sull'istanza di fallimento tra *lex specialis* e *lex generalis*. — 2. Il regime di impugnazione del provvedimento che decide della competenza del tribunale adito per la dichiarazione di fallimento nel contesto del sistema disegnato dagli artt. 9, 9-bis e 18 l. fall. — 2.1. L'impugnazione della declinatoria del tribunale adito con l'istanza di fallimento. — 2.2. L'impugnazione della sentenza di fallimento per motivi di incompetenza. — 3. L'impugnazione della sentenza di fallimento: l'attuale regime di reclamo "pienamente devolutivo" *versus* quello dell'appello. — 3.1. La polisemia del carattere "pienamente devolutivo" di un mezzo di impugnazione. — 3.2. L'effetto devolutivo in alcune figure di reclamo già note. — 3.3. Il rimedio disciplinato dall'art. 18 l. fall. e l'effetto devolutivo vagheggiato dalla Relazione al d.lg. n. 169/2007: la necessità di distinguere. — 3.3.1. *Segue. a)* Il dato testuale: la fisionomia del mezzo *ex art.* 18 l. fall. — 3.3.2. *Segue. b)* Le considerazioni di sistema: la forma del provvedimento reclamabile. — 3.3.3. *Segue.* ...la ricostruzione giurisprudenziale della disciplina dei procedimenti innanzi alla Corte d'appello. — 3.3.4. *Segue.* ...e l'idoneità al giudicato del provvedimento reclamabile. — 3.4. La fisionomia del reclamo tra *lex specialis* dell'art. 18 l. fall. e *lex generalis* sulle impugnazioni. — 3.4.1. I termini. — 3.4.2. La legittimazione attiva. — 3.4.3. La legittimazione passiva. — 3.4.4. La legittimazione all'intervento. — 3.4.5. Profili procedurali. — 3.4.6. La sospensione della liquidazione. — 3.4.7. I motivi di impugnazione e le conseguenze della loro omissione. — 3.4.8. *Segue.* Il rilievo d'ufficio (ed i suoi vari limiti). — 3.4.9. *Segue.* La disciplina dei *nova*. — 3.4.10. *Segue.* Il riparto degli oneri probatori ed i poteri officiosi della Corte d'appello. — 3.4.11. La decisione nel merito e la rimessione al primo giudice. — 3.4.12. *Segue:* la sentenza resa in esito al reclamo ed il suo regime. — 3.4.13. *Segue.* Gli effetti della revoca del fallimento e la relativa decorrenza. — 3.4.14. *Segue.* Le spese della procedura ed il compenso al curatore. — 4. L'impugnazione del decreto di rigetto dell'istanza di fallimento.

#### **I. Premessa. Le impugnazioni dei provvedimenti che decidono sull'istanza di fallimento tra *lex specialis* e *lex generalis*.**

La decisione sull'istanza di fallimento assume forme cangianti in relazione al segno, di accoglimento o di rigetto, ma anche al contenuto, che potrebbe essere di mero rito ed attenere, in particolare, alla declaratoria di incompetenza del giudice adito.

Ma se per l'accoglimento ed il rigetto sono imposte rispettivamente la

sentenza (art. 16) e il decreto motivato (art. 22), per la dichiarazione di incompetenza la scelta del legislatore si appunta oggi sui più sfumati ed anodini connotati del "provvedimento" (art. 9-bis l. fall.), facendo gravare sull'interprete la ricostruzione della relativa fisionomia in base a valutazioni che, in assenza di *lex specialis*, appaiono necessariamente di sistema.

Allo stesso modo, se per la sentenza dichiarativa ed il decreto di rigetto è previsto uno speciale regime di impugnazione variamente imperniato sul reclamo alla Corte d'appello, per la declaratoria di incompetenza uno specifico riferimento, in particolare all'esperibilità del regolamento di competenza necessario secondo le regole generali, manca, così come manca una disciplina del regolamento facoltativo *ex art. 43*, eventualmente affiancabile al reclamo per contestare la sentenza dichiarativa di fallimento sotto il profilo della incompetenza.

L'interprete è dunque anche in tal caso chiamato a valutare la compatibilità di queste impugnazioni con un contesto, quello concorsuale, ove proprio il regime della questione di competenza assume, come si vedrà, una fisionomia tutta particolare, ed alla luce della circostanza che il reclamo è concepito quale mezzo generale di impugnazione delle sentenze che dichiarano il fallimento, ponendo una pesante ipotesi quantomeno sull'interesse alla sperimentabilità del regolamento di competenza facoltativo per contestare la *potestas* del tribunale che il fallimento ha dichiarato.

Senza contare poi i risvolti problematici legati alla disciplina della inibitoria/sospensione, che per i giudizi interessati dai regolamenti di competenza è automatica (art. 48 c.p.c.), laddove invece la legge fallimentare esclude l'efficacia inibitoria del reclamo (art. 18 l. fall.) contro la sentenza dichiarativa di fallimento, limitandosi a consentire una più modesta sospensione della liquidazione.

Da altro punto di vista anche la ricostruzione della disciplina del reclamo contro la sentenza di fallimento mostra le sue complessità, in particolare quanto ai profili non espressamente regolati dalla *lex specialis* dell'art. 18 l. fall.

La possibilità di applicare la *lex generalis* sulle impugnazioni, ed in particolare sull'appello, sconta infatti la estrema difficoltà della previa verifica di compatibilità con un sistema ed una logica, quelli fallimentari, del tutto peculiari.

A questi profili, ed ai numerosi altri che con essi variamente si intrecciano, sarà dedicata la trattazione che segue.

Prenderemo le mosse dal variegato universo del provvedimento che decide della competenza del tribunale adito per la dichiarazione di fallimento. Passeremo poi al reclamo avverso la sentenza di fallimento (per motivi diversi da quelli di competenza), ed infine a quello avverso il decreto di rigetto dell'istanza *ex art. 22 l. fall.*

## 2. Il regime di impugnazione del provvedimento che decide della competenza del tribunale adito per la dichiarazione di fallimento nel contesto del sistema disegnato dagli artt. 9, 9-bis e 18 l. fall.

Ad una pronuncia sulla competenza del tribunale adito per la dichiarazione di fallimento si può giungere attraverso due consueti percorsi: *a*) se la domanda è radicata davanti ad un tribunale che accerti la propria incompetenza (art. 9-bis l. fall. co. 1, seconda parte); *b*) se la sentenza dichiarativa di fallimento è impugnata per ragioni di incompetenza ed è la corte d'appello, investita del reclamo *ex art. 18 l. fall.*, a dichiarare l'incompetenza del tribunale (art. 9-bis l. fall., co. 1, prima parte), o se l'impugnazione della sentenza di fallimento avviene con regolamento di competenza, ove lo si ritenga, come chi scrive, ammissibile.

Ciascuna di queste ipotesi mostra profili suoi propri, che vanno partitamente analizzati.

Le questioni di competenza presentano tuttavia in ambito fallimentare profili di anomalia rispetto a quanto accade in un ordinario giudizio dichiarativo in ragione della circostanza che il dissesto di un'impresa è fenomeno destinato ad incidere su una ampia platea di soggetti, imponendo particolare attenzione all'efficienza dei risultati del processo in funzione di garanzia di interessi superindividuali.

La breve premessa che segue, e che tali anomalie punta a tratteggiare, appare dunque funzionale alla comprensione tanto delle soluzioni qui accolte che dei rilievi critici cui potrebbero prestarsi.

Ora, nel contesto della tutela dichiarativa quando il giudice accerta la propria incompetenza emette una pronuncia di rito e dispone che il processo sia riassunto davanti al giudice che reputa competente. Il congegno della *translatio iudicii* innesca così la conservazione degli effetti della domanda introduttiva se la riassunzione è tempestiva.

Se l'accertamento dell'incompetenza avviene in sede di impugnazione, alla declinatoria si accompagna l'indicazione del giudice competente davanti al quale il processo può essere riassunto in primo grado, posto che la sentenza pronunciata viene travolta anche per le eventuali statuizioni di merito *ex art. 336, co. 1 (1)*.

Non così nel regime attuale del fallimento, ove la dichiarazione di incompetenza non conduce alla revoca del fallimento secondo la logica dell'effetto espansivo, né alla riassunzione, bensì alla *continuazione* della stessa procedura davanti al giudice competente, sicché nel primo caso si conservano gli effetti della prima domanda, ma si apre un nuovo processo,

(1) Cass., 12 novembre 2010, n. 22958, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce « Appello civile » n. 47; Cass., 4 luglio 2003, n. 10566, in *Giur. it.*, 2004, 1599; Cass., 10 ottobre 1997, n. 9867, in *Foro it.*, 1998, I, 83.

per di più solo ad iniziativa di parte; nell'altro resta *ipso iure* aperta la medesima procedura sia pure presso altro giudice (2).

La logica della trasmigrazione ufficiosa del processo nell'ambiente fallimentare è quella di assicurare la tutela del credito impedendo soluzioni di continuità nella gestione del procedimento. La dichiarazione di fallimento e la procedura che ne consegue non sono infatti solo processi espropriativi, ma rappresentano anche il mezzo per regolare la crisi di una impresa (3).

La declinatoria non si accompagna perciò all'indicazione del giudice competente con fissazione del termine per la riassunzione, atto di parte, ma si limita a disporre che il tribunale incompetente trasmetta gli atti a quello competente (4). Ciò accade sia quando il tribunale si dichiara incompetente sulla domanda di fallimento, nel qual caso dispone la *trasmissione degli atti del procedimento prefallimentare* al tribunale ritenuto competente; che quando il tribunale è riconosciuto incompetente in esito a reclamo *ex art. 18 l. fall.*, dalla corte d'appello, che dispone la *trasmissione del fascicolo della procedura di fallimento* al tribunale (individuato come) competente.

Se il tribunale *ad quem* esclude a sua volta la propria competenza, con ordinanza resa entro venti giorni dalla ricezione degli atti investe la Corte di cassazione del regolamento d'ufficio, con conseguente sospensione del procedimento *ex art. 48 c.p.c.*

In caso contrario istruisce invece la domanda di fallimento, ovvero dispone la prosecuzione della procedura di fallimento e con decreto ne nomina gli organi (curatore e giudice delegato) (5) dando altresì gli ulteriori provvedimenti di cui all'art. 16 l. fall.

### 2.1. L'impugnazione della declinatoria del tribunale adito con l'istanza di fallimento.

Tornando al primo dei percorsi evocati al § 2 per giungere ad una pronuncia che, nella specie, è declinatoria della competenza (*sub a*), se il tribunale davanti al quale pende istanza di fallimento si reputa incompetente, emette ordinanza con la quale chiude il processo davanti a sé e (proprio per questo) pronuncia sulle spese del procedimento.

(2) *Amplius* in questo Volume FABIANI, al Capitolo II, Sezione II, della presente Parte IV, ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

(3) FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 3.

(4) La scelta normativa è il frutto, anche, del recepimento di un orientamento giurisprudenziale radicatosi negli anni '90 col quale si era legittimato il giudice adito per secondo a sollevare regolamento di competenza anche senza una formale riassunzione del processo, v., Cass., S.U., 1 agosto 1994, n. 7149, in *Fallimento*, 1995, 352.

(5) LONGO, *La dichiarazione di fallimento*, in *Diritto delle procedure concorsuali*, a cura di Trisorio Liuzzi, Milano, 2013, 41; FABIANI, *op. loc. ult. cit.*

Che il « provvedimento » cui anodinamente fa riferimento l'art. 9-bis l. fall. assuma tale forma è circostanza a favore della quale milita oggi la *lex generalis* dell'art. 279, co. 1 (6), c.p.c. che, nel prescrivere appunto la forma dell'ordinanza per le declinatorie di competenza, si mostra altresì coerente con la scelta della *lex specialis* a favore della sentenza per la (sola) dichiarazione di fallimento e del decreto motivato per il rigetto dell'istanza.

Che il provvedimento da adottare sia l'ordinanza di incompetenza e non il decreto di rigetto (7) è invece conclusione imposta dal duplice rilievo: *a*) che la valutazione della competenza, investendo la legittimazione a decidere, è preliminare rispetto a quella dei presupposti per la dichiarazione di fallimento; e che *b*) anche se chiude il processo davanti al giudice adito, ne dispone al contempo la prosecuzione davanti ad altro giudice (art. 9-bis, co. 1, l. fall.), non potendo dunque assimilarsi ad una decisione di rigetto "secco" quale quella destinata ad essere ospitata nel decreto *ex art. 22 l. fall.*

Quale che sia la soluzione in concreto privilegiata circa la forma della declinatoria, è comunque in relazione al suo contenuto che va calibrato il regime di impugnazione (8).

Nel silenzio della *lex specialis* l'unico strumento reattivo pare verosimilmente, in applicazione dell'art. 42 c.p.c., il regolamento (necessario) di competenza.

La Cassazione statuisce sulla competenza, con ordinanza dotata, secondo le regole generali, di efficacia panprocessuale.

### 2.2. L'impugnazione della sentenza di fallimento per motivi di incompetenza.

La seconda ipotesi da esaminare (*supra*, § 2, *sub b*) è speculare alla precedente, e si verifica quando, a fronte di una sentenza dichiarativa di fallimento, si intenda contestare la competenza del tribunale che la ha pronunciata.

Qui occorre preliminarmente stabilire, nel silenzio della *lex specialis* (9), quale sia il mezzo reattivo, se il reclamo, in generale prescritto dall'art. 18

(6) Come modificato dall'art. 46, co. 9, lett. *a*) della l. n. 69/2009.

(7) *Amplius*, per i problemi e le soluzioni attualmente prospettabili, l'ampia disamina — in questo Volume — di FABIANI, al Capitolo II, Sezione II, della presente Parte IV.

(8) Nel senso che la decisione vada adottata con la forma del decreto ma che sia esperibile il regolamento di competenza, v. LONGO, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 40.

(9) In passato si era ritenuto incompatibile il regolamento ad iniziativa di parte con il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, v., ABIUSO, *Sentenza dichiarativa di fallimento e regolamento di competenza*, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, 1269; TRAVI, « *Sentenza di fallimento e regolamento di competenza* », *ivi*, 1957, I, 1, 913; DENTI, *Il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 1012.

ed idoneo ad ospitare qualunque tipo di censura, di merito come di rito, o anche, in alternativa, il regolamento di competenza.

Si è in proposito rilevato che gli attuali artt. 9 e 9 bis l. fall. si limitano ad apprestare la disciplina della competenza del tribunale che ha dichiarato il fallimento, anche sotto il profilo dell'organizzazione dei rapporti fra diversi uffici giudiziari (con corredo di prescrizioni relative all'esperibilità dei regolamenti di competenza — positivi e negativi — d'ufficio), ma lasciano aperto il dubbio se la sentenza di fallimento sia impugnabile altresì con regolamento [facoltativo] di competenza (10).

La circostanza che l'accertamento dell'incompetenza lasci in vita la sentenza dichiarativa, non esclude la permanenza di un interesse a che sia dichiarato competente altro tribunale, considerato che sarà poi quest'ultimo a gestire, in definitiva, la crisi dell'impresa.

Non può dunque ragionevolmente negarsi al debitore o ad un terzo l'opzione per il regolamento (facoltativo) di competenza, così come quella di dedurre nel reclamo il (solo) vizio di incompetenza. La legittimazione per la proposizione del regolamento va attribuita agli stessi soggetti che hanno legittimazione a reclamare e dunque spetta a qualunque interessato (11).

Il termine è di trenta giorni (12), ma quanto alla decorrenza occorre coordinare le disposizioni dettate dagli artt. 18 l. fall. e 47 c.p.c.

Ora, poiché le formalità stabilite nell'art. 17 l. fall. costituiscono una forma speciale di comunicazione, è ragionevole che per le parti del procedimento *ex art. 15 l. fall.* valga la data della notificazione per il debitore (non essendo prevista la comunicazione al fallito) e della comunicazione per le altre, mentre per coloro che sono interessati, ma non sono stati parte del procedimento, valga la data dell'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese (13).

Se il giudice indicato come competente non è quello che ha dichiarato il fallimento, si applica il medesimo meccanismo di cui all'art. 9-bis l. fall. con la migrazione degli atti al giudice competente.

È stato perspicuamente rilevato che uno specifico interesse a proporre il regolamento di competenza in luogo del reclamo potrebbe rinvenirsi nella disciplina dell'inibitoria. Infatti, mentre il reclamo contro la sentenza di fallimento (art. 18 co. 3, l. fall.) non sospende gli effetti della decisione salvo quanto previsto in tema di (mera) sospensione della liquidazione (art.

(10) V. *amplius*, in questo Volume, il commento di FABIANI, al Capitolo II, Sezione II e III, della presente Parte IV, ove anche gli essenziali riferimenti di dottrina.

(11) Cass., 27 aprile 2002, n. 6166, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce « Competenza civile » n. 164.

(12) Il termine di trenta giorni corrisponde sia a quello previsto nell'art. 18 l. fall. che nell'art. 47 c.p.c.

(13) Così, testualmente, FABIANI, *op. loc. ult. cit.*

19 l. fall.), la sospensione del processo è invece imposta dall'art. 48 quale conseguenza automatica della proposizione del regolamento, residuando solo il compimento di atti urgenti.

Occorre allora, anche in tal caso, un'opera di coordinamento, nella specie tra l'art. 18 l. fall. e l'art. 48 c.p.c. (14).

Poiché nella procedura di fallimento è naturale il compimento di atti urgenti, è ragionevole ritenere che il giudice *a quo* possa autorizzare tutti gli atti di gestione della procedura (compreso l'accertamento dello stato passivo e la predisposizione del programma di liquidazione, salvo quelli di natura liquidatoria in coerenza con quanto stabilito nell'art. 19 l. fall.

Passando ad esaminare la disciplina del reclamo, l'incompetenza va specificamente dedotta, posto che l'« efficacia devolutiva piena » del mezzo (15) non implica certo l'assoluzione del ricorrente dall'onere di individuare specificamente i motivi di impugnazione. Perché il vizio sia deducibile occorre tuttavia che l'eccezione sia stata sollevata nel corso del procedimento, in caso contrario potendo essere rilevata d'ufficio (16) solo se attenga al grado e non alla competenza per territorio.

La Corte d'appello, se la sentenza è stata impugnata per motivi di competenza e il gravame è *in parte qua* fondato, deve preliminarmente pronunciarsi, con ordinanza, dichiarando l'incompetenza del tribunale adito. La decisione chiude il processo davanti al giudice che l'ha resa in quanto se il reclamo contiene altri motivi, questi sono decisi da altra corte d'appello a seguito dell'eventuale riassunzione (art. 9-bis, co. 4, l. fall.) (17).

(14) *Amplius*, sul punto, ancora FABIANI, in questo Volume, Capitolo II, Sezioni II e III, della presente Parte IV.

(15) Sulla reale portata del richiamo all'« effetto devolutivo pieno » del reclamo operata, tra le altre, ad esempio da Cass., 6 giugno 2012, n. 9174, *Dejure*; o da Cass., 24 maggio 2012, n. 8227, in *Dejure*, v. *amplius infra*, § 3.4.

(16) In termini dubitativi, v. SILVESTRINI, *La disciplina della competenza*, cit., 234.

(17) Potrebbe tuttavia accadere che il tribunale incompetente e quello dichiarato competente appartengano al medesimo distretto giudiziario, sì che la corte d'appello sarebbe la stessa; in questo caso si deve sempre applicare l'art. 279 c.p.c., con la conseguenza che la corte, dapprima, dichiara l'incompetenza del tribunale e poi dispone la prosecuzione del processo per l'esame delle questioni di merito; una prosecuzione che, per ragioni di economia processuale, non dovrebbe imporre una formale riassunzione. Ed è questa la soluzione di recente fatta propria dalla Cassazione (Cass., 3 gennaio 2013, n. 57, in *Fallimento*, 2013, con nota di BACCAGLINI) cui si deve la compiuta illustrazione del *discrimen* tra le due ipotesi: « la sentenza di fallimento pronunciata dal giudice dichiarato incompetente non può essere ritenuta nulla, ma ne devono soltanto essere rimossi gli effetti processuali, con la conseguenza che il procedimento prosegue ai sensi dell'art. 50 c.p.c. davanti al tribunale competente (Cass. nn. 2422/2006 e 15321/2006 confermate da S.U. n. 26619 del 2007), con le sole modifiche necessarie militando in tal senso il principio della ragionevole durata del processo — art. 111 Cost. — ancor più avvertito in sede concorsuale, intrinsecamente improntata ad esigenze di rapida definizione. Connaturata alla ratio del sistema fallimentare già nel vigore del r.d. n. 267 del 1942, l'esegesi ha trovato definitiva convalida

La sentenza della Corte d'appello che accoglie l'eccezione di incompetenza, è a sua volta impugnabile con il regolamento di competenza necessario.

In ipotesi di proposizione di regolamento di competenza ad iniziativa di parte e di reclamo *ex art.* 18 l. fall., l'art. 43 c.p.c. impone di concludere che se viene proposto prima il regolamento, il termine per interporre reclamo inizia a decorrere da quando è comunicata l'ordinanza della corte di cassazione. Viceversa, se viene proposto prima il reclamo, l'art. 48 c.p.c. ne impone la sospensione.

La Cassazione statuisce sulla competenza, con ordinanza, sia quando la regola (artt. 42 ss. c.p.c.), sia quando decide il ricorso per cassazione proposto ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 2, c.p.c.

Nel caso in cui la Corte suprema ritenga fondata l'eccezione di incompetenza del giudice che ha dichiarato il fallimento, in esito a ricorso *ex art.* 360, co. 1, n. 2, ed altresì fondato un altro motivo di ricorso, può decidere nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c. e cassare la sentenza senza rinvio revocando il fallimento ove non occorrono ulteriori accertamenti in fatto; ovvero può cassare la sentenza e disporre il rinvio davanti alla Corte d'appello competente rispetto al tribunale che avrebbe dovuto essere investito, *ab initio*, della domanda di fallimento.

Quando la Cassazione ritiene invece fondato il motivo di ricorso ai sensi dell'art. 360 n. 2 c.p.c., ma non altri motivi di ricorso, opera la cassazione della sentenza senza rinvio limitatamente alla pronuncia sulla competenza, con conseguente passaggio in giudicato degli altri capi. Per effetto della cas-

nel testo dell'art. 9-bis, commi 1 e 3 introdotto dal d.lg. 9 gennaio 2006 che ha portato ad emersione, rendendolo operante a pieno regime (cfr. Cass. 31 maggio 2010, n. 13316, e Cass., 5 novembre 2010, n. 22544), il principio della prosecuzione della procedura, che ha quindi coordinato con quello del giudice naturale, disponendo la traslazione automatica innanzi al giudice competente anche nel caso in cui l'incompetenza del tribunale che ha pronunciato il fallimento sia stata accertata e dichiarata dalla Corte d'appello in sede di reclamo proposto dall'imprenditore fallito. Il disposto del citato art. 9-bis, comma 4 laddove stabilisce che "qualora l'incompetenza sia dichiarata all'esito del giudizio di cui all'art. 18, l'appello (*rectius*: nella specie il reclamo), per le questioni diverse dalla competenza è riassunto, a norma dell'art. 50 c.p.c., dinanzi alla corte d'appello competente" convalida infatti in senso positivo l'automatismo dell'effetto traslativo, legittimato dalla presupposta salvezza degli effetti della sentenza di fallimento pronunciata dal tribunale dichiarato incompetente, declinandolo a favore del giudice naturale del reclamo, identificato sulla scorta dell'individuazione del tribunale fallimentare competente, dichiarato tale a lume dei criteri sanciti nell'art. 9. Ne preclude di contro l'applicabilità nel caso in cui il tribunale dichiarato competente e quello accertato incompetente rientrino nel medesimo distretto dal momento che la Corte d'appello, in simile evenienza, rappresenta il giudice naturale del reclamo a mente dell'art. 18, l. fall., ed è pertanto chiamata a definire sia la questione di competenza che le ulteriori questioni rappresentate nel merito, provvedendo con unica sentenza ».

sazione il tribunale che aveva dichiarato il fallimento deve poi trasmettere gli atti della procedura al giudice affermato competente.

### 3. L'impugnazione della sentenza di fallimento: l'attuale regime di reclamo "pienamente devolutivo" versus quello dell'appello.

L'attuale regime di impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento si deve all'art. 2, co. 7, del d.lg. 12 settembre 2007, n. 169, entrato in vigore il 1° gennaio 2008, che, sostituendo l'art. 18 l. fall. come già riformato dal d.lg. n. 5/2006, ne ha previsto la reclamabilità con ricorso da depositare presso la cancelleria della Corte d'appello nei trenta giorni dalla notificazione della sentenza a norma dell'art. 17 l. fall. (ovvero dall'iscrizione nel registro delle imprese per gli interessati diversi dal debitore) e comunque non oltre il termine lungo di cui all'art. 327, co. 1 c.p.c.

« Sulla falsariga della disciplina del rito del lavoro » (così la Relazione), il Presidente designa il relatore e, con decreto che il reclamante notifica non meno di trenta giorni prima al curatore e alle altre parti, fissa l'udienza di comparizione, almeno dieci giorni prima della quale le parti resistenti devono costituirsi mediante memoria depositata in cancelleria.

Il reclamo « non sospende gli effetti della sentenza impugnata », ma la Corte, su richiesta di parte ovvero del curatore e in presenza di "gravi motivi", può sospendere « in tutto o in parte, ovvero temporaneamente, la liquidazione dell'attivo » (art. 19 l. fall.).

All'esito dell'udienza — nella quale il collegio sente le parti e assume anche d'ufficio, nel rispetto del contraddittorio, tutti i mezzi di prova necessari, eventualmente delegando un suo componente — la Corte decide con sentenza, ricorribile per cassazione nel termine di trenta giorni dalla notificazione.

Stando alla Relazione la scelta del reclamo — riprodotta, ad esempio, per le sentenze che dichiarano il fallimento in estensione (art. 147 l. fall.) ovvero a seguito di diniego o revoca dell'ammissione al concordato preventivo (artt. 162 e 173 l. fall.) e di mancata omologazione dello stesso (art. 183 l. fall.); o ancora per quelle che riaprono la procedura (artt. 121, 137, 138 l. fall.) — oltre ad apparire « coerente con il rito camerale adottato non solo per la decisione di primo grado, ma anche per la fase di gravame », in quanto « il reclamo è ... il mezzo tipico di impugnazione dei provvedimenti in camera di consiglio, quale ne sia la forma », varrebbe « ad escludere l'applicabilità della disciplina dell'appello dettata dal codice di rito e ad assicurare l'effetto pienamente devolutivo dell'impugnazione, com'è necessario attesi il carattere indisponibile della materia controversa e gli effetti della sentenza di fallimento, che incide su tutto il patrimonio e sullo *status* del fallito ».

Una scelta, quella dell'appello, su cui si erano invece appuntate le

preferenze del legislatore della (di poco precedente) riforma generale del r.d. n. 267/1942 (18), e che tutto sommato non aveva poi incontrato particolari dissensi.

Ciò, verosimilmente, in ragione della sua coerenza con il contesto plasmato dalla Consulta (19) che aveva riconosciuto già nel giudizio di opposizione alla sentenza di fallimento (di cui alla versione originaria dell'art. 18 l. fall.), i « caratteri essenziali di "altro grado del processo" », sicché la devoluzione ad altro giudice meglio ne realizzava le esigenze di terzietà/imparzialità rispetto all'obbligo di astensione, unico rimedio per evitare l'identità dei giudicanti in costanza del previgente regime (20).

E del resto proprio con le implicazioni sistematiche della pronuncia si mostrava in linea il ripensamento globale, a monte, dell'istruttoria prefallimentare.

La riscrittura dell'art. 15 l. fall. (21) all'insegna delle più ampie garanzie per tutte le parti coinvolte giustificava cioè la sostituzione di una seconda fase a cognizione piena dinanzi al medesimo ufficio, oramai divenuta superflua, con un'impugnazione vera e propria (l'appello appunto) a struttura "chiusa" (22) quanto, in particolare, a necessaria e vincolante specificità dei motivi

(18) Con l'art. 16, d.lg. 9 gennaio 2006, n. 5, recante sostituzione dell'art. 18 l. fall.

(19) Corte cost., 23 dicembre 2005, n. 460, in *Foro it.* 2006, I, 641, con nota di M. FABIANI, *Terzietà del giudice fallimentare: sintonie e asimmetrie fra Consulta e legislatore*. Non così, invece, la giurisprudenza di legittimità, che attribuiva « natura pienamente devolutiva » al (primo grado del) soppresso giudizio di opposizione, nel cui ambito il tribunale avrebbe perciò potuto esercitare i propri poteri officiosi senza essere « vincolato dagli eventuali motivi (Cass., 11 giugno 2004, n. 11079, in *Giur. it.*, *Rep.* 2004, voce « Fallimento », nn. 397-398; v. anche Cass., 17 marzo 1997, n. 2323, in *Fallimento*, 1998, 29), neppure trovando applicazione il principio di conversione dei vizi di nullità in motivi di impugnazione (Cass., I, 18 gennaio 2008, n. 970, in *Fallimento*, 2008, 603).

(20) Sia pure ad altro riguardo, Cipriani, *Il procedimento cautelare invero tra efficienza e garanzie*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 23, rileva che « la logica processuale vorrebbe che il reclamo, essendo un'impugnazione, dovesse sempre essere proposto ad un altro ufficio giudiziario e mai al giudice della c.d. 'porta accanto' ».

(21) Su cui *sufficit* qui rinviare all'ampia trattazione di TISCINI, *Istruttoria prefallimentare*, in questo Volume, Parte IV, Capitolo III.

(22) Conclusione; questa della struttura chiusa, non solo accettabile, ma neppure senz'altro impedita dall'eventuale estensione delle forme camerale al secondo grado di giudizio, come dovrebbero mostrare le vicende dell'appello nei processi di separazione e di divorzio, al quale, pur assoggettandolo al rito camerale in forza dell'art. 4, l. 1 dicembre 1970, n. 898, la Corte costituzionale e la Corte di cassazione ritengono applicabili, non solo con riferimento ai termini di proposizione (Cass., 4 gennaio 1991, n. 37, in *Foro it.*, 1991, I, 1119, con nota di CIPRIANI, *La decisione dell'appello nel processo di divorzio*, e in *Dir. e giur.*, 1993, 362, con nota di MICCOLI, *Appello avverso sentenza di divorzio: una discutibile procedura camerale*; Cass., 8 maggio 1996, n. 4290, in *Fam. dir.*, 1996, 478; Cass., 26 novembre 2000, n. 14100, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1627, con nota di MINETOLA-MURRA, *Considerazioni sui processi da ricorso introdotti con citazione*) « le norme che disciplinano l'appello nel rito ordinario, come ad esempio quelle sull'appello incidentale e sulla specificità dei motivi di appello (Corte cost.,

di impugnazione, a divieto di *nova*, a riparto di oneri probatori, a conseguenze delle violazioni di norme processuali e così via (23).

Alla disciplina transitoria era poi dedicato l'art. 150 d.lg. n. 5/2006, che, disponendo per i procedimenti radicati prima del 16 luglio 2006 l'applicazione delle norme anteriormente vigenti, mostrava di ispirarsi proprio alla logica di legare la soppressione dell'opposizione all'applicazione della più garantistica disciplina del rinnovato procedimento prefallimentare.

La giurisprudenza di legittimità aveva tuttavia incrinato la coerenza di questo disegno ritenendo che le sentenze di fallimento pronunciate dopo il 16 luglio 2006, ma in esito a procedimenti iniziati anteriormente a quella data (e dunque svoltisi secondo il previgente art. 15 l. fall.), non dovessero ritenersi opponibili davanti al tribunale bensì impugnabili con l'appello (e, dopo il 1° gennaio 2008, con il reclamo). Ciò in base al presupposto che il regime transitorio di cui all'art. 150 cit. « circoscrive il suo campo di applicazione alla definizione del procedimento davanti al tribunale, mentre la sentenza di fallimento è pronunciata ai sensi del rinnovato art. 16 l. fall., poiché la chiusura del procedimento segna lo spartiacque fra i due regimi normativi » (24).

L'opzione era davvero infelice perché idonea a spezzare la sequenza istruttoria prefallimentare-sentenza-impugnazione, che la legge (nella sua versione originaria come in quelle successive) concepisce come unitaria, ed

14 dicembre 1989, n. 543, in *Foro it.*, 1990, I, 366, con nota di PROTO PISANI, e in *Riv. dir. proc.*, 1990, 1188, con nota di SALVANESCHI, *La Corte costituzionale sul rito camerale in appello nei procedimenti di separazione e divorzio*; Cass., 6 luglio 2004, n. 12309, in *Giur. it.*, *Rep.* 2004, voce *Matrimonio e divorzio*, n. 230, con conseguente possibile formarsi del giudicato parziale (cfr. Cass., S.U., 4 dicembre 2001, n. 15279, in *Foro it.*, 2002, I, 383, con nota di CIPRIANI, *Sulle domande di separazione, di addebito e di divorzio*, e Cass., 10 giugno 2005, n. 12284, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1115, con nota di VIOLANTE, *Profili processuali della istanza di addebito ex art. 151, comma 2°, c.c.*), e ancora quelle sui limiti all'ammissibilità di prove nuove (Cass., 12 marzo 2004, n. 5090, in *Giur. it.*, *Rep.* 2004, voce *Appello civile*, n. 245; Cass., 18 marzo 1999, n. 2444, *id.*, 1999, voce cit., n. 102; Cass., 7 maggio 1983, n. 3106, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1228), pure documentali (Cass., 12 settembre 2005, n. 18116, in *Foro it.*, 2005, I, 3313; Cass., 10 giugno 2005, n. 12291, in *Giur. it. Rep.* 2005, voce *Matrimonio e divorzio*, n. 218).

(23) Cfr., sia pure con varietà di accenti e conclusioni, in dottrina FABIANI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, I, Bologna, 2006, 348 ss.; SALETTI, *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 990 ss.; SANTANGELI, in *Il nuovo fallimento*, Commentario a cura di Santangeli, Milano, 2006, 93 ss. Per la giurisprudenza v. invece App. Torino, 22 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 1532, con nota di FABIANI, *La transizione dall'opposizione al fallimento all'appello contro la sentenza dichiarativa e le acquisizioni probatorie*.

(24) Cass., 20 marzo 2008, n. 7471, *Fallimento*, 2008, 1157, con nota di SPIOTTA, *Impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento depositata dopo il 16 luglio 2006 su ricorso di data anteriore*, e in *Foro it.*, 2008, I, 1864, con nota di FABIANI, dove altre indicazioni. In seguito v. Cass., 24 settembre 2009, n. 20551, e Cass., sez. I, 28 ottobre 2010, n. 22111.

in cui perciò le garanzie del giusto processo risultano salvaguardate solo dall'applicazione integrale delle norme che la disciplinano (25) perché costituenti un sistema al suo interno unitario e coerente.

Con il risultato inaccettabile di far seguire ad una sentenza pronunciata all'esito di un'istruttoria priva di adeguate garanzie di difesa un giudizio di impugnazione a sua volta "chiuso" dalle strette maglie degli artt. 342 e 345 c.p.c.

L'irragionevolezza e la pericolosità di questa lettura avevano così indotto a ritenere che, se davvero era l'appello il rimedio da sperimentare nella fase transitoria, all'appellante (e di riflesso alle altre parti) dovesse quantomeno consentirsi il compimento di tutte le attività che il carattere sommario del procedimento prefallimentare aveva precluso comprimendo il diritto di difesa (26).

La soluzione appariva tuttavia predicabile nella sola ipotesi di rimedio correttamente individuato, ove cioè si fosse esperito appello (e poi reclamo) alla Corte d'appello.

Nel caso invece di opposizione al tribunale proposta facendo affidamento sulla logica di continuità/contiguità con la precedente disciplina dell'istruttoria prefallimentare, non si sarebbe sfuggiti alla declaratoria di inammissibilità, da un canto non operando tra giudici di gradi diversi la *translatio* dell'art. 50 c.p.c. (27); dall'altro non riscontrandosi nell'atto di opposizione i più stringenti requisiti formali dell'atto d'appello e quindi neppure potendo scattare la "conversione" dall'uno all'altro (28) (29).

(25) E non condivisa dalla giurisprudenza di merito: v., ad esempio: App. Venezia, 20 ottobre 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 3494, con nota di FABIANI, *Nuovi fallimenti e regime transitorio nel rimpianto di un legislatore inerte*, in *Foro it.*, 2006, I, 3499; App. Torino, 22 novembre 2006, e App. Lecce, 6 marzo 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1532, con nota di FABIANI, *La transizione dall'opposizione al fallimento all'appello contro la sentenza dichiarativa e le acquisizioni probatorie*; Trib. Roma, 7 novembre 2008, *Fallimento*, 2009, 487.

(26) FABIANI, *Nuovi fallimenti e regime transitorio nel rimpianto di un legislatore inerte*, cit., 3499.

(27) « In caso di appello proposto dinanzi a un organo della giurisdizione ordinaria diverso da quello che sarebbe stato competente secondo legge, può riconoscersi al medesimo un effetto conservativo a condizione che l'organo adito, benché territorialmente incompetente, sia egualmente giudicante in secondo grado e possa quindi disporre la remissione della causa al giudice competente, davanti al quale potrà essere effettuata apposita riassunzione a norma dell'articolo 50 del c.p.c. Il medesimo effetto conservativo, invece, deve escludersi qualora l'appello sia stato proposto davanti allo stesso giudice che abbia pronunciato la sentenza oggetto di gravame ovvero davanti ad altro giudice di primo grado, mancando in questi casi uno strumento legislativo che legittimi il passaggio del rapporto processuale dal primo al secondo grado »: così Cass., 12 dicembre 2003, n. 19047, in *G. dir.*, 2004, 6, 40; ma v. altresì Cass., 30 agosto 2004, n. 17395.

(28) Come accaduto nel caso speculare, talora verificatosi nel vigore della precedente disciplina, di sentenza di fallimento fatta immediatamente oggetto di appello, anziché di opposizione: cfr., in tal senso, Cass., 23 agosto 2002, n. 12435, in *Fallimento*, 2003, 738, con

In questo contesto attecchiva il decreto correttivo del 2007 che, come rilevato in apertura, adottava il reclamo in base all'asserita necessità di escludere quella disciplina dell'appello pure in prima battuta prediletta, a favore di un rimedio che fosse, stavolta, "pienamente devolutivo" e quindi più coerente con il carattere indisponibile della materia controversa ed i peculiari effetti della sentenza di fallimento.

Senso e portata di questa devolutività del reclamo rispetto all'appello non possono tuttavia darsi per scontati in base alle sole affermazioni della Relazione al decreto correttivo.

Essi appaiono, al contrario, tutti da verificare, alla luce da un lato dei vari significati che l'espressione assume in letteratura e ascrivibili, in diverse misure, tanto ad altri reclami già noti quanto all'appello stesso; e dall'altro della concreta fisionomia assunta invece dal reclamo costruito dall'art. 18 l. fall. e dal sistema in cui va a collocarsi.

### 3.1. La polisemia del carattere "pienamente devolutivo" di un mezzo di impugnazione.

È un dato di fatto che sul senso da attribuire alla c.d. efficacia devolutiva non esista identità di vedute in dottrina (30).

nota di TISCINI, *Inapplicabilità della conversione delle nullità al giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento*, secondo cui è "inammissibile l'appello avverso la sentenza dichiarativa di fallimento proposto dinanzi alla corte di appello, non potendo trovare applicazione il principio di conservazione dettato dall'art. 159, co. 2, c.p.c. Tale norma opera, infatti, allorché l'atto non solo abbia i requisiti di forma e di sostanza dell'atto in cui viene convertito, ma sia stato proposto dinanzi al giudice competente per il grado di giudizio, dovendosi comunque escludere la conversione dell'atto se, dall'esame del contenuto del mezzo utilizzato, risulti inequivocabilmente la volontà della parte di utilizzare soltanto un mezzo diverso, ancorché inammissibile".

(29) Sicché, tenuto conto pure di quest'ultimo profilo, alla parte, che abbia errato nell'individuazione del rimedio, rimarrebbe — più ancora che fare affidamento sull'eventuale incostituzionalità del ricordato orientamento che esclude la traslazione dell'impugnazione dal tribunale alla corte di appello (alla luce, oggi, di Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, co. 2, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c. e prima ancora di Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, che aveva riconosciuto costituzionalmente illegittimo l'art. 30, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione), da tentare l'impervia strada della remissione in termini, invocando la disciplina (successivamente) novellata dell'art. 153 c.p.c., nonché (a giustificazione dell'errore) la presenza di non poche decisioni di merito di segno diverso rispetto all'orientamento poi accolto dalla S.C.

(30) Per riferimenti cfr. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, 39, nt. 72, 72 ss., 365 ss.

Col riferimento all'“effetto devolutivo” (31) si intende spesso caratterizzare quell'impugnazione idonea ad introdurre un nuovo grado di giudizio attinente (non unicamente o preliminarmente alla sentenza gravata, bensì) nuovamente e direttamente al medesimo rapporto sostanziale già sottoposto al giudice *a quo*. Viene insomma in rilievo l'oggetto del giudizio di impugnazione.

All'ambito della cognizione del secondo giudice si riferiscono invece ulteriori due significati dell'espressione, con cui si allude tanto all'apertura del giudizio di impugnazione a nuove allegazioni in fatto e a nuove prove; quanto alla capacità del gravame di determinare automaticamente l'insorgere del potere-dovere del nuovo giudice di riesaminare l'intero materiale di causa già sottoposto al giudice *a quo*, indipendentemente dalle specifiche iniziative assunte dalle parti.

Quanto al rapporto fra i due profili, quello dell'oggetto dell'impugnazione e quello dell'ambito della cognizione del nuovo giudice, esso evoca la complessiva sistemazione dei mezzi di impugnazione (32), che — riprendendo l'insegnamento di Calamandrei e la contrapposizione fra azioni di impugnativa e mezzi di gravame — distingue dai rimedi eliminatori, aventi come funzione “immediata e diretta” la rescissione della sentenza impugnata, i rimedi sostitutori, aventi come funzione “immediata e diretta” l'emanazione di un nuovo provvedimento di merito in luogo del precedente (33). La perdurante attualità di questa ricostruzione dipende da scelte del legislatore, che può in concreto costruire rimedi ove ad una

(31) Si tralascia l'ipotesi dell'utilizzo dell'espressione per indicare semplicemente la superiorità del giudice dell'impugnazione rispetto a quello che ha pronunciato la decisione impugnata, in quanto priva di rilievo autonomo nell'economia del nostro discorso.

(32) Dovuta a NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 131 ss.

(33) A queste funzioni corrispondono sul piano logico, com'è noto, strutture differenti, in ragione di svariati indici. I rimedi con struttura impugnatoria, tipica della funzione eliminativa, sono a critica vincolata; investono una sentenza già passata in giudicato o comunque produttiva di effetti; hanno per oggetto immediato il controllo della sentenza medesima, in relazione ai motivi di impugnazione; presentano una pronuncia rescindente distinta (almeno sul piano logico) dalla eventuale, successiva nuova decisione sulla controversia originale. I rimedi con struttura appellatoria, tipica della funzione sostitutiva, presentano caratteri opposti: la critica è libera e può limitarsi all'affermazione dell'ingiustizia della decisione; investono una sentenza che non produce effetti al di fuori del processo in cui è stata pronunciata (effetto sospensivo); hanno per oggetto immediato lo stesso rapporto sostanziale controverso, con riemersione automatica del materiale di cognizione di primo grado (effetto devolutivo) e possibilità di un suo ampliamento (*ius novorum*); non conoscono un'autonoma pronuncia rescindente, la nuova decisione sulla controversia essendo destinata a sovrapporsi comunque (cioè anche in caso di conferma) a quella impugnata. Per più ampi sviluppi e altre indicazioni cfr. RASCIO, *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Scritti in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli, 2009, II, 1010 ss.

funzione sostitutiva si accompagnano uno o più elementi strutturalmente impugnatori, e viceversa (34).

Nulla esclude perciò che la legge disegni un rimedio sullo stesso oggetto che condizioni la riemersione del materiale di cognizione del grado precedente all'iniziativa delle parti ed escluda la deduzione di *nova*, o un rimedio sullo stesso oggetto senza riemersione automatica, ma con *ius novorum*; e viceversa.

Nessuno dei significati appena individuati, e delle relative combinazioni, sembra imposto o escluso *a priori* da superiori ragioni di sistema, e ben può essere inverato da una concreta scelta di diritto positivo.

La polisemia dell'espressione da cui siamo partiti si dimostra dunque irrimediabile e semplicemente impone, nel momento in cui la si adopera, di chiarire a quale accezione si intende alludere alla luce del quadro normativo e sistematico di riferimento.

### 3.2. L'effetto devolutivo in alcune figure di reclamo già note.

L'effetto devolutivo inteso, *ut supra*, nell'accezione ampia di identità di oggetto con la fase precedente, di riemersione automatica dei materiali di causa, di apertura ai *nova* e di capacità sostitutiva caratterizza, in effetti, molte tra le più rilevanti figure di reclamo già note all'ordinamento.

Alcune di esse sono costruite proprio dalla legge fallimentare, come il reclamo *ex art. 22 l. fall.* (e su cui si tornerà, *amplius*, in seguito) che ospita l'impugnazione del decreto reiettivo del ricorso di fallimento. Si ritiene infatti che (35) venga sottoposta alla Corte di appello la diretta e integrale cognizione sui presupposti per la dichiarazione di fallimento, non circoscritta alle questioni oggetto di segnalazione da parte del reclamante, e aperta ai *nova* (36).

E ancora in materia fallimentare, sia la scheletrica regolamentazione

(34) Con una sola esclusione: il rimedio sostitutorio può subire una limitazione nell'ampiezza della cognizione, ma non può mai ridursi ad un controllo della sentenza, perché altrimenti assumerebbe la funzione propria del tipo eliminativo.

(35) Ancorché in caso di accoglimento il gravame non si concluda con pronuncia di identico contenuto a quella che avrebbe dovuto emettere il tribunale, cui gli atti vanno rimessi, ma solo con un provvedimento per lo stesso vincolante.

(36) V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 334-335; (Ruisi-Jorio-Maffei Alberti-) TEDESCHI, *Il fallimento*, II, Torino, 1972, 1224 s.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 414 s., nt. 59; FERRARA-BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, 244-245; E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1997, I, 178 ss.; JORIO, *La crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, 2000, 258 ss.; MARELLI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario, diretto da Jorio, I, cit., 412 ss.

del reclamo avverso i decreti del giudice delegato (37) contenuta nell'originario art. 26 l. fall. che l'estensione allo stesso, almeno quanto ai decreti decisorii (38), della disciplina dei procedimenti camerale dettata dal codice di rito, deponavano, prima della riforma del 2006, a favore della piena efficacia devolutiva (e sostitutiva) (39).

Quanto al reclamo camerale (art. 739 c.p.c.) previsto dal codice di rito (artt. 737-742-bis c.p.c.), esso si caratterizza, tra l'altro (40), per la mancanza di predeterminazione dei motivi, la cui indicazione neanche viene ri-

(37) Proponibile da qualunque interessato nel termine di tre giorni dalla data del provvedimento, mediante ricorso, privo di efficacia sospensiva, al tribunale fallimentare che decide in camera di consiglio.

(38) Per effetto dei noti interventi della Consulta e poi della Cassazione su cui v. il recente riepilogo di GRIPPO, *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato, dalle dichiarazioni di incostituzionalità alla riforma*, in *Dir. e giur.*, 2009, 334 ss.

(39) Parzialmente contrario, RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1997, I, 300 ss., individuava, sia pure nel solo caso di reclamo proposto per motivi processuali e non di merito, l'esercizio di un'impugnativa diretta ad ottenere la caducazione del decreto reclamato. La S.C. ha invece costantemente valorizzato la peculiare posizione che l'art. 23 l. fall. assegna al tribunale fra gli organi preposti al fallimento. Ha infatti sostenuto che « il tribunale fallimentare "investito dell'intera procedura" a norma dell'art. 23 l. fall., quando "decide sui reclami contro i provvedimenti del giudice delegato" ha la stessa latitudine di poteri, strumentali e finali, del giudice di prima istanza, del quale può confermare, modificare o revocare nel merito i provvedimenti », ponendo a fondamento delle proprie decisioni « la conoscenza ufficiale di ogni atto o documento della procedura »: così Cass., 26 febbraio 1998, n. 2076, in *Fallimento*, 1999, 519, con nota di BARBIERI, *Decreti del giudice delegato e poteri del tribunale*. E v. pure Cass., 12 giugno 1998, n. 5887, *ibidem*, e Cass., 22 marzo 1999, n. 2649, in *Giur. it. Rep.*, 1999, voce *Fallimento*, n. 786. In applicazione di questi principi, ad esempio, impugnato dal professionista, al fine di ottenere una maggiorazione del quantum, il decreto del giudice delegato liquidativo del compenso per attività professionale, il tribunale — che « agisce quale "organo supremo" investito di "tutta la procedura" ai sensi dell'art. 23 l. fall., per cui, appunto, si sostituisce al g.d. nell'esercizio delle attribuzioni di quest'ultimo » — non solo « non è limitato nella indagine dai motivi addotti dal reclamante », ma è titolare del « potere — dovere di ridurre la liquidazione, se ritenuta non corrispondente a corretti criteri » e, pur in mancanza di richiesta di parte, « di condannare di conseguenza il professionista al rimborso di quanto riscosso in eccedenza »: così Cass., 21 febbraio 1992, n. 2129, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 2156; Cass., 29 novembre 2000, n. 15298, *Giur. it., Rep.* 2000, voce *Fallimento*, n. 522.

(40) Il termine è più incalzante di quelli fissati dall'art. 325 c.p.c., e talora (cioè nei procedimenti unilaterali: art. 739, co. 2, c.p.c.) decorre dalla mera comunicazione del decreto; ha la virtù di precludere a quest'ultimo la produzione di effetti, stando almeno alla previsione generale dell'art. 741, co. 1, c.p.c., secondo cui i decreti acquistano efficacia con l'inutile decorso del termine per proporre reclamo. Non così, tuttavia, in ipotesi di rigetto sicché « il decreto di secondo grado acquisisce efficacia a preferenza di quello di primo grado, non solo nell'ipotesi di integrale riforma, ma anche in caso di conferma totale o parziale: ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 462 s.. Sulle caratteristiche del procedimento camerale e del relativo reclamo v., *amplius*, le trattazioni di CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 447 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex*

chiesta al reclamante; per l'assenza di qualsiasi divieto di *nova*, neppure desumibile in via interpretativa poiché la legge non detta preclusioni all'interno del procedimento che mette capo al decreto reclamabile; per la carenza di specificazioni sui contenuti della decisione, resa in forma di decreto non ulteriormente reclamabile (art. 739, co. 3, c.p.c.).

La considerazione congiunta di questi caratteri rende convincente la ricostruzione comunemente accolta, che esclude, o consente solo previa verifica di compatibilità, l'applicazione delle disposizioni che il codice di rito dedica alle impugnazioni in generale (41). Con conseguente attribuzione al mezzo della natura di rimedio a critica libera, aperto a nuovi fatti e mezzi di prova anche non sopravvenuti né in precedenza ignorati, con devoluzione piena ed automatica ed efficacia sostitutiva integrale del provvedimento reclamato, pure in caso di sua conferma e fatta salva la sola ipotesi di rigetto in rito del reclamo stesso (42).

Analoghe considerazioni, e conclusioni valgono infine per il reclamo cautelare.

Esso è stato infatti definito dalla Consulta quale « generale mezzo di controllo dell'operato del giudice della cautela, affidato a un giudice diverso e collegiale », che « è quindi investito del complessivo contenuto della domanda cautelare ed è titolare dei medesimi poteri conferiti al primo giudice: per cui il giudizio che s'instaura a séguito del reclamo è destinato a svolgersi sull'intero *thema decidendum* oggetto del procedimento cautelare, del quale il momento del reclamo costituisce la prosecuzione. L'integrale devoluzione della controversia al giudice collegiale implica che il

art. 737 ss. c.p.c., in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 416 ss.; CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, 186 ss.

(41) Significativi, ad esempio, i dubbi riguardanti la decadenza per decorso del termine annuale dell'art. 327: ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., 450-451; SATTI, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 39; PAGANO, *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, in *Dir. e giur.*, 1988, 64 ss. Ma ciò vale anche quanto, in particolare, alla necessità di reclami incidentali (MONTELEONE, voce *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Novissimo Dig. it.*, Appendice, I, Torino, 1980, 990; CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee*, cit., 449, nt. 83), non essendo del tutto da escludere la *reformatio in peius* ai danni del reclamante pur nell'inerzia dei controinteressati (G. ARIETA, voce *Procedimenti in camera di consiglio*, in *Dig. it. disc. priv. sez. civ.*, vol. XIV, Torino, 1996, 453; MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2000, 301 ss.) e alle ipotesi in cui gli artt. 353-354 c.p.c. impongono la rimessione al primo giudice (cfr. GHIRGA, *Sui poteri del giudice del reclamo e sulla applicabilità dei casi di rimessione al primo giudice ai provvedimenti camerale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 744 ss.).

(42) Cfr. MICHELI, voce *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 994; MONTELEONE, *Camera di consiglio*, cit., 990; CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee*, cit., 449, nt. 83; GHIRGA, *Sui poteri*, cit., 741 ss.; CHIZZINI, *La revoca*, cit., 306 ss.; ARIETA, *Procedimenti in camera di consiglio*, cit., 452-453; VALITUTTI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 284 ss. In senso diverso GIANNOZZI, *Il reclamo nel processo civile*, Milano, 1968, 235 ss., e FAZZALARI, voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 347 ss.

provvedimento da questi adottato venga a sostituire del tutto quello reclamato, e comporta altresì che il secondo giudice non sia limitato, nella propria cognizione e nella dotazione degli strumenti decisori, dai motivi dedotti dalle parti reclamanti » (43).

Ricostruzione, questa (44), confermata dai *nova* normativi che hanno:  
 a) univocamente collegato la decorrenza del termine (anche) alla mera comunicazione dell'ordinanza, b) esplicitamente individuato nel reclamo la sede di possibili nuove attività istruttorie e acquisizioni documentali come pure di necessaria introduzione e valutazione di circostanze e motivi sopravvenuti; c) escluso in via di principio la rimessione al primo giudice (45).

### 3.3. Il rimedio dell'art. 18 l. fall. e l'effetto devolutivo vagheggiato dalla Relazione al d.lg. n. 169/2007: la necessità di distinguere.

Possono le caratteristiche dei reclami passati brevemente in rassegna essere ascritte anche a quello avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, sì da confermarne la portata « pienamente devolutiva » vagheggiata dalla Relazione al d.lg. n. 169/2007?

In caso di risposta positiva la scelta di questo rimedio in luogo dell'appello aprirebbe effettivamente il secondo grado di giudizio a nuove allegazioni in fatto e richieste istruttorie/produzioni documentali, sottraendolo

(43) Corte cost., 17 marzo 1998, n. 65, (anche) in *Giur. it.*, 1998, 2244, con nota di NELA. La Consulta era stata chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità dell'art. 669-terdecies c.p.c. nella parte in cui non avrebbe previsto la reclamabilità della statuizione relativa alla compensazione delle spese contenuta nell'ordinanza di diniego della misura cautelare, e superò il diverso orientamento espresso da Corte cost., n. 253/1994 (anche in *Giur. cost.*, 1994, 2033, con nota di ARIETA, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*).

(44) Che riecheggia un'opinione dottrinale, espressa già all'indomani di Corte cost., n. 253/1994, (da ARIETA, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto*, cit., spec. 2047 ss.), e che appariva sostenibile (nonostante opinioni diverse) già alla luce della formulazione originale dell'art. 669-terdecies — della quale possono valorizzarsi la breve durata del termine, la mancanza di ogni riferimento ai motivi di reclamo, la deducibilità di circostanze sopravvenute desumibile tanto dalla disciplina della sospensione dell'esecuzione della cautela quanto dal richiamo agli artt. 737 e 738 (il cui c. 3 consente al collegio di « assumere informazioni »), il contenuto della decisione (« conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare ») che lascia intuire fra la prima fase e il reclamo rapporti analoghi a quelli intercorrenti fra i subprocedimenti anteriore e successivo alla pronuncia del decreto senza contraddittorio ex art. 669-sexies, c. 2, c.p.c.

(45) Cfr., per tutti, RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, I, a cura di Chiarloni-Consolo, Torino, 2005, 726 ss., nonché CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 106 ss., ai quali si rinvia pure per ulteriori indicazioni, anche di segno contrario.

altresì alla rigorosa dipendenza dalle iniziative di parte in punto di questioni da (ri)esaminare.

Per sciogliere il nodo non si può tuttavia prescindere dalla fisionomia conferita al reclamo dall'art. 18 l. fall. e da considerazioni di sistema legate al contesto di riferimento, secondo le già cennate indicazioni di metodo.

Con l'avvertenza preliminare che l'operazione ricostruttiva è resa particolarmente complessa dall'ambiguità di fondo della scelta di presidiare una sentenza suscettibile di giudicato, quale quella di fallimento, con un rimedio, il reclamo, che mette invece capo ad un procedimento del tutto deformalizzato.

Una scelta che, accostando sistemi distinti, conduce l'interprete lungo il crinale dell'alternativa, per quanto non disciplinato dalla *lex specialis*, tra la logica della deformalizzazione, che esclude l'applicabilità della *lex generalis* sulle impugnazioni ed apre, come per i reclami già evocati, alla « piena devolutività »; e la logica della sentenza suscettibile di giudicato ed impugnabile davanti alla Corte d'appello, che ridonda invece nell'applicazione delle disposizioni dettate per il processo davanti ad essa.

#### 3.3.1. Segue. a) Il dato testuale: la fisionomia del mezzo ex art. 18 l. fall.

Cominciamo dal dato testuale ed in particolare, per quanto qui di interesse, da alcuni dei requisiti di contenuto-forma del reclamo, previsti nel novellato art. 18 l. fall. (sulla falsariga del riformato art. 26 l. fall.) e tuttora non prescritti, ad esempio, dall'art. 22 l. fall. per il reclamo avverso il decreto che respinge l'istanza di fallimento.

Ebbene, la legge prescrive che il ricorso « deve contenere: [...] 3) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni; 4) l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti ».

Emerge qui la necessità di un primo fondamentale *distinguo*, foriero di rilevanti sviluppi ricostruttivi.

La formulazione del n. 4) appare infatti derogatoria del divieto di nuovi mezzi di prova previsto per l'appello (art. 345 c.p.c., co. 3), posta l'assenza della sanzione dell'inammissibilità per le allegazioni successive. Da questo punto di vista non potrebbe perciò ragionevolmente negarsi un'efficacia devolutiva, che potremmo definire « ristretta », al reclamo, come in effetti ha statuito la più recente giurisprudenza di legittimità.

Quanto invece al requisito di cui al n. 3), esso appare significativo nella parte in cui esplicitamente qualifica il reclamo come « impugnazione » di sentenza, e ben si presta ad essere valorizzato quale indice dell'esistenza di limiti per le censure del reclamante, non suscettibili di ampliamenti rispet-

to a quelle svolte nel ricorso, e per la cognizione del giudice, da tali censure circoscritte.

Ciò che pare davvero escludere (ed è questa, in effetti, l'opinione di chi scrive) la riemersione automatica, per un nuovo esame, di tutte le questioni già sottoposte al tribunale (46) (e non rilevabili d'ufficio) visto che diversamente opinando si finirebbe per svuotare di qualsiasi funzione (47) la prescritta indicazione di quelli che altro non sono se non i « motivi » del reclamo.

Da tale punto di vista la devolutività andrebbe dunque misurata esclusivamente su questi ultimi.

### 3.3.2. *Segue. b) Le considerazioni di sistema: la forma del provvedimento reclamabile.*

Veniamo ora alle considerazioni di "sistema", prima fra tutte quella della forma del provvedimento impugnabile tramite il reclamo, che nel nostro caso, a differenza che per i reclami *supra* passati in rassegna, è la sentenza.

Ora, è frequente in letteratura la convinzione che se per i rimedi non rivolti contro la sentenza — paradigmatiche l'opposizione agli atti esecutivi (48), l'opposizione a decreto ingiuntivo (49), l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale (50) — l'applicazione degli artt. 323 ss. c.p.c. (non sia da negarsi *a priori* (51) ma) consegua ad una verifica selettiva (52), prospettiva opposta vada invece adottata per la sentenza che il legislatore costruisca come reclamabile. Laddove cioè "l'unica deroga ai principi del processo ordinario consista nella sostituzione del 'reclamo' all' 'appello' ... sembra più

(46) Per il rilievo, formulato con riferimento ai gravami in genere, che « la limitazione dell'ambito cognitorio — oltre che dipendere dallo stesso vincolo imposto alla critica — può discendere dalla obbligatoria esplicitazione dei motivi di critica », v. NIGRO, *L'appello*, cit., 145.

(47) Salvo a non voler ritenere — come talora prospettato per l'appello, inteso come gravame devolutivo secondo una concezione però non rispondente alla sua attuale conformazione — che la previsione risponda al mero « intento di pretendere che, nella proposizione del mezzo, l'impugnante riveli una maggiore serietà di propositi, richiamandosi ad una precisa giustificazione »: cfr. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 223-224, nt. 47.

(48) ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 352 s., in nt. 6.

(49) Cfr., pure per riferimenti, RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, spec. 68 ss. e 340 ss.

(50) BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, spec. 56 ss., 79 ss. e 212 ss.

(51) Cfr. A. BONSIGNORI, voce *Impugnazioni civili in generale*, in *Dig. it. disc. priv. sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 334-335.

(52) CERINO CANOVA-CONSOLO, *Impugnazioni*, cit., § 5.1.

coerente ripristinare la portata potenzialmente espansiva ed elastica delle regole generali, attinenti al regime impugnatorio delle 'sentenze' come tali » (53).

Ebbene, a dar credito a questa lettura, tra le disposizioni del codice di rito sulle impugnazioni in generale da applicare al nostro caso vi sono pure e proprio quelle — segnatamente l'art. 329, co. 2, e l'art. 333 — su cui si fondano i meccanismi di consolidamento progressivo della sentenza per effetto di iniziative impugnatorie a carattere oggettivamente o soggettivamente parziale.

### 3.3.3. *Segue. ...la ricostruzione giurisprudenziale della disciplina dei procedimenti innanzi alla Corte d'appello.*

Sotto altro ma connesso profilo il proposito di « escludere l'applicabilità della disciplina dell'appello dettata dal codice di rito » manifestato dalla Relazione *cit.* va collocato, poiché riferito a reclamo avverso sentenza e da proporre alla Corte d'appello, in un contesto ad esso decisamente ostile.

Ciò in ragione dell'orientamento di legittimità secondo cui « dagli artt. 400 e 406 c.p.c. può dedursi il principio generale che davanti al giudice adito con un mezzo d'impugnazione si osservano le norme stabilite per il procedimento davanti a lui, in quanto non derogate dalla specifica disciplina del mezzo d'impugnazione di cui si tratta. E poiché la funzione primaria e generale della corte d'appello è quella di esercitare la giurisdizione nelle cause d'appello delle sentenze del tribunale (art. 53, lett. a, del r.d. n. 12 del 1941), il procedimento davanti alla corte d'appello, salvo le deroghe espressamente previste per i procedimenti diversi ad essa attribuiti, deve intendersi disciplinato dagli artt. 339 e ss. c.p.c. [...] non [...] in quanto specifica disciplina del giudizio d'appello, ma quale disciplina ordinaria (e quindi con salvezza delle eventuali deroghe) del procedimento davanti alla corte d'appello » (54).

(53) Così COMOGLIO, in nota a Cass., 6 novembre 1987, n. 8219, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 50, per dedurre « la ricorribilità per cassazione in via ordinaria » della sentenza pronunciata all'esito del reclamo di cui all'art. 288 c.c. E così — in via di esempio tratto dalla rada casistica, proporzionale alla frequenza con cui l'ordinamento contempla reclami in reazione a sentenze — non si esita ad applicare l'art. 331 c.p.c. al reclamo che l'art. 288 c.c. consente contro la sentenza sulla domanda di legittimazione: cfr. Cass., 6 novembre 1987, n. 8219, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 44, con nota di COMOGLIO. In argomento, pure per indicazioni ulteriori, cfr. CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., II, 893 ss., e VALITUTTI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 315.

(54) Sono espressioni impiegate, per desumerne la collegialità della trattazione (art. 350 c.p.c.) nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, da Cass., 7 febbraio 2001, n. 1731, in *Foro it.*, 2001, I, 1881, con nota di BARONE, e in *Giur. it.*, 2002, 287, con nota di NELA, e poi riprese da Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.*, 2005, 275, con nota

Sicché, adottando questa impostazione e in assenza di deroghe, al reclamo avverso la sentenza di fallimento potrebbero comunque applicarsi, tra gli altri e per come attualmente interpretati dalla giurisprudenza, gli artt. 343 e 346 del codice di rito (laddove per i motivi di impugnazione opera invece la *lex specialis* dell'art. 18, come già rilevato).

### 3.3.4. Segue... e l'idoneità al giudicato del provvedimento reclamabile.

Va infine considerata la tendenza della Suprema Corte ad applicare la disciplina dell'appello ai reclami contro provvedimenti che, pur resi in camera di consiglio e in forma di decreto, siano suscettibili, al pari della sentenza di fallimento (55), di giudicato.

Una tendenza che si è manifestata, ad esempio, estendendo la decadenza per decorso del termine annuale, con la sua deroga in caso di contumacia involontaria (art. 327, commi 1 e 2, c.p.c.) (56), e i meccanismi di acquiescenza regolati dall'art. 329 c.p.c. (57); riconoscendo operante « la regola per cui il giudice ... deve decidere nel merito, pure se riscontri vizi del procedimento », ma con salvezza delle tassative ipotesi di rimessione al primo giudice previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c. (58); e soprattutto circoscrivendo il riesame del secondo giudice alle sole questioni che abbiano formato oggetto di specifico motivo di impugnazione (59), eventualmente da parte del resistente mediante memoria e dunque in via inciden-

critica di MACCARRONE, *Sul rito da applicare al giudizio di impugnazione per nullità del lodo*, nonché da Cass., 22 giugno 2005, n. 13442, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1091, con nota di CECHELLA, *Sulla opposizione di terzo ordinaria proposta incidentalmente in un giudizio di opposizione di terzo revocatoria al lodo arbitrale e sulla equiparazione del lodo alla sentenza*.

(55) Cfr. MICHELI, *Profilo della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Banca*, 1962, I, 66 ss.; MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1996, 102-103; RICCI, *Lezioni sul fallimento*, cit., I, 137 ss. e 144 ss.; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 51. V. altresì l'ampia disamina di FARINA, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, in questo Volume, Parte IV, Capitolo IV.

(56) Cass., 19 ottobre 1981, n. 5443, in *Foro it.*, 1982, I, 1356; Cass., 26 luglio 1989, n. 3505, *ivi*, 1990, I, 921; Cass., 28 gennaio 1994, n. 869, *ivi*, 1994, voce *Filiazione*, n. 92.

(57) Cfr. Cass., 12 maggio 1973, n. 1293, in *Foro it.*, 1973, I, 2780.

(58) Cass., 21 marzo 2001, n. 4037, in *Giur. it.*, *Rep.* 2001, voce *Appello civile*, n. 96. In precedenza, fra le altre, Cass., 2 aprile 1985, n. 2260, *ivi*, 1985, voce cit., n. 90, e Cass., 24 aprile 1992, n. 4960, in *Foro it.*, 1993, I, 3351.

(59) Cass., S.U., 9 settembre 1983, n. 5521, in *Foro it.*, 1983, I, 2727, con nota di QUADRI, *Il divorziato e la pensione di reversibilità: un cammino ancora pieno di incognite*; Cass., 4 settembre 1996, n. 8063, in *Fam. dir.*, 1997, 39, con nota di VULLO, *Effetto devolutivo dell'appello e reclamo nei giudizi camerale su diritti*; Cass., 25 ottobre 2000, n. 14022, in *Fam. dir.*, 2001, 393, con nota di CARRATTA, *Modifica delle condizioni del divorzio e interpretazione « costituzionalmente plausibile » dell'art. 9 l. div.*; Cass., 16 aprile 2003, n. 6011, in *Arch. civ.*, 2004, 253; Cass., 24 marzo 2006, n. 6671, in *Giur. it.*, *Rep.* 2006, voce *Matrimonio e divorzio*, n. 120. In senso diverso v. invece Cass., 18 luglio 2005, n. 15151, *ivi*, 2005, voce *Stranieri*, n. 54.

tale (60), all'occorrenza tardiva (61), ma senza possibilità di successiva integrazione delle originarie censure (62) e « con la conseguenza che è viziata da ultrapetizione la pronuncia del giudice del reclamo che abbia riformato il provvedimento reclamato in difetto di apposito motivo » (63).

### 3.4. La fisionomia del reclamo tra *lex specialis* dell'art. 18 l. fall e *lex generalis* sulle impugnazioni.

Le precedenti considerazioni offrono le coordinate per la ricostruzione del reclamo avverso la sentenza di fallimento.

Mezzo al fine di un percorso ermeneutico che si dipana dalla *lex specialis* dell'art. 18 l. fall., applicabile in prima battuta, per attingere poi al sistema generale delle impugnazioni esclusivamente per quanto ivi non previsto, è comunque sempre in quanto compatibile con la logica peculiare del contesto fallimentare.

Un *distinguo* non sempre facile, ma che emerge con una certa coerenza da recenti arresti di legittimità.

Chiamata in particolare a stabilire se la contumacia nel giudizio prefallimentare precludesse all'imprenditore di proporre eccezioni e domande nuove, prove documentali e altri mezzi di prova con il reclamo, la Corte (64), nell'escludere ogni preclusione (65), ha infatti individuato il confine, nella disciplina positiva del reclamo stesso, tra la logica della deformalizzazione inverata dalla disciplina generale del procedimento camerale, e quella dell'impugnazione.

Vengono in rilievo, in prima battuta, le previsioni dell'art. 18 l. fall. ed in particolare l'onere in capo al reclamante di esporre i fatti e gli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni.

Un dettato confermato, per la Corte, dall'orientamento delle S.U., secondo cui « nel procedimento camerale, che si concluda — come nella concreta fattispecie — con un provvedimento di natura decisoria su contrapposte posizioni di diritto soggettivo, e quindi suscettibile di acquistare autorità di giudicato, trovano applicazione i principi del processo di cogni-

(60) Cass., n. 5521/1983, cit.; Cass., 29 maggio 1990, n. 5029, in *Giur. it.*, *Rep.* 1990, voce *Matrimonio e divorzio*, n. 214; Cass., n. 6011/2003, cit.

(61) Cass., 29 agosto 1998, n. 8654, in *Giur. it.*, *Rep.* 1998, voce *Impugnazioni mat. civ.*, n. 101; Cass., 9 aprile 1983, n. 2514, *id.*, 1983, voce *Giurisdizione volontaria*, n. 9.

(62) Cass., n. 5521/1983, cit.; Cass., n. 5029/1990, cit.; Cass., n. 6011/2003, cit.

(63) Cass., n. 8063/1996 cit.

(64) Cass. 5 novembre 2010, n. 22546, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 427, con nota di TEDOLDI, *Brevi note sul reclamo avverso sentenza dichiarativa di fallimento*.

(65) La Corte ha infatti cassato la sentenza con la quale il giudice d'appello, confermando la sentenza di fallimento, aveva negato di poter valutare la prova documentale sui requisiti di fallibilità, introdotta per la prima volta dal debitore proprio con il reclamo.

zione circa l'onere dell'impugnazione e la conseguente delimitazione dell'ambito del riesame, da parte del giudice di secondo grado, alle questioni a lui devolute con i motivi di gravame ».

Onere dell'impugnazione per motivi specifici, dunque.

Quanto invece alla disciplina dei *nova*, la Corte ha richiamato ancora l'art. 18 l. fall., stavolta al comma 2, n. 4, a mente del quale il reclamo è proposto con ricorso che, tra l'altro, deve contenere « l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti », ed al successivo comma 10, per il quale « all'udienza, il collegio, sentite le parti, assume, anche d'ufficio, nel rispetto del contraddittorio, tutti i mezzi di prova che ritiene necessari, eventualmente delegando un suo componente ». Ed ha aggiunto poi, con l'avallo della Consulta (66), che in materia fallimentare vi è un ampio potere di indagine officioso già in primo grado, ai sensi dell'art. 15, co. 4 (67) e dell'art. 1, co. 2, lett. b), l. fall. (68).

All'apertura ai *nova* consentita dal co. 2 dell'art. 18 l. fall. si accompagna dunque secondo la Corte, ancorché non in virtù dell'art. 342 c.p.c. ma dello stesso art. 18, co. 2, l. fall., la contestuale conferma della tendenziale limitazione della cognizione della Corte di appello alle sole questioni ritualmente dedotte dalle parti (69).

L'« effetto devolutivo pieno » che la pronuncia, richiamando espressamente la Relazione al d.lg. n. 169/2007 cit., pure ascrive al reclamo, e che ne giustifica la sostituzione all'appello, assume dunque valenza ben diversa da quanto si è visto accadere per i reclami *supra* evocati, e calibrati su provvedimenti non suscettibili di giudicato sostanziale.

Privo della portata generalizzante che assume in questi ultimi, tale richiamo si rivela piuttosto *topos* finalizzato ad individuare di volta in volta quali aspetti del reclamo siano disciplinati direttamente dall'art. 18 l. fall. e quali invece possano ritenersi assoggettati, nel silenzio, alla *lex generalis* sulle impugnazioni e quindi anche alla disciplina dell'appello, ove compatibile.

La conclusione trova conferma in successive pronunce con cui la Corte,

(66) Corte cost., 1 luglio 2009 n. 198, in *Dejure*.

(67) A mente del quale il tribunale, dopo aver ordinato al debitore fallendo il deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi nonché atti da cui risulti una situazione economica aggiornata, può comunque chiedere informazioni urgenti, potendosi a tal fine avvalere, evidentemente, di ogni organo pubblico a ciò competente.

(68) A mente del quale i dati relativi all'ammontare dei ricavi lordi realizzati dal debitore nel triennio antecedente alla data di deposito della istanza di fallimento sono utilizzabili in « qualunque modo risulti » e quindi non soltanto sulla base delle allegazioni probatorie del debitore.

(69) Così, pur non condividendo il secondo corno della complessiva ricostruzione emergente dalle pronunce della S.C., anche TEDOLDI, *Brevi note sul reclamo*, cit., 433.

sinteticamente richiamando l'arresto del 2010 cit., e sempre premessa la « portata devolutiva piena » del reclamo, è stata chiamata a ricostruire segmenti di disciplina (70), nell'alternativa tra applicazione dell'art. 18 l. fall. o, nel silenzio, della disciplina generale delle impugnazioni, ove compatibile con la logica fallimentare.

La costante necessità di muoversi sullo scivoloso crinale dei *distinguo*, confermata da questa giurisprudenza, dà ragione del carattere in parte ondivago della ricostruzione che segue, e delle ombre che, insieme a margini più o meno ampi di opinabilità, fatalmente la attraversano.

### 3.4.1. I termini.

Il reclamo si propone, a mente dell'art. 18, co. 1, l. fall., (mediante deposito di ricorso nella cancelleria della Corte d'appello) nel termine perentorio di trenta giorni.

(70) V., ad esempio, Cass., 2 aprile 2012, n. 5257, in *Foro it.*, 2012, I, 2080, e Cass., 6 giugno 2012, n. 9174, in *Dejure*, per le quali, sulla premessa della natura devolutiva piena del reclamo come affermata dal precedente del 2010 cit., il debitore, benché non costituito avanti al tribunale fallimentare, può indicare anche per la prima volta, in sede di reclamo, i mezzi di prova di cui intende avvalersi, al fine di dimostrare la sussistenza dei limiti dimensionali di cui all'art. 1, co. 2, l. fall. ovvero l'insussistenza dello stato d'insolvenza; o Cass., 24 maggio 2012, n. 8227, in *Fallimento*, 2012, 1185, con nota di DE SANTIS, *Per un tentativo di chiarezza di idee attorno al preteso effetto devolutivo "pieno" del reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento*, chiamata a stabilire la sorte del reclamo ex art. 18 in caso di mancata comparizione delle parti, e che appunto, premesso il richiamo a Cass. n. 22546/2010 cit., conclude nel senso che è applicabile il principio per il quale in caso di difetto di comparizione della parte interessata all'udienza di trattazione, il giudice del reclamo (nella specie, in grado di appello avverso il decreto del tribunale che aveva rigettato il ricorso contro il diniego di protezione internazionale adottato dalla competente commissione territoriale), verificata la regolarità della notificazione del ricorso e del decreto, deve decidere nel merito il reclamo, restando esclusa la possibilità di una decisione di rinvio della trattazione o di improcedibilità per disinteresse alla definizione o (come nella specie) di non luogo a provvedere. Da tale punto di vista perciò l'orientamento della Cassazione non si discosta dalla ratio di una recente pronuncia di merito (App. Roma 29 gennaio 2013, per la quale « Nel giudizio di impugnazione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto ai procedimenti in cui trova applicazione la riforma di cui al d.lg. n. 169 del 2007, che ha modificato l'art. 18 l. fall., ridenominando tale mezzo come "reclamo" in luogo del precedente "appello", tale istituto, per quanto adeguato alla natura camerale dell'intero procedimento, non è del tutto incompatibile con i limiti dell'effetto devolutivo normalmente inerenti al meccanismo dell'impugnazione, attenendo comunque ad un provvedimento decisorio emesso all'esito di un procedimento contenzioso svolto in contraddittorio, tanto è vero che il comma 2 n. 3 della cit. norma prescrive che il reclamo deve contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni, e dunque solo entro tali limiti la Corte d'appello può riesaminare la decisione del tribunale, non potendo essere messi in discussione i punti di detta sentenza (ed i fatti già accertati in primo grado) sui quali il reclamante non abbia sollevato censure di sorta ».

La decorrenza è agganciata, dal comma 4, per il debitore alla data della notificazione della sentenza e, « per tutti gli altri interessati », alla data della iscrizione nel registro delle imprese, entrambe previste dall'art. 17 l. fall.

« In ogni caso, si applica la disposizione di cui all'art. 327, primo comma, del codice di procedura civile », sancisce in chiusura il c. 4 (71).

La formula « in ogni caso », pur non del tutto perspicua (72), non va intesa quale applicazione del termine semestrale anche al contumace involontario, perché risulterebbe di assai dubbia costituzionalità, alla luce del principio (73) che è lesivo del diritto di difesa un termine che cominci a decorrere dalla data di un evento, che il soggetto onerato di un'attività processuale non è messo in condizione di conoscere.

Alla formula va piuttosto ascritta (74) la virtù di estendere l'applicazione del termine lungo anche agli altri interessati (75), ove sia mancata (magari perché non praticabile: si pensi al caso della società irregolare) l'iscrizione nel registro delle imprese.

Inapplicabile è poi la sospensione feriale (ai sensi del combinato disposto degli artt. 3, l. n. 742/1969, e 92, r.d. 12/1941), secondo una soluzione del resto già consolidata in riferimento al previgente giudizio di opposizione (76).

(71) App. Torino, 8 giugno 2010, in *Fallimento*, 2010, 8, 997: « È ammissibile il reclamo proposto nel termine annuale, richiamato dall'art. 18 l. fall. — r.d. n. 267/1942, qualora il tentativo di notificazione della sentenza presso la sede legale e la residenza dell'amministratore unico della fallita non sia andato a buon fine ».

(72) Potrebbe infatti lasciar trasparire l'intendimento, di escludere per il termine lungo la deroga di cui al comma successivo in caso di contumacia involontaria. Così SANTANGELI, in *Il nuovo fallimento*, a cura di Santangeli, Padova, 2006, 96. La conclusione è tuttavia esclusa dalla più recente giurisprudenza di legittimità: Cass., 23 giugno 2014, n. 14232, ha infatti ritenuto applicabile anche al processo fallimentare il co. 2 dell'art. 327 c.p.c., malgrado il suo mancato richiamo, proprio « alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata, nel rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa ».

(73) Consacrato già da Corte cost., 15 dicembre 1967, n. 139, in *Foro it.*, 1968, I, 10, e 6 luglio 1971, n. 159, in *Foro it.*, 1971, I, 2117, in tema di decorrenza del termine per la riassunzione del processo interrotto.

(74) Cfr. FABIANI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 368-369.

(75) La diversità della cui posizione, rispetto a quella del debitore, dopo Corte cost., n. 151/1980, è stata confermata pure da Corte cost., 16 luglio 1987, n. 273, in *Foro it.*, 1988, I, 30, che ha ribadito l'adeguatezza e comunque la non contrarietà rispetto all'art. 24 Cost. della decorrenza, per costoro, del termine per l'opposizione dall'affissione della sentenza di fallimento.

(76) V. ad es. Cass., 1 giugno 1994, n. 5329, in *Fallimento*, 1994, 1269, con nota di MARCHETTI, *Inapplicabilità della sospensione dei termini nel periodo feriale*, e Cass., S.U., ord. 8 febbraio 2006, n. 2636. Si riteneva invece applicabile, « trattandosi di disposizioni aventi presupposti diversi e tra le quali non è ipotizzabile un conflitto », la sospensione dei termini di decadenza prevista dall'art. 20, l. n. 44/1999, « Disposizioni concernenti il Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura », in caso di scadenza del

E proprio rispetto a tale ultimo giudizio la disciplina attualmente vigente si lascia apprezzare per essere ben più garantista sia per la maggiore ampiezza del termine, sia per la sua decorrenza, agganciata per il debitore alla conoscenza legale del testo integrale della decisione, e per tutti gli altri interessati ad un adempimento efficace come l'iscrizione nel registro delle imprese.

Può anzi affermarsi, più in generale, che l'attuale art. 18 l. fall. rappresenti la consacrazione *expressis verbis* del percorso evolutivo dipartitosi dall'originario regime in cui il termine di impugnazione, di soli quindici giorni, decorreva all'affissione della sentenza sia per tutti gli interessati che per lo stesso debitore (ed il suo erede) (77). Riconosciuto *in parte qua* illegittimo l'(originario) art. 18 l. fall. (78), la decorrenza del termine venne agganciata, in via ermeneutica, alla data di comunicazione dell'estratto ad opera della cancelleria (79).

Con la conseguenza che, in ipotesi di comunicazione e notificazione omesse o viziate (80), a presidio della stabilità della sentenza di fallimento

termine entro un anno dalla data dell'evento lesivo: Cass., 22 gennaio 2009, n. 1613, in *Fallimento*, 2009, 927, con nota di PERRINO, *Usura e fallimento: prove difficili di dialogo*, la quale inoltre aveva pure avuto modo di escludere qualsiasi profilo di incostituzionalità, per « disparità di trattamento » rispetto ad altri giudizi connessi alle procedure concorsuali, in considerazione della « peculiarità dei giudizi vertenti sull'accertamento dello status di fallito, palesemente urgenti » (Cass., 16 marzo 2007, n. 6298, in *Fallimento*, 2007, 967; Cass., 16 settembre 2009, n. 19978, in *Fallimento*, 2010, 871), ed altresì di precisare che la sospensione feriale resta esclusa « anche nel caso in cui sia stata contestualmente proposta domanda di risarcimento danni da responsabilità processuale aggravata, in quanto prevale il regime previsto per la causa principale, atteso il rapporto di accessorialità necessaria intercorrente tra le due domande » (Cass., 23 febbraio 2000, n. 2055, in *Fallimento*, 2000, 785; Cass., 28 agosto 2004, n. 17202; Cass., 28 aprile 2010, n. 10230, in *Fallimento*, 2010, 1331).

(77) La cui posizione appare affatto peculiare e non equiparabile, agli effetti dell'art. 18 (originario), a quella di qualsiasi altro terzo avente interesse all'opposizione: cfr. Cass., 2 marzo 2009, n. 5018. Viceversa, « Il principio enunciato dalla corte costituzionale nella sentenza n. 151/80 [...] non è applicabile nell'ipotesi d'impugnazione da parte dell'amministratore della società fallita, trattandosi di soggetto terzo rispetto all'ente »: Trib. Torino, 12 novembre 1998, in *Fallimento*, 1999, 1142, con nota di TRENTINI, *Soggetti legittimati all'opposizione a fallimento*.

(78) Da Corte cost., 27 novembre 1980, n. 151, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2, con osservazioni di PIZZORUSSO, perché non erano ravvisabili le medesime difficoltà sussistenti per l'individuazione degli altri soggetti interessati.

(79) Cass., S.U., 3 giugno 1996, n. 5104, in *Foro it.*, 1996 I, c. 2361, con osservazioni di FABIANI, a risoluzione del contrasto tra questa soluzione e l'orientamento che richiedeva invece la notificazione ad opera della controparte del testo integrale della sentenza sulla falsariga dell'art. 326 c.p.c.

(80) Ad esempio perché indirizzate al debitore personalmente anziché al difensore costituito, come necessario in virtù del principio generale sancito dall'art. 170 c.p.c.: Cass., 6 ottobre 2005, n. 19429, in *Fallimento*, 2006, 530, con nota di CATALDO, *Dichiarazione di*

veniva invocata proprio l'applicazione del termine lungo dell'art. 327, co. 1, c.p.c. (81).

Questa lettura si basava sul riconoscimento della capacità espansiva delle disposizioni (artt. 323 ss.) dedicate dal codice di rito alle « impugnazioni in generale » ed era in qualche misura il precipitato della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 15 l. fall. istitutiva de « l'obbligo del tribunale di disporre la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio per l'esercizio del diritto di difesa » (82).

La decadenza per decorso del termine "lungo" presupponeva infatti la conoscenza del processo, come desumibile dal co. 2 dello stesso art. 327 c.p.c., che per l'appunto la esclude per il contumace involontario.

Di qui il conseguente riconoscimento della tempestività dell'opposizione proposta dal debitore oltre il termine annuale (oggi: semestrale) dalla pubblicazione della sentenza di fallimento non (validamente) comunicatagli, allorché avesse dimostrato di non aver avuto conoscenza alcuna del procedimento per nullità (anche) della notificazione del ricorso introduttivo (83).

### 3.4.2. La legittimazione attiva.

La legittimazione attiva compete, anzitutto, al "debitore", e poi "a qualunque interessato" e permane anche qualora in seguito il fallimento venga chiuso (84).

L'ammissibilità del reclamo del debitore dovrebbe escludersi, per carenza di interesse, in ipotesi di ricorso per autofallimento, ancorché il novellato art. 18 l. fall. più non contenga la previsione che espressamente escludeva l'opposizione di « chi ha chiesto la dichiarazione di fallimento ».

*fallimento, diritto di difesa e giudizio di opposizione prima e dopo la riforma della legge fallimentare;* Cass., 21 gennaio 2008, n. 1214, in *Foro it.*, 2008, I, c. 671.

(81) Cfr., anche per altri riferimenti, FERRARA-BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, 255, in nota 1; MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1996, p. 110.

(82) Corte cost., 16 luglio 1970, n. 141, in *Foro it.*, 1970, I, c. 2038.

(83) Cass., 20 giugno 1991, n. 6979, in *Giust. civ.*, 1992, I, 472, con nota di DIDONE, *L'opposizione al fallimento e l'art. 327 c.p.c.*; Trib. Napoli, 10 luglio 2007, n. 7377, in *Dir. giur.*, 2007, 417, con nota di RASCIO, *Di un'opposizione tempestivamente proposta molti anni dopo il fallimento*. Il tutto, naturalmente, con il correttivo giurisprudenziale che il termine lungo comunque decorre, per il contumace involontario, dal successivo momento in cui abbia acquisito, anche di fatto (ad esempio in sede di inventario o a seguito di convocazione del curatore), conoscenza della sentenza: Cfr. Cass., S.U., 22 dicembre 1999, n. 925, in *Foro it.*, 2000, I, 2869, con nota di CAPONI, *In tema di impugnazione da parte del contumace involontario (art. 327, 2° comma, c.p.c.)*, e Cass., 29 maggio 2003, n. 8622, in *Arch. civ.*, 2004, 388.

(84) Cfr. Cass., 13 novembre 1992, n. 12211, *Fallimento*, 1993, 505, in un caso di chiusura per estinzione dell'intera debitoria; e Trib. Napoli, 31 maggio 1991, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1992, II, 599, in un caso di chiusura per mancanza di passivo.

Viceversa la legittimazione propria del "debitore" deve considerarsi estesa fino a comprendere anche quella del socio illimitatamente responsabile, quantomeno per il reclamo avverso la propria dichiarazione di fallimento.

L'interesse è infatti giustificato dalla circostanza che il fallimento sociale costituisce il necessario presupposto di quello del socio.

Queste considerazioni appaiono confermate da quella giurisprudenza (85) che ammette all'impugnazione del fallimento sociale, come terzo interessato, anche il socio non illimitatamente responsabile o comunque non dichiarato fallito insieme alla società: tanto pure per dedurre che, in caso di successiva estensione, il socio non potrà mettere in discussione la dichiarazione del fallimento sociale che ben avrebbe potuto contestare impugnando per tempo la relativa sentenza (86).

Legittimazione immediata a reclamare avverso la dichiarazione di fallimento sociale compete altresì, naturalmente, alla società, in persona del suo legale rappresentante, senza necessità di particolari autorizzazioni da parte dell'assemblea "trattandosi di atto che è rivolto al mantenimento in vita della società medesima per la realizzazione dell'oggetto sociale e, quindi, incluso nei poteri dell'organo che ne ha la rappresentanza" (87).

In caso poi di dichiarazione di fallimento di società cancellata, la stessa potrà proporre reclamo in persona del suo ultimo liquidatore (88).

L'amministratore e il liquidatore, anche se cessati, usufruiscono peraltro anche di un titolo di legittimazione autonomo, in quanto terzi portatori di un interesse qualificato in relazione tanto all'eventuale esperimento di

(85) Cfr. Cass., 13 marzo 1982, n. 1632, in *Fallimento*, 1982, 1422; Cass., 24 febbraio 1997, n. 1663, in *Fallimento*, 1997, 519; Cass., 3 novembre 2011, n. 22800, in *Fallimento*, 2012, 413, con nota di MINUTOLI, *Potere di reclamo ex art. 18 l. fall. dell'amministratore giudiziario e del custode penale*, in una vicenda, in cui i poteri di socio erano esercitati dall'amministratore giudiziario (dei beni e) delle quote di una società di capitali sottoposta a sequestro preventivo disposto ai sensi dell'art. 321 c.p.p.

(86) E rende invece inaccettabile la negazione della legittimazione del socio illimitatamente responsabile talora incidentalmente rinvenibile in giurisprudenza al fine di negare al predetto socio fallito la qualità di litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento della società (Cass., 9 giugno 2005, n. 12170, in *Fallimento*, 2006, 215; Cass., 12 ottobre 2004, n. 20166, in *Guida dir.*, 2004, n. 48, 61).

(87) Cass., 23 giugno 1988, n. 4278, in *Fallimento*, 1988, 1081. Similmente, Trib. Milano, 10 giugno 1985, *ivi*, 1986, 881, ha ritenuto che potesse proporre opposizione l'amministratore giudiziario, nominato ai sensi dell'art. 2409 c.c., ancorché ed autorizzato a compiere solo atti di ordinaria gestione.

(88) Cass., 13 settembre 2013, n. 21026; App. Milano, 24 febbraio 2012, in *Fallimento*, 2012, 624.

azione di responsabilità *ex art.* 146 l. fall., quanto alla possibile configurazione di reati dipendenti dalla dichiarazione di fallimento (89).

Ed ancora fra gli "altri interessati" che possono reclamare vanno annoverati, ad esempio, coloro che (si pensi al creditore soddisfatto prima del fallimento) si vedano esposti ad un'azione revocatoria fallimentare (90); come pure quanti potrebbero subire l'esercizio da parte del curatore della facoltà di scioglimento dai contratti in corso con il fallito (91).

Questo pur amplissimo spettro di terzi legittimati non può tuttavia comprendere, come invece si è non di rado sostenuto, anche coloro che si affermano portatori di un generico interesse morale, dovendo sempre individuarsi, in capo al reclamante, un interesse qualificato, derivante dalla titolarità di situazioni giuridiche in qualche misura in concreto modificate o suscettibili di essere modificate, anche indirettamente, dalla dichiarazione di fallimento e dalla contestuale apertura della procedura concorsuale (92).

In ipotesi di reclamo autonomamente proposto da più legittimati, se ne impone la riunione. La disciplina del *simultaneus processus* dovrebbe poi seguire l'archetipo del litisconsorzio unitario, trattandosi di ipotesi che non tollera la prosecuzione di distinte procedure, che potrebbero dare esiti divergenti.

Ne consegue che, se non è configurabile la separazione dei giudizi, è invece consentita la chiusura in rito o comunque l'estinzione di alcuni di essi, con prosecuzione degli altri, poiché tale esito non pregiudica lo scopo di decisione unitaria su tutte le domande.

### 3.4.3. La legittimazione passiva.

Litisconsorti necessari, dal lato passivo, sono il curatore — il quale non perde la sua legittimazione qualora sopraggiunga la chiusura della proce-

(89) Cfr. Cass., S.U., 16 febbraio 2006, n. 3368, in *Fallimento*, 2006, 845; Cass., 28 giugno 2002, n. 9491, in *Fallimento*, 2003, 269, con nota di GAFFURI-SPINETTI, *Legittimazione dell'amministratore all'opposizione a fallimento*; Cass., 25 agosto 1997, n. 7943, in *Fallimento*, 1998, 185, con nota di PATELLI, *Legittimazione dell'ex amministratore ad opporsi al fallimento*; App. Torino, 15 gennaio 2013, in *Fallimento*, 2013, 371; App. L'Aquila, 15 novembre 2011, *ivi*, 2012, 235; Trib. Venezia, 19 marzo 2008, *ivi*, 2009, 487.

(90) Cass., 1 febbraio 1983, n. 861, in *Dir. fall.*, 1983, II, 312.

(91) Cfr., sia pure in una vicenda in cui il terzo era intervenuto nel giudizio di opposizione da altri proposto, Cass., 25 agosto 1995, n. 8996, in *Fallimento*, 1996, 154.

(92) Cfr. FABIANI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 360 ss., dove altre indicazioni. In giurisprudenza v. App. Napoli, 7 luglio 2013, in *Riv. dott. commercialisti*, 2013, 4, 960; App. Napoli, 15 novembre 2012, in *Fallimento*, 2013, 124, con nota di GENOVIVA, *Reclamo ex art. 18 l. fall., interesse ad agire e deliberazione della domanda di concordato preventivo*; ed in precedenza Trib. Napoli, 2 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 120.

dura concorsuale (93), e le « altre parti », cui il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza vanno notificati ai sensi dell'art. 18, co. 6, l. fall.

La previsione di un litisconsorzio necessario reca con sé la duplice conseguenza (94) per un verso che la tempestiva notifica dell'atto introduttivo solo ad alcuni dei legittimati passivi non determina nessuna decadenza né improcedibilità ma impone alla Corte d'appello di disporre l'integrazione del contraddittorio (cfr. gli artt. 102 e 331 c.p.c., da cui pure si ricava che qualora nessuna parte ottemperi nel termine all'ordine di integrazione il reclamo andrà definito in rito, con passaggio in giudicato della sentenza di fallimento); e, per altro verso, che laddove l'integrazione non sia disposta, la sentenza di reclamo vada cassata, con remissione alla Corte di appello per rimediare al vizio.

Nella categoria delle "altre parti", come nel vigore della precedente disciplina, rientrano, anzitutto, i creditori istanti per il fallimento (95).

Ma vi rientra pure il debitore dichiarato fallito (96), ove il reclamo sia proposto da un terzo interessato (97), mentre la precedente formulazione dell'art. 18 l. fall. — con il suo riferimento "al curatore e al creditore richiedente" — fondava la (pur controversa) soluzione opposta, passata indenne al vaglio della Consulta (98).

L'espressione "altre parti", per la sua maggiore ampiezza, dovrebbe comportare pure l'abbandono di quell'orientamento della S.C., cui si è già fatto cenno, che negava alla società ed agli altri soci falliti la legittimazione passiva nel giudizio di opposizione promosso da uno di essi, anche ove si

(93) Cfr. App. Venezia, 23 dicembre 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2071, sulla scorta del rilievo che nel giudizio (di opposizione) « si discute se il debitore doveva essere dichiarato fallito o meno e perciò se lo stesso curatore doveva essere nominato al suo ufficio ».

(94) Già individuata, con riferimento all'opposizione nei suoi vari gradi, da Cass., 28 marzo 1997, n. 2796, in *Fallimento*, 1997, 830; e quindi ribadita, per il reclamo, da Cass., 8 febbraio 2011, n. 3071, *ivi*, 2011, 1243.

(95) Cass., 22 settembre 2000, n. 12548, in *Fallimento*, 2001, 788, con nota di MINUTOLI, *Opposizione alla procedura e fallimento dell'imprenditore artigiano*; Cass., 30 gennaio 1989, n. 552, in *Fallimento*, 1989, 389.

(96) Non anche il commissario giudiziale o il liquidatore, in caso di fallimento pronunciato in sede di risoluzione del concordato preventivo, « non sussistendo alcuno specifico interesse, del quale i medesimi siano portatori in considerazione delle rispettive funzioni »: Cass., 7 giugno 2007, n. 13357, in *Fallimento*, 2007, 1233; Cass., 30 ottobre 2008, n. 26108, *ivi*, 2009, 1176.

(97) In questi termini, Cass., 16 febbraio 2012, n. 2281, in *Fallimento*, 2012, 801, con nota di SIGNORELLI, *Le "parti" nel giudizio di reclamo a sentenza dichiarativa di fallimento*, sulla scorta del rilievo che parti del giudizio di reclamo sono « coloro che hanno partecipato al procedimento prefallimentare ».

(98) Corte cost., 28 maggio 1975, n. 126, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2671.

contestassero l'insolvenza sociale o la stessa esistenza della compagine fallita (99).

Semmai una limitazione della platea dei necessari soggetti passivi potrebbe immaginarsi solo ove con il reclamo si contesti esclusivamente la dichiarazione di fallimento di un determinato socio (che allora sarà parte necessaria), non anche quella della società e degli altri soci, posto che l'eventuale accoglimento dell'impugnazione non inciderebbe sulle relative statuizioni, trattandosi di cause scindibili *ex art. 332 c.p.c.*

Per contro, il reclamo avverso il fallimento sociale, in quanto funzionale ad una revoca capace di riflettersi, *ex art. 336, co. 1, c.p.c.*, su tutte le ulteriori e dipendenti dichiarazioni di fallimento dei soci, comporta inevitabilmente l'inscindibilità delle posizioni *ex art. 331 c.p.c.*

Sempre in tema di fallimento di società con soci illimitatamente responsabili, merita poi di essere ricordato un orientamento giurisprudenziale risalente e saldo, che prima delle riforme del 2006/07 qualificava i creditori istanti per il fallimento sociale come litisconsorti necessari nel giudizio di opposizione alla sentenza che avesse esteso il fallimento ad altri soci illimitatamente e solidalmente responsabili, ancorché la domanda di estensione fosse stata proposta dal solo curatore (100).

Pronunce di merito e di legittimità, infatti, a questo orientamento hanno dato seguito pure nel novellato ambiente normativo, estendendolo anzi al ben più strutturato e garantistico procedimento prefallimentare, giungendo a predicare la nullità (con conseguente rimessione al primo giudice ai sensi dell'art. 354, co. 1, c.p.c.) della sentenza di fallimento in estensione pronunciata ad istanza del curatore del fallimento sociale senza che fosse stato integrato il contraddittorio nei confronti dei predetti creditori (101).

L'orientamento si fondava anzitutto sul previgente art. 18, co. 3, l. fall. (richiamato dall'art. 147 l. fall.) che, disponendo (pure in caso di successiva estensione del fallimento sociale) la notifica della citazione in opposizione, oltre che al curatore, al creditore richiedente, costituiva il fondamento

(99) Cass., 30 ottobre 2008, n. 26108, in *Fallimento*, 2009, 1176; Cass., n. 12170/2005, cit.; Cass. n. 20166/2004, cit.; Cass., 2 aprile 1999, n. 3163, in *Fallimento*, 2000, 606; Cass., 6 febbraio 1998, n. 1225, e Cass. 9 gennaio 1998, n. 122, in *Fallimento*, 1999, 53, con nota di PATTI, *Litisconsorzio nel giudizio di opposizione alla sentenza di fallimento ex art. 147 l.f.*; Cass. 9 novembre 1988, n. 6023, in *Fallimento*, 1989, 366.

(100) V., fra le più significative, Cass., 20 maggio 2005, n. 10693, in *Fallimento*, 2006, 215; Cass., 26 maggio 2000, n. 6939, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 97; Cass., 7 settembre 1995, n. 9407, in *Fallimento*, 1996, 235; Cass., 12 settembre 1992, n. 10431, in *Fallimento*, 1993, 170; Cass., 19 novembre 1988, n. 6257, in *Fallimento*, 1989, 367; Cass., 27 febbraio 1980, n. 1363, in *Dir. fall.*, 1980, II, 234.

(101) Cfr. App. Napoli, 21 novembre 2008, in *Dir. giur.*, 2009, 455; Cass., 24 marzo 2010, n. 7152, in *Dejure*.

normativo della partecipazione necessaria dell'istante per la dichiarazione di fallimento al successivo giudizio di opposizione.

Previsione a sua volta basata sul presupposto che l'originaria istanza di fallimento dovesse comunque ritenersi implicitamente diretta anche nei confronti di coloro che per legge dovevano rispondere del denunciato dissesto. Sicché, anche se avanzata dal curatore, la successiva richiesta di estensione doveva pur sempre considerarsi sviluppo dell'iniziativa originaria.

L'attuale art. 18 l. fall., (pur sempre richiamato dall'art. 147 l. fall.), dispone invece la notifica del reclamo « al curatore ed alle altre parti », così legittimando alla partecipazione solo coloro che sono stati effettivamente « parti » nel pregresso procedimento. E, sempre sul piano testuale, l'attuale art. 147 l. fall. prevede in caso di rigetto della domanda di estensione il reclamo ai sensi dello art. 22 l. fall. da parte del solo « istante », e quindi non anche del creditore che, avendo a suo tempo presentato ricorso per il fallimento sociale, in seguito non abbia richiesto il fallimento del socio. Tanto nella cornice di un sistema, che ha assunto a regola il principio della domanda e abolito l'iniziativa officiosa per la dichiarazione di fallimento, con la conseguente difficoltà di continuare a qualificare il successivo fallimento in estensione quale conseguenza della domanda originariamente proposta dal creditore ricorrente per il fallimento sociale.

Pare allora preferibile negare (102) a costui, nel nuovo contesto normativo, la qualità di parte necessaria tanto nel procedimento per la dichiarazione di fallimento in estensione quanto nel successivo giudizio di reclamo. Al quale potrà dunque prendere parte esclusivamente, come qualunque altro interessato, spiegando intervento volontario.

Quanto al p.m., la giurisprudenza negava che fosse litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione alla sentenza di fallimento, qualificando il suo intervento come facoltativo, ai sensi dell'art. 70, ult. co., c.p.c. (103).

Considerato che attualmente l'art. 15 l. fall. contempla l'intervento nel procedimento prefallimentare del p.m. solo ove abbia assunto l'iniziativa, mentre l'art. 18 l. fall. impone la notifica del reclamo « alle altre parti », la soluzione sembra da confermare tutte le volte in cui non vi sia stata richiesta di fallimento da parte del p.m.

In caso contrario il reclamo andrà invece proposto in contraddittorio

(102) Soluzione adottata, ad esempio, da App. Napoli, 5 novembre 2009, in *Dir. giur.*, 2009, da cui sono tratti gli argomenti esposti nel testo. Per ulteriori sviluppi cfr. pure RASCIO, *Fallimento in estensione e litisconsorzio necessario*, in *Dir. giur.*, 2009, 323.

(103) Cass., 3 ottobre 1986, n. 5854, in *Fallimento*, 1987, 163; Cass., 19 settembre 1995, n. 9884, in *Fallimento*, 1996, 353; Cass., 22 gennaio 2004, n. 1074, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2280; Cass. 7 giugno 2007, n. 13357, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3405.

anche con lui e per questa ipotesi due recenti pronunce della S.C. (104) hanno stabilito (sia pure in procedimenti anteriori alla sostituzione dell'appello con il reclamo) che: a) « l'appello avverso la sentenza dichiarativa di fallimento va notificato al procuratore della Repubblica presso il tribunale, al quale spetta la legittimazione all'impugnazione, in qualità di ufficio del P.M. funzionante presso il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata »; b) « l'esercizio delle funzioni di p.m. nel giudizio di appello spetta invece al P.G. ai sensi del r.d. n. 12 del 1941, art. 70 »; c) « peraltro, la costituzione in appello del procuratore della Repubblica, in luogo del P.G. non determina la nullità della sentenza di secondo grado, ma soltanto la nullità della costituzione di quell'organo, della quale può dolersi esclusivamente il soggetto che avrebbe dovuto presenziare al giudizio, con la conseguente carenza di interesse dell'appellante a far valere il predetto vizio ».

#### 3.4.4. La legittimazione all'intervento.

Oltre ai litisconsorti necessari che non siano stati destinatari della notifica del reclamo — il cui intervento volontario può avvenire in ogni momento, realizzando quella sanatoria che altrimenti andrebbe disposta dalla Corte d'appello ordinando l'integrazione del contraddittorio — è legittimato ad intervenire, nel medesimo termine e nelle forme previste per la costituzione delle parti resistenti, « qualunque interessato » (art. 18, co. 9, l. fall.).

La categoria comprende anzitutto chi, come i creditori insinuati al passivo (105), pur non avendo preso parte all'istruttoria prefallimentare, avrebbe un interesse giuridicamente rilevante alla conferma della sentenza di fallimento. Ma comprende anche e soprattutto coloro che avrebbero potuto proporre a loro volta reclamo.

Già nel vigore della precedente disciplina, in effetti, la giurisprudenza ammetteva l'intervento dei terzi legittimati all'opposizione, pur in mancanza di una specifica previsione di legge, forse superflua in un giudizio di primo grado. E però qualificava immancabilmente anche questo intervento come adesivo dipendente (art. 105, co. 2, c.p.c.), per trarne la conseguenza che l'interventore non avrebbe potuto impedire l'estinzione del

(104) Cass., 4 settembre 2009, n. 19214, in *Fallimento*, 2010, 427, con nota di De SANTIS, *Legittimazione ad agire del Pubblico Ministero per la dichiarazione di fallimento e rapporti con le procedure concorsuali alternative*; e Cass., 21 aprile 2011, n. 9260.

(105) Cfr. Cass., 20 maggio 1993, n. 5736, in *Fallimento*, 1993, 1135.

giudizio di opposizione, in caso di rinuncia dell'opponente, né proporre impugnazione avverso la sentenza che l'opposizione avesse respinto (106).

Se si accettasse questa qualificazione anche nel mutato ambiente normativo, ne dovrebbe conseguire inoltre il divieto di ampliare, con la proposizione di motivi aggiunti, l'ambito delle questioni oggetto di riesame della Corte d'appello.

L'assolutezza di questa opzione, in sé inaccettabile, è tuttavia temperata, nella stessa giurisprudenza appena evocata, dalla precisazione, affidata a motivazioni talora solo accennate talaltra più diffuse, che ove spiegato nel termine imposto per l'impugnazione, l'intervento del terzo interessato doveva qualificarsi quale vera e propria autonoma impugnazione, conservando perciò la stessa indipendenza ed autosufficienza di quella proposta in separato procedimento, successivamente riunito.

Si tratta, a ben vedere, di precisazione dal sapore scolastico in un ambiente normativo che per i terzi interessati faceva decorrere dall'affissione della sentenza il termine per proporre opposizione alla dichiarazione di fallimento. Non altrettanto però alla luce del novellato art. 18 l. fall., che (come detto) ancora la decorrenza del medesimo termine ad un evento, l'iscrizione nel registro delle imprese, che nel concreto potrebbe anche mancare.

Si può dunque concludere nel senso che i terzi interessati, che non siano decaduti dal termine per l'impugnazione autonoma, oltre a poter impugnare spiegando intervento, ben possano (salvo che non siano stati resi parte del giudizio di reclamo) proporre la loro impugnazione in separato processo, poi da riunire, anche dopo che sia spirato il termine per la costituzione in altro reclamo precedentemente proposto.

La situazione è diversa per coloro che siano tecnicamente resistenti, essendo essi onerati della forma incidentale per la loro impugnazione, eventualmente anche tardiva, in applicazione degli artt. 343 e 331 c.p.c.

#### 3.4.5. Profili procedurali.

A seguito della presentazione del ricorso, il Presidente designa il relatore e, con decreto che il reclamante notifica non meno di trenta giorni prima al curatore e alle altre parti, fissa l'udienza di comparizione, almeno dieci giorni prima della quale le parti resistenti devono costituirsi mediante memoria depositata in cancelleria (art. 18 l. fall., co. 5 e 6). Tra la data della notifica e quella dell'udienza deve intercorrere un termine minimo di trenta giorni, mentre i resistenti hanno l'onere di costituirsi almeno dieci

(106) Cass., 18 gennaio 2008, n. 971, in *Fallimento*, 2008, 603; Cass., 25 agosto 1995, n. 8996, *ivi*, 1996, 154; Cass. 27 maggio 1997, n. 4698, *ivi*, 1998, 151; Cass., 19 novembre 1987, n. 8501, *ivi*, 1988, 201.

giorni prima dell'udienza, previa elezione di domicilio nel comune ove ha sede al Corte d'appello: così i co. 5, 6 e 7 dell'art. 18 l. fall.

Il termine (107) di dieci giorni che il reclamante deve osservare per la notificazione del ricorso al curatore ed alle altre parti non è presidiato da sanzioni di sorta, ed è dunque a ragione ritenuto solo ordinatorio (108). Esso non appare infatti funzionale ad assicurare la corretta instaurazione del contraddittorio, comunque garantito con l'effettiva notifica del reclamo e del pedissequo decreto di fissazione di udienza, mentre il diritto sostanziale di difesa è assicurato dalla prescrizione del co. 7 dell'art. 18 l. fall., secondo cui tra la notifica predetta e la data di udienza deve intercorrere un termine non inferiore a trenta giorni (109).

Quanto invece al termine di costituzione della parte, esso è stato considerato perentorio pur in difetto di un'espressa dichiarazione normativa, con un temperamento: il suo mancato rispetto non implica infatti la decadenza della parte che vi sia incorsa dal diritto di opporsi con il reclamo stesso, diritto presidiato comunque dal potere di intervento nel relativo procedimento, anche se con le limitazioni che la tardività determina per la formulazione delle difese che la legge impone proprio in sede di costituzione tempestiva (110).

Un recente arresto di legittimità (111) ha poi tratteggiato le peculiarità del giudizio di reclamo riassumibili nel suo carattere camerale.

Premessa la necessità di coordinarlo « con la precedente fase, di natura contenziosa ed a trattazione camerale, volta ad assicurare l'attuazione di esigenze di snellezza e celerità », la Corte ha chiarito che « esso si articola in una fase di costituzione delle parti che si conclude in un'unica udienza a trattazione orale, ove ciascuna, pur in una sequenza semplificata, è ammessa ad illustrare le proprie difese ed anche a replicare a quelle avverse, senza che però tale dialettica contempra la facoltà delle parti di depositare ulteriori memorie e consenta l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 189 e 190 c.p.c., essendo semmai consentito al giudice, d'ufficio, acquisire eventuali informazioni per completare il quadro istruttorio ed anche graduare la tempistica del procedimento, secondo un temperato principio inquisitorio sopravvissuto alla riforma del 2006/2007 e la intrinseca flessibilità del modello camerale ».

(107) È scontata, naturalmente, la natura ordinatoria del termine di cinque giorni assegnato al Presidente per la designazione del relatore.

(108) App. L'Aquila, 15 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 2, 235; App. Milano, 21 giugno 2011, in *Fallimento*, 2011, 10, 1247.

(109) Cass., 4 settembre 2012, n. 14786.

(110) Cass. civ., sez. I, 5 giugno 2009, n. 12986, in *Fallimento*, 2010, 4, 445, con nota di GENOVIVA, *Il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento*.

(111) Cass., 7 ottobre 2010, n. 20836.

Restano fuori dagli orizzonti della Corte sia la eventualità che l'assunzione di mezzi di prova renda necessarie ulteriori udienze sia, ancora, quella di utilizzare, per la pronuncia della sentenza, le modalità dell'art. 281-*sexies*, imposte dall'art. 18 l. fall. a seguito della riforma del d.lg. n. 5/2006 (nel contesto di un rimedio che assumeva peraltro le forme dell'appello), e invece scomparse nell'attuale formulazione della norma, dopo il d.lg. n. 169/2007.

Quanto al primo profilo, non sussistono particolari difficoltà ad ammettere il dipanarsi dell'istruttoria in più udienze ove necessario, come da sempre accade per il rito del lavoro, ove, peraltro, persino il divieto di udienze di mero rinvio è da sempre privo di sanzioni.

Quanto al secondo, la possibilità di utilizzare le forme dell'art. 281-*sexies* non pare da escludersi, in applicazione del co. 6 dell'art. 352 c.p.c. dischiusa proprio dal riferimento secco dell'art. 18 alla sentenza, senza ulteriori specificazioni.

Poiché infatti essa è resa in sede di impugnazione di altra sentenza e davanti alla Corte d'appello, non può che soggiacere alla relativa disciplina formale, almeno in assenza di contraria *lex specialis*.

Ove le si ammettessero, le forme dell'art. 281-*sexies* c.p.c. costituirebbero comunque solo una alternativa alle forme ordinarie e non certo l'unica modalità decisoria, come nel previgente regime, soluzione a favore della quale convergono oggi, del resto, sia l'art. 18 l. fall. che lo stesso art. 352, ult. co., c.p.c. che tale modalità consente anche nel giudizio d'appello.

### 3.4.6. La sospensione della liquidazione.

Consacrata in un provvedimento avente forma di sentenza, la dichiarazione di fallimento produce i suoi effetti personali e patrimoniali a carico del fallito a far data dalla pubblicazione *ex* art. 133 c.p.c. mentre nei confronti dei terzi gli effetti stessi si computano solo dalla data di iscrizione nel registro delle imprese: così l'ultimo comma dell'art. 16 l. fall.

La prescrizione che l'impugnazione, oggi reclamo ed *olim* opposizione, « non sospende gli effetti della sentenza impugnata » (art. 18, co. 3, l. fall., che riprende il contenuto dell'originario art. 18, co. 4, l. fall.), aveva in passato prodotto situazioni in cui al momento del passaggio in giudicato della sentenza di revoca del fallimento, la liquidazione era oramai giunta ad un punto tale da non consentire più la ripresa dell'attività da parte dell'imprenditore pure ritornato *in bonis*, anche in virtù della salvezza degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura.

A tanto ha inteso porre rimedio l'art. 19 che, nella sua attuale formu-

lazione (112), contempla la possibilità che la Corte d'appello adita con il reclamo sospenda in tutto o in parte, ovvero temporaneamente, la liquidazione dell'attivo, « quando ricorrono gravi motivi ». Il tutto su istanza di parte o del curatore.

Occorre subito rilevare che l'ipotesi disciplinata è quella di una mera sospensione della liquidazione e non certo una inibitoria degli effetti della sentenza di fallimento.

Gli effetti personali e patrimoniali di quest'ultima restano intatti così come gli organi della procedura, la restituzione del patrimonio al fallito è comunque inibita, mentre la sospensione investe solo la liquidazione del patrimonio.

Il *distinguo* è messo in rilievo da una recente pronuncia di legittimità (113).

Nel richiamarsi al consolidato orientamento precedente alla stagione di riforme del 2006/2007, la Corte rileva che il quadro normativo oggi risultante dagli artt. 16, co. 2, e 19 l. fall. conferma da un lato l'esecutività immediata della sentenza dichiarativa di fallimento, e dall'altro il principio della non sospensibilità dei relativi effetti con la proposizione del reclamo, il cui giudice può solo disporre la sospensione della liquidazione dell'attivo.

E proprio nell'art. 19 l. fall., che detta sospensione consente, risiede per la Corte il temperamento dei diversi interessi in gioco, quelli del fallito e dei suoi creditori.

A questi ultimi si assicurano infatti gli effetti dello spossessamento dei beni nei confronti del fallito e la conseguente permanenza della garanzia offerta dal suo patrimonio fino all'esito del giudizio di reclamo avverso la sentenza di fallimento. Al primo si assicura invece la possibilità di impedire la dispersione del proprio patrimonio in una situazione di incertezza circa l'esito finale del giudizio di impugnazione della sentenza di fallimento.

Il regime degli effetti della sentenza di fallimento viene dunque ricondotto all'archetipo di quello che *ex lege* presidia le sentenze di interdizione/inabilitazione, cui l'art. 421 c.c. impone efficacia sin dalla pubblicazione a tutela del soggetto ritenuto inabile, ma gli effetti della cui revoca sono rinviati, dall'art. 431 c.c., e per ragioni di prudenza, al passaggio in giudicato.

Il discorso diviene tuttavia (se possibile) ancora più complesso, e più evanescente, laddove il tema della decorrenza degli effetti della revoca si intreccia con quello degli effetti del provvedimento reso sull'istanza di sospensione della liquidazione.

(112) Dovuta alla sostituzione operata dall'art. 17 del d.lg. n. 5/2006.

(113) Cass., 27 maggio 2013, n. 13100.

*In primis*, la natura *lato sensu* cautelare derivante dall'analogia con altri provvedimenti (quelli di cui, ad esempio, agli artt. 283 e 373 c.p.c.) e dal richiamo ai « gravi motivi » impone di sciogliere il nodo dell'applicabilità degli artt. 669 *bis-terdecies*, in particolare, ad esempio, quanto alla reclamabilità (art. 669-*terdecies*) o alla possibilità di richiederne la modifica/revoca (art. 669-*decies*) o ancora al regime dell'inefficacia (art. 669-*novies*).

*In secundis*, occorre dare un senso all'abrogazione, da parte del d.lg. n. 169/2007, del co. 2 dell'art. 19 l. fall., che consentiva di chiedere la sospensione della liquidazione o la sua revoca anche in pendenza del giudizio di cassazione.

La risposta al primo ordine di quesiti è opinabile in considerazione del fatto che gli stessi dubbi si pongono in riferimento ai provvedimenti di cui agli artt. 283 e 373 c.p.c.

Ed in effetti in un recente arresto (114) la Cassazione ha ritenuto non reclamabile il provvedimento reso sull'istanza di sospensione della liquidazione *ex art.* 19 l. fall. proprio richiamando i precedenti sfavorevoli alla reclamabilità dei provvedimenti resi *ex artt.* 283 e 373 c.p.c.

La Corte ha tuttavia ritenuto anche inammissibile il ricorso straordinario *ex art.* 111, co. 7, Cost. avverso il provvedimento reso in esito al reclamo stesso in ragione, oltre che della non decisorietà, anche della instabilità del provvedimento, a suo dire non escludente una riproposizione dell'istanza.

Si tratta di un accenno, verosimilmente *ad abundantiam*, che tuttavia va coordinato con l'abrogazione, da parte del d.lg. n. 169 del 2007, del c. 2 dell'art. 19 l. fall., che consentiva di chiedere la sospensione della liquidazione o la sua revoca anche in caso di proposizione del ricorso per cassazione.

Su quest'ultimo profilo, anzi, nessuno degli arresti evocati si è specificamente soffermato.

La fluidità del tema non consente, allo stato, che di abbozzare i possibili percorsi praticabili.

Se si accetta la premessa che: a) la sentenza di revoca acquista efficacia solo con il passaggio in giudicato; b) l'unico provvedimento sospensivo *medio tempore* possibile può essere richiesto solo alla Corte d'appello cui è stato proposto reclamo *ex art.* 18 l. fall., e c) non ne possono essere rimossi gli effetti né con il reclamo *ex art.* 669-*terdecies*, (secondo la Cassazione) né chiedendone la revoca in pendenza del giudizio di legittimità (essendo stato abrogato il co. 2 dell'art. 19 l. fall., che tale revoca consentiva); occorre immaginare che, disposta la sospensione della liquidazione in pendenza di

(114) Cass., 15 dicembre 2011, n. 2787, in *Fallimento*, 2012, 667, con nota di MARELLI, *Sospensione della liquidazione in pendenza del reclamo - Stabilità ed ultrattività del provvedimento di sospensione della liquidazione fallimentare*.

reclamo *ex art.* 18 l. fall., la sentenza di accoglimento, in quanto priva di efficacia esecutiva, lasci in vita la misura cautelare fino al suo passaggio in giudicato (115).

Non sarebbe però da escludere la possibile modifica/revoca *ex art.* 669-*decies* in prosieguo del giudizio di reclamo davanti alla Corte d'appello, non essendo imposta dall'*art.* 19 l. fall. la contestualità dell'istanza di sospensione e del reclamo né ulteriori preclusioni *in limine litis* (ed essendo preclusa, secondo le premesse, solo l'istanza di revoca in pendenza del giudizio di cassazione).

L'altro corno dell'alternativa è quello del rigetto del reclamo *ex art.* 18 l. fall., che comporterebbe invece l'inefficacia della sospensione in applicazione dell'*art.* 669-*novies*.

Veniamo invece all'ipotesi di rigetto dell'istanza di sospensione da parte della Corte d'appello adita *ex art.* 18 l. fall.

Qui non potrebbe immaginarsi la riproposizione dell'istanza in pendenza del giudizio di cassazione, ma potrebbe, come già detto, immaginarsene la riproposizione nel prosieguo del giudizio *ex art.* 18 l. fall. davanti alla Corte d'appello *ex art.* 669-*septies*.

Ferme le premesse *sub a)* e *b)*, potrebbe tuttavia anche concludersi che il provvedimento reso sull'istanza di sospensione sia oggetto di istanza di revoca tanto in prosieguo del giudizio di reclamo *ex art.* 18 l. fall., per le ragioni già cennate, quando in pendenza del giudizio di cassazione, se non più in applicazione del co. 2 dell'*art.* 19 l. fall. abrogato, quantomeno in applicazione analogica dell'*art.* 669-*decies* c.p.c.

Così come potrebbe immaginarsene, andando in contrario avviso rispetto agli arresti di legittimità evocati, la reclamabilità *ex art.* 669-*terdecies*, in considerazione della circostanza che tutte le attività esecutive concorsuali sono soggette a rimedi endofallimentari, per cui non sarebbe incoerente con il contesto un controllo anche nel nostro caso (116).

Quanto agli ulteriori profili procedurali dell'istanza, il laconico dettato dell'*art.* 19 l. fall. stabilisce che l'istanza vada presentata con ricorso, a seguito del quale è innescata la solita trafila della fissazione dell'udienza di comparizione delle parti e della notifica di ricorso e decreto alle altre parti, verosimilmente a cura del ricorrente. La comparizione avviene davanti al collegio « in camera di consiglio », il che pare escludere, in assenza

(115) Secondo una soluzione che la dottrina ha patrocinato in sede di interpretazione dell'*art.* 669-*novies*: v. oggi la ricognizione di GIORDANO, *sub art.* 669-*novies*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, Torino, 2014, VII, I, 1242 ss.

(116) Per queste, ed altre considerazioni, v. Longo, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 69.

di diverse disposizioni, ogni delega ad uno dei componenti del collegio stesso.

In riferimento al perimetro della liquidazione oggetto di sospensione, si fa strada in giurisprudenza (117) l'idea che, in mancanza di limiti imposti dal provvedimento sospensivo, esso comprenda anche la riassunzione dei giudizi sospesi « e dunque anche la riassunzione dei giudizi interrotti *ex art.* 43, l. fall. — r.d. n. 267/1942, trattandosi di attività tipicamente liquidatoria che può essere posta in essere solo a seguito di approvazione del programma di liquidazione da parte del comitato dei creditori e di autorizzazione del giudice delegato » (118).

Dovrebbe inoltre ritenersi sospesa anche la procedura innescata da una eventuale proposta di concordato, trattandosi di modalità liquidatoria alternativa.

Il provvedimento sospensivo non dovrebbe invece interferire con l'esercizio provvisorio dell'impresa (*art.* 104 l. fall.) e l'affitto di azienda (*art.* 104-*bis*), avendo anzi particolare senso, per il fallito, proprio in tali casi, ove si preservano la vitalità e l'avviamento delle attività.

Infine disposta la sospensione, il mancato rispetto del provvedimento dovrebbe comportare, in caso di successiva revoca del fallimento, l'esclusione di quegli atti dalla salvezza imposta dall'*art.* 18 l. fall., in quanto non legalmente compiuti.

#### 3.4.7. I motivi di impugnazione e le conseguenze della loro omissione.

La disciplina *ad hoc* dell'atto introduttivo del reclamo esclude, come già rilevato, l'applicabilità dell'*art.* 342 c.p.c., come novellato dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, tanto in punto di requisiti formali dei motivi di appello quanto di *espressa* comminatoria di inammissibilità per il gravame privo di motivi.

Sicuramente applicabile è invece il congegno dell'acquiescenza tacita qualificata regolato dall'*art.* 329, co. 2 c.p.c., che ne rappresenta una conseguenza logica.

Il passaggio in giudicato delle parti o capi di sentenza non impugnati assume rilievo sotto due profili.

(117) Trib. Roma, 7 febbraio 2011, in *Fallimento*, 2011, 5, 632.

(118) Trib. Roma, 7 febbraio 2011, in *Fallimento*, 2011, 7, 868, con nota di GABOARDI. Può tuttavia in proposito osservarsi che se, in accordo con la giurisprudenza di legittimità citata nel testo, *ratio* della sospensione della liquidazione è quella di scongiurare la dispersione del patrimonio del fallito nelle more del passaggio in giudicato del provvedimento di revoca, la semplice predisposizione del programma di liquidazione, non idonea, di per sé, a realizzare tale esito, non dovrebbe rientrare nel perimetro delle attività soggette a sospensione.

Il primo di essi è quello della sentenza che contenga molteplici statuizioni di fallimento, corrispondenti magari ad altrettante istanze, relative ad esempio alla società ed ai singoli soci illimitatamente responsabili. Potrà allora aversi un reclamo circoscritto ad una di queste dichiarazioni, perché ad esempio diretto, alternativamente, a contestare l'insolvenza della società ovvero lo scioglimento ultrannuale del rapporto sociale limitatamente ad uno dei soci falliti.

In entrambi i casi la Corte d'appello non potrà verificare sotto alcun profilo la sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento trascurata dal reclamante: fermo restando, che mentre la revoca del fallimento del socio non si ripercuoterà su quello sociale, nell'ipotesi inversa con il fallimento sociale cadrà in via riflessa (cfr. l'art. 336, co. 1, c.p.c.) pure quello personale.

Il secondo profilo in cui l'acquiescenza ha modo di operare è poi quello delle singole dichiarazioni di fallimento, ove produrrà, con la riduzione dell'ambito della cognizione del giudice superiore alle sole questioni in concreto agitate, la stabilizzazione di quelle trascurate invece dall'impugnazione.

Il reclamante avrà dunque l'onere di censurare specificamente, se vuole ottenere il riesame delle corrispondenti questioni, le parti della sentenza nelle quali, ad esempio, è stata riconosciuta la qualità di imprenditore commerciale del debitore, è stata affermata la sua insolvenza, è stato escluso il possesso dei requisiti di cui al co. 2 dell'art. 1 l. fall., è stato negato il decorso dell'anno *ex artt.* 10-11 l. fall., è stata verificata l'esistenza della debitoria scaduta minima richiesta dall'ultimo comma dell'art. 15 l. fall., e così via.

Anche in considerazione dell'impossibilità di integrazioni successive (119), sarà inoltre quanto mai opportuno che svolga con la massima analiticità possibile le contestazioni alla sentenza reclamata, in quanto neppure con riferimento all'appello vi è, in dottrina e giurisprudenza, uniformità di vedute circa la dimensione minima della parte di sentenza suscettibile di conseguire separatamente la stabilità del giudicato formale per mancata impugnazione (120).

(119) Così, condivisibilmente, App. Torino, 4 agosto 2009, in *Fallimento*, 2010, 584, con nota di RASCIO, *L'efficacia devolutiva automatica del reclamo avverso la sentenza di fallimento: un risultato precluso dal sistema e dalla lettera della legge*.

(120) *Amplius*, sul punto, anche per i necessari riferimenti, *si vis*, RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., nonché ID., *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Scritti in onore di Vittorio Colesanti*, cit., 1010 ss. Sicché si potrebbe anche sostenere che, con riferimento alla questione dell'ammontare della debitoria scaduta, vi siano tante parti di sentenza, per quanti sono i debiti considerati a questo fine dal tribunale; o persino che per ciascuno di questi debiti si possano avere più parti di sentenza, essendosene contestata in tribunale sia l'esistenza originaria sia la successiva prescrizione; e così via. La questione non è meramente teorica

Le critiche mosse a questa lettura da alcuni settori della dottrina, che hanno visto nella limitazione del reclamo al *quantum appellatum* la stessa irragionevole compressione del diritto di difesa del fallito (e del terzo interessato) che impugni ravvisabile nella chiusura ai *nova*, (121) non convince.

È vero infatti che interpretazioni riduttive del *ius novorum* in fase impugnatoria si traducono in corrispondenti negazioni di poteri.

Ciò non accade tuttavia, quando si subordina all'iniziativa del reclamante la devoluzione del materiale di causa nel passaggio da un grado all'altro del processo. Si tratta infatti di semplice modalità tecnica di esercizio del diritto di impugnare, non idonea, solo in quanto tale, a determinare negazione o compressione di poteri, visto che nulla impedisce di censurare con il reclamo la sentenza in ogni sua parte (per di più in un processo in cui è prescritta la difesa tecnica).

La scelta esibisce anzi, da tale punto di vista, piena coerenza con il fondamento logico delle impugnazioni, la cui efficacia come rimedio avverso decisioni ingiuste è positivamente influenzata da meccanismi di progressiva selezione delle questioni controverse.

Secondo la medesima prospettiva, ed anche nel rispetto del principio di parità, occorre poi considerare la previsione (risultante dai co. 7, 8 e 9 dell'art. 18 l. fall.), che impone alle parti resistenti (come pure ai terzi interessati) di « costituirsi almeno dieci giorni prima della udienza [...] mediante il deposito in cancelleria di una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti ».

Anche a ritenere ammissibile la costituzione successiva al termine (122), è tuttavia necessario condizionare l'ampliamento del novero delle questioni esaminabili, operato dalle parti diverse dal reclamante, alla pro-

dato che Cass., I, 28 ottobre 2010, n. 22110, in *Fallimento*, 2011, 291, con nota critica di TEDOLDI, *Il rito camerale fallimentare e l'efficacia devolutiva del reclamo ex art. 18 l. fall.*, ha cassato la sentenza con cui la Corte d'appello aveva « revocato la dichiarazione di fallimento in base ad un'argomentazione — il doversi parametrare la soglia di fallibilità sull'attivo patrimoniale e sui ricavi lordi dell'impresa nel triennio antecedente la richiesta di fallimento, e non in quello antecedente la cessazione di fatto dell'attività dell'impresa stessa — che il reclamante non aveva prospettato nel proprio atto d'impugnazione; nel quale invece egli si era doluto unicamente del modo in cui il tribunale aveva calcolato gli investimenti ed i ricavi inerenti agli ultimi anni di attività effettiva »: e tanto perché « Nel pronunciarsi sul reclamo proposto contro una sentenza dichiarativa di fallimento, la Corte d'appello non può revocare il fallimento per ragioni ed in base a circostanze di fatto diverse da quelle per le quali è stata sollecitata la revisione del provvedimento reclamato ».

(121) TEDOLDI, *Il rito camerale fallimentare*, cit., 303.

(122) Sia pure « con le limitazioni che la tardività determina per la formulazione di determinate difese »: così Cass., 5 giugno 2009, n. 12986, cit.

spettazione nella memoria tempestivamente depositata (123). Ed anzi, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza, sempre più propensa ad imporre anche in appello l'impugnazione incidentale in ipotesi di soccombenza virtuale, sarà opportuna la predisposizione del reclamo incidentale, adeguatamente motivato, da parte del creditore o del curatore che, ad esempio, vogliano contestare il possesso da parte del fallito di uno dei tre requisiti di esenzione congiuntamente richiesti dall'art. 1 l. fall. (124).

Quali le conseguenze dell'omissione dei motivi?

Nel silenzio dell'art. 18 l. fall. l'alternativa è quella tra la nullità per vizio di *edictio actionis* (art. 164, co. 4, 5 e 6 c.p.c.) e l'inammissibilità ricavata in via interpretativa alla luce del *trend* giurisprudenziale per il quale la carenza dei motivi è vizio dell'atto di impugnazione « inducente il passaggio in giudicato della sentenza » nella sua interezza (125).

L'opzione per l'una o l'altra via ha peraltro conseguenze pratiche di scarso rilievo visto che alla prima udienza, fissata ai sensi dell'art. 18 l. fall. necessariamente oltre i trenta giorni dal deposito del ricorso, il termine per reclamare sarà ormai irrimediabilmente spirato, sicché anche l'eventuale fissazione del termine per una sanatoria con effetti *ex nunc*, ai sensi dell'art. 164, co. 5, c.p.c. non condurrà ad esiti sostanzialmente diversi dalla immediata declaratoria di inammissibilità.

### 3.4.8. Segue. Il rilievo d'ufficio (ed i suoi vari limiti).

A di là dell'iniziativa delle parti, residuano in capo alla Corte d'appello poteri di rilevazione officiosa di questioni, sempre che esse, pur originariamente rilevabili d'ufficio, non siano state risolte nella sentenza di fallimento, caso nel quale tornano ad essere attratte, quali "parti di sentenza" alla disciplina dell'art. 329, co. 2, c.p.c. in caso di mancata impugnazione.

Il rilievo officioso potrebbe tuttavia risultare in concreto di molto ridimensionato in considerazione di vari fattori, primo fra tutti la difficoltà, in taluni casi almeno, di qualificare la singola questione come rilevabile, o meno, d'ufficio (126).

(123) Sostanzialmente in questi termini GENOVIVA, *Il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., 452 e 454.

(124) Possesso riconosciuto dalla sentenza che abbia peraltro dichiarato il fallimento sul presupposto dell'insussistenza di altro requisito, oggetto del reclamo principale.

(125) Cass., S.U., 6 giugno 1987, n. 4991, *Foro it.* 1987, I, c. 3037, con nota di BALENA, *Le sezioni unite intervengono sulla specificità dei motivi di appello*.

(126) V., ad esempio, Cass., 12 aprile 2013, n. 8932, *Dejure*, per la quale il mancato rispetto del termine annuale previsto dall'art. 10 l. fall. — termine, che « non opera come un termine di prescrizione o decadenza, ma costituisce un limite oggettivo per la dichiarazione di fallimento » — « comporta la nullità della sentenza e perciò può essere rilevato d'ufficio dal giudice del reclamo e, se ciò non avviene, ben può essere dedotto per la prima volta in

Va poi considerato l'orientamento giurisprudenziale, espresso con riferimento alle questioni di giurisdizione ma suscettibile di applicazione estensiva, secondo cui devono intendersi implicitamente decise, e dunque *ex necesse* oggetto di impugnazione pena il giudicato, anche questioni (relative alla *potestas iudicandi* del giudice adito) non espressamente affrontate ma la cui positiva risoluzione sia stata assunta a presupposto logico della sentenza di merito impugnata (127).

### 3.4.9. Segue. La disciplina dei nova.

Se con riferimento alla riemersione delle questioni già sottoposte al tribunale sembra dunque possibile una ricostruzione della disciplina non dissimile da quella dell'appello, indici (letterali e sistematici) contrari ostacolano la medesima conclusione con riguardo ai *nova* ed a divieti sanciti per l'appello dall'art. 345 c.p.c. (128).

Va tuttavia subito rilevato che dovrebbe comunque ritenersi esclusa la possibilità di nuove domande *sub specie* di istanza di fallimento per soggetti diversi da quelli indicati nell'istanza di fallimento sottoposta al tribunale: come nel caso dell'estensione del fallimento sociale ad altri soci illimitatamente responsabili individuati in seguito, o in quello della trasformazione del fallimento individuale in fallimento sociale. In queste ed analoghe ipotesi, la domanda non potrà che essere proposta in un nuovo giudizio, dinanzi al tribunale quale unico ufficio competente a ricevere il ricorso di fallimento (art. 9 l. fall.) e ad emettere la relativa pronuncia (arg. *ex artt.* 22, co. 4, e 147, commi 4 e 5, l. fall.).

Quanto invece alle eccezioni (*amplius*: questioni) e prove (precostituite e costituite) occorre richiamare:

a) la legittimazione al reclamo e all'intervento di « qualunque interes-

cassazione, considerato che il suo accertamento non implica ulteriori accertamenti di fatto ». Ed invece, per Cass., 5 aprile 2005, n. 16524, in *Fallimento*, 2006, 969, « l'allegazione dell'avvenuto recesso dalla società del socio opponente e della conseguente preclusione alla dichiarazione del suo fallimento per il decorso del termine annuale dal predetto evento, ..., non si traduce in una mera sollecitazione al necessario rilievo d'ufficio dell'inesistenza di una condizione dell'azione per la dichiarazione di fallimento, ma implica la deduzione di un fatto ostativo la cui tempestiva allegazione e la cui prova incombono al socio che voglia far valere l'ultrannualità dello scioglimento, rispetto a sé, del rapporto societario ».

(127) Cass., S. U., 9 ottobre 2008, n. 24883, (anche) in *Foro it.*, 2009, I, 806, con nota di POLI, *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*

(128) Cfr., *ex multis*, App. Torino, 28 maggio 2008, in *Fallimento*, 2008, 975; App. Torino, 13 novembre 2008, *ivi*, 2009, 487; App. L'Aquila, 21 settembre 2011, *ivi*, 2011, 1368; App. Torino, 15 novembre 2011, *ivi*, 2012, 235; App. Roma, 30 maggio 2011, *ivi*, 2011, 1006, con riferimento ai documenti e con la precisazione che gli stessi vanno prodotti contestualmente alla costituzione, potendosi produrre in seguito solo documenti di formazione successiva o comunque non conoscibili dalla parte.

sato » (art. 18, commi 1 e 9 l. fall.), con la connessa esigenza di non comprimere il diritto di difesa (artt. 24, co. 2 e 111, co. 2 Cost.) di tutti coloro che, pur soggetti agli effetti della sentenza di fallimento, non siano stati messi in condizione di partecipare all'istruttoria prefallimentare;

b) la formula, ricorrente o richiamata nei co. 2, 8 e 9 dell'art. 18 l. fall., che consente tanto al reclamante, quanto alle parti resistenti e agli interessati intervenuti, « l'indicazione dei mezzi di prova [di cui il ricorrente intende avvalersi] e dei documenti prodotti ». Formula che non pone limiti alle novità e che, se le escludesse, non riuscirebbe comunque applicabile a coloro che per la prima volta intervengano in sede di reclamo;

c) la previsione del co. 10 dell'art. 18 l. fall., secondo cui « il collegio [...] assume, anche d'ufficio [...] tutti i mezzi di prova che ritiene necessari », significativa non solo per il diverso aggettivo (« necessari ») adottato, rispetto a quello (« indispensabili ») utilizzato negli artt. 345 (nel testo anteriore alla riforma del 2012) e 437 c.p.c., bensì pure per l'enfatica precisazione che sono suscettibili di assunzione di ufficio, alle medesime condizioni, « tutti » i mezzi di prova, senza distinzione fra « vecchi » e « nuovi ».

Nella giurisprudenza della S.C. si è dunque correttamente affermato il principio (129) che (anche) il fallito che abbia scelto di non difendersi innanzi al tribunale, ben può, nel proporre reclamo, sollevare questioni nuove ed avvalersi di prove non introdotte nel corso dell'istruttoria prefallimentare.

Ferma, allora, l'inapplicabilità dei co. 2 e 3 dell'art. 345 c.p.c., occorre però anche tenere in debito conto taluni limiti, che pure sussistono, all'ampliamento delle questioni rilevanti in sede di reclamo.

Un primo limite è legato all'impossibilità di superare preclusioni, eventualmente maturatesi dinanzi al tribunale per effetto di specifiche disposizioni di legge.

Così, ad esempio, sulla premessa che « la disposizione di cui all'art. 38 c.p.c. [...], laddove ha introdotto una generale barriera temporale preclusiva ai fini della possibilità di rilevare tutti i tipi di incompetenza, fissandola nella prima udienza di trattazione, deve ritenersi applicabile non soltanto ai processi di cognizione ordinaria, ma anche ai processi di tipo camerale », la Cassazione (130) ha concluso nel senso che pure il mancato tempestivo rilievo della violazione del criterio fissato dall'art. 9 l. fall. rende incontestabile la competenza del tribunale adito e così non superabile in sede di reclamo la decadenza dalla eccezione di incompetenza per territorio inderogabile.

(129) Sancito da Cass., 5 novembre 2010, n. 22546, cit., poi ripetutamente richiamata, ad esempio, da Cass., n. 5257/2012, cit., n. 8227/2012, cit., n. 9174/2012, cit.

(130) Cass. n. 5257/2012, cit.

Un secondo limite finisce invece per precludere la deduzione di novità che sarebbero invece sempre ammissibili in un ordinario giudizio di appello, in quanto relative a sopravvenienze.

Pare infatti in linea di principio condivisibile il rilievo (tradizionalmente formulato per la previgente opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento) che la revoca, cui il reclamo tende, « presuppone l'acquisizione della prova che non sussistevano i presupposti per l'apertura della procedura alla stregua della situazione di fatto esistente al momento in cui essa venne aperta ». Sicché hanno rilievo esclusivamente i fatti esistenti al momento della stessa e non i fatti sopravvenuti (131).

Con inversione rispetto alla disciplina dell'appello, sono dunque deducibili fatti preesistenti (come il pagamento o la prescrizione di crediti posti a fondamento della dichiarazione di insolvenza), anche colpevolmente trascurati; mentre possono risultare preclusi fatti che la parte mai avrebbe potuto dedurre in precedenza perché successivi alla sentenza di fallimento.

### 3.4.10. *Segue. Il riparto degli oneri probatori ed i poteri officiosi della Corte d'appello.*

Il tema del riparto degli oneri probatori è oggetto di acceso dibattito già in riferimento all'appello, per le contrastanti valutazioni date dalla dottrina all'orientamento, di recente ribadito dalla S.C., per il quale l'onere probatorio dell'appellante non andrebbe individuato con esclusivo e retrospettivo riferimento alla posizione da lui assunta nel giudizio di primo grado, essendo costui tenuto a fornire la dimostrazione della fondatezza

(131) Tra i quali rientra l'estinzione delle passività nel corso della procedura, motivo piuttosto di chiusura, non già di revoca del fallimento: cfr. Cass., 11 febbraio 2011, n. 3479, in *Fallimento*, 2011, 1003, e Cass., 26 novembre 2002, n. 16658, *ivi*, 2003, 754. Al riguardo occorre tuttavia chiarire che non costituiscono fatti sopravvenuti gli esiti della verifica del passivo (in quanto « lo stato passivo [...] è (normalmente) formato da crediti che risalgono ad un momento anteriore alla dichiarazione di fallimento »: Cass., 18 giugno 2004, n. 11393, in *Gius.*, 2004, 3867), che dunque sono producibili nel giudizio di reclamo, al fine di verificare la sussistenza dello stato di insolvenza alla data della pronuncia di fallimento (Cass., 4 maggio 2011, n. 9760, in *Fallimento*, 2012, 2, 231; Cass., 6 settembre 2006, n. 19141, in *Fallimento*, 2007, 1, 100), anche se « non fanno stato [...] e non precludono in modo assoluto l'attività di chi nega lo stato di insolvenza, a meno che su qualche credito definitivamente ammesso al passivo fallimentare non sia intervenuta sentenza passata in cosa giudicata » (Cass. 26 novembre 2004, n. 22343), come pure non impediscono di prendere in considerazione debiti non risultanti dallo stato passivo ma « emergenti dai bilanci e dalle scritture contabili o in altro modo riscontrati, anche se oggetto di contestazione, quando (e nella misura in cui) il giudice dell'opposizione ne riconosca incidentalmente la ragionevole certezza ed entità » (Cass. 27 febbraio 2008, n. 5215, in *Fallimento*, 2008, 6, 715).

delle censure mosse alle singole soluzioni offerte dalla sentenza impugnata (132).

La soluzione desta seri dubbi perché contrasta con la natura dell'appello, che nonostante tutte le sue evoluzioni continua ad essere espressione dello schema teorico del gravame, non dell'impugnazione in senso stretto.

Oggetto ne è (continua ad esserne) il medesimo del grado precedente, devoluto al giudice superiore attraverso i motivi specifici di impugnazione.

Che dunque nell'appello (a differenza che nel ricorso per cassazione) non costituiscono l'oggetto del giudizio ma esclusivamente il mezzo col quale si individua la parte dell'oggetto del giudizio di primo grado devoluta al giudice superiore (sulla quale questi dovrà cioè pronunciarsi di nuovo), nonché le questioni (di fatto e di diritto) tramite il cui riesame egli potrà e dovrà conoscere *ex novo* dell'originaria domanda.

Occorre insomma evitare un pericoloso fraintendimento, che può essere indotto dalla qualificazione (accolta e valorizzata pure dalle sentenze espressione dell'orientamento ora richiamato) del giudizio di appello quale *revisio prioris instantiae*.

La limitazione della cognizione del giudice di appello, il cui sguardo viene rinchiuso dalla griglia delle censure mosse alla sentenza impugnata, non significa infatti che questa sentenza vada identificata come oggetto del giudizio di secondo grado; viceversa, il giudice di appello dovrà conoscere *ex novo*, ed indipendentemente dalla fondatezza delle censure mosse, delle questioni individuate tramite i motivi specifici, che esaminerà in modo identico al giudice di primo grado e dando la consueta applicazione alla regola fondata sull'onere della prova *ex art. 2697 c.c.*, che rimane intatta.

Allo stesso modo, ed anzi a maggior ragione, non sono ravvisabili spazi per alterare il riparto degli oneri probatori nel reclamo disciplinato dall'art. 18 l. fall.

Sicché, e sempre che si sia evitata la formazione del giudicato parziale, sulle questioni rilevanti per la conferma ovvero per la revoca della sentenza di fallimento la Corte d'appello deciderà non diversamente dal tribunale.

Così, ad esempio, il reclamo andrà accolto laddove, contestata ritualmente dal reclamante la sussistenza dello stato di insolvenza, lo stesso non risulti compiutamente dimostrato (mentre seguendo l'orientamento qui avvertato, dovrebbe essere il reclamante a dimostrare l'insussistenza dello stato di insolvenza e a subire perciò, nei casi dubbi, le conseguenze sfavorevoli dell'applicazione della regola di giudizio dell'art. 2697 c.c.).

(132) Cass., S.U., 8 febbraio 2013, n. 3033, in *Foro it.* 2013, I, c. 819; in precedenza Cass. civ., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1433, con nota contraria di BALENA-ORIANI-PROTO PISANI-RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, e in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1368, con nota adesiva di POLI, *L'oggetto del giudizio di appello*.

Per quanto precede, gli ampi poteri istruttori d'ufficio, che l'art. 18, co. 10, l. fall. riconosce alla Corte di appello (così che risulta capovolto il principio di disponibilità della prova sancito dall'art. 115 c.p.c.), potranno, per un verso, essere esercitati solo nei limiti delle questioni sottratte al giudicato (o rimaste assorbite o introdotte per la prima volta in sede di reclamo); e, per altro verso, in questi limiti saranno diretti a verificare la sussistenza, o meno, dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, non già la fondatezza dei motivi di reclamo.

Al contempo, e per il necessario rispetto del divieto di scienza privata, come nel rito del lavoro questi poteri officiosi potranno avere ad oggetto solo circostanze di fatto comunque agli atti ed essere dirette ad acquisire possibili fonti di prova della cui esistenza si sia avuta notizia nel processo (133).

Mentre, diversamente da quanto accade nel processo del lavoro (cfr. l'art. 421), la disposizione non prevede alcuna deroga ai limiti di ammissibilità previsti dal codice civile.

Altra differenza si apprezza nel confronto con l'art. 15, co. 6, l. fall. che ammette la delega al relatore per l'ammissione ed espletamento dei mezzi istruttori, mentre in sede di reclamo (come oggi in appello: cfr. gli artt. 350 e 702-*quater* c.p.c.) la possibilità di delega appare circoscritta alla sola assunzione dei mezzi di prova che il collegio abbia ritenuto necessari.

#### 3.4.11. La decisione nel merito e la rimessione al primo giudice.

L'alternativa, dischiusa dai commi 12 e 13 dell'art. 18 l. fall., tra revoca del fallimento e rigetto del reclamo (da pronunciare con sentenza: art. 18, co. 11), in dipendenza, rispettivamente, della esclusione o della conferma dei presupposti della dichiarazione di insolvenza, non esaurisce il ventaglio delle verifiche che possono essere richieste alla Corte d'appello e dei conseguenti esiti.

Occorre infatti interrogarsi sui riflessi, in sede di reclamo, della denuncia (e quando possibile del rilievo *officio*) di vizi formali relativi all'istruttoria prefallimentare o alla stessa sentenza dichiarativa del fallimento.

Dall'applicazione della disciplina dell'appello, e segnatamente dell'art. 354 c.p.c., dovrebbe scaturire il seguente quadro complessivo:

a) solo in presenza di vizi non sanabili nell'ambito del processo intro-

(133) Per la sussistenza di analoghe limitazioni ai poteri officiosi del giudice della vecchia opposizione alla sentenza di fallimento, cfr. Cass., 20 agosto 2004, n. 16356, in *Fallimento*, 2005, 743, con nota di DI CORRADO, *Carattere officioso del giudizio di opposizione alla sentenza di fallimento*. Per un cenno riferito all'attuale reclamo v. invece Cass., 23 luglio 2010, n. 17281, in *Fallimento*, 2011, 447, con nota di VELLA, *Oneri probatori e poteri officiosi nel nuovo procedimento di dichiarazione di fallimento*.

dotto con il ricorso di fallimento, come il difetto di giurisdizione del giudice italiano o la mancanza della qualità di creditore in capo all'unico istante (134), il reclamo deve chiudersi con la revoca pura e semplice della sentenza di fallimento. In questi ed in altri simili casi, in sostanza, la Corte d'appello pronuncia la chiusura in rito che avrebbe dovuto essere adottata dal tribunale;

b) viceversa il riscontro dei vizi, particolarmente gravi ma pur sempre sanabili, tassativamente individuati dal legislatore al c. 1 dell'art. 354 c.p.c., determina l'annullamento della sentenza di fallimento con rimessione degli atti al tribunale *a quo* per la pronuncia di una nuova decisione sul ricorso originario.

In giurisprudenza si riscontrano già decisioni così orientate (135), ad esempio con specifico riferimento alle ipotesi di nullità della notifica del ricorso di fallimento e del decreto di convocazione (136) ovvero di mancata integrazione del contraddittorio (137);

c) in via residuale, in presenza di un qualunque vizio non riconducibile ad una delle precedenti categorie, la Corte d'appello è in condizione, previa rinnovazione degli atti nulli, di decidere nel merito confermando o revocando la sentenza dichiarativa del fallimento a seconda che ne ricorrano o manchino i presupposti sostanziali.

Tanto in applicazione dell'art. 354, ult. co., c.p.c., che esprime la regola della funzione sostitutiva del rimedio sullo stesso oggetto e che perciò dovrebbe riconoscersi *a fortiori* applicabile anche da parte di chi non ritenesse corretto il richiamo alla disciplina dell'appello per colmare i vuoti di quella dettata dall'art. 18 l. fall.

La giurisprudenza di merito, proprio richiamando un radicato orien-

(134) Circostanza che in virtù del carattere officioso del procedimento la giurisprudenza riteneva invece del tutto irrilevante nel regime anteriore alla riforma del 2006: Cass., 12 gennaio 1999, n. 225, in *Fallimento*, 1999, 561; Cass., 1° luglio 2004, n. 12029, *ivi*, 1999, 561; Cass., 30 agosto 2007, n. 18318, *ivi*, 2008, 93.

(135) Favorevoli al complessivo richiamo delle ipotesi di rimessione contemplate nell'art. 354 c.p.c. sono, tra le altre, App. Brescia, 9 luglio 2010, in *www.ilcaso.it*; App. L'Aquila, 29 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 686, con nota favorevole di CANAZZA, *Apparato probatorio ed oggetto dell'indagine fallimentare*; App. L'Aquila, 14 marzo 2012, in *Fallimento*, 2012, 1231, con nota adesiva di BARONCINI, *Deducibilità della violazione dei termini a comparire come motivo di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento*; App. Napoli, 15 novembre 2012, in *Fallimento*, 2013, 593, con nota sul punto perplessa di GENOVIVA, *Reclamo ex art. 18 l. fall., interesse ad agire e deliberazione della domanda di concordato preventivo*.

(136) App. Palermo, 19 giugno 2007, in *Fallimento*, 2008, 319, con nota sul punto adesiva di DE SANTIS, *Istruttoria prefallimentare e diritto di difesa*.

(137) App. Napoli, 21 novembre 2008, in *Dir. giur.*, 2009, 455, in una vicenda nella quale il creditore istante per il fallimento sociale non aveva preso parte al procedimento per l'estensione del fallimento al socio illimitatamente responsabile successivamente individuato.

tamento espresso dalla S.C. con riferimento all'appello (138), ha perciò giudicato inammissibili, per difetto di interesse e per non rispondenza al modello legale di impugnazione, reclami proposti avverso la sentenza di fallimento senza censurarne l'ingiustizia e limitandosi a denunciare vizi processuali diversi da quelli che impongono la rimessione al primo giudice, quali il difetto di motivazione (139), la nullità della c.t.u. per omessa comunicazione dell'inizio delle operazioni (140), l'inosservanza del termine a comparire di cui all'art. 15, co. 3, l. fall. (141), la mancata sospensione della procedura al fine di deliberare la domanda di concordato preventivo depositata *in extremis* (142).

Per parte sua, la S.C. ha aderito alla soluzione *sub c)*, in un caso, nel quale con il reclamo era stata dedotta l'inosservanza del termine a comparire di cui all'art. 15, co. 3 l. fall.: non trattandosi di una delle tassative ipotesi che impongono la rimessione al primo giudice, la Corte ha cassato la sentenza della Corte di appello che si era limitata « a revocare il fallimento come conseguenza della nullità della *vocatio in jus*, senza decidere la causa di opposizione nel merito dopo avere ammesso l'appellante ad esercitare in appello eventuali attività difensive precluse dalla violazione del predetto termine dilatorio » (143).

Invece contraria alla soluzione *sub b)*, ma senza motivare sul punto e senza apparente considerazione delle implicazioni, parrebbe altra decisione di legittimità (144) relativa ad una vicenda nella quale il decreto, con cui la Corte d'appello aveva accolto il reclamo *ex art. 22 l. fall.*, non era stato comunicato al debitore, che di conseguenza non aveva avuto modo di segnalare al tribunale l'eventuale venir meno dei presupposti per la dichiarazione di insolvenza.

Ritenuta la nullità della sentenza di fallimento, la S.C. ha cassato senza rinvio la sentenza con cui la Corte d'appello aveva respinto il successivo reclamo.

La soluzione appare inaccettabile dato che, anche a voler equiparare la fattispecie a quella (tuttavia più grave e perciò di dubbia omologazione) del vizio di notifica del ricorso introduttivo, la conseguenza sarebbe dovuta essere, al più, la cassazione con rinvio al tribunale (arg. *ex art. 383, co. 3, c.p.c.*).

(138) Cfr. fra le più recenti, Cass., 29 gennaio 2010, n. 2053.

(139) App. Brescia, 9 luglio 2010, cit.

(140) App. L'Aquila, 29 novembre 2011, cit.

(141) App. L'Aquila, 14 marzo 2012, cit.

(142) App. Napoli, 15 novembre 2012, cit.

(143) Cass., 22 gennaio 2010, n. 1098, in *Fallimento*, 2010, con osservazioni di TRISORIO LIUZZI.

(144) Cass., 23 febbraio 2011, n. 4417, in *Fallimento*, 2011, 799, con nota adesiva di CANAZZA.

Maggior consapevolezza mostra invece altra decisione di poco successiva (145) per la quale alla denuncia della nullità della notifica del ricorso di fallimento deve seguire la revoca della sentenza reclamata, « senza che siano previste o la rinnovazione degli atti nulli o la regressione al primo giudice ».

Regressione da escludere, per la Corte, sulla scorta dei medesimi argomenti individuati dalla giurisprudenza nel contesto della disciplina anteriore alla riforma del 2006, e secondo cui la procedura prefallimentare « non può paragonarsi ad un processo di cognizione ordinaria [...] di modo che la conseguente sentenza positiva costituisce essa stessa il punto d'avvio per il giudizio di cognizione ordinaria in ordine a quei medesimi presupposti » sicché « la nullità di essa, pronunciata dalla corte di appello, travolge tutti gli atti consequenziali, ivi inclusi il giudizio di cognizione di 1° grado, la sentenza relativa ed il giudizio di 2° grado (art. 159 c.p.c.) » (146).

Ma anche questa tesi appare insostenibile, alla luce della novellata e ben più strutturata disciplina dell'istruttoria prefallimentare, da cui scaturisce una sentenza immediatamente impugnabile dinanzi al giudice superiore, e non già semplice snodo verso il primo grado di giudizio a cognizione piena.

Né per escludere la sanabilità dei vizi dell'istruttoria prefallimentare e della sentenza di primo grado, sia pure previa rimessione al tribunale *ex art. 354 c.p.c.*, potrebbe utilmente invocarsi la sostituzione del reclamo all'appello.

Come efficacemente rilevato in giurisprudenza (147) infatti, se si esclude l'applicazione dell'art. 354 c.p.c., l'unica alternativa plausibile è « assegnare al reclamo di cui all'art. 18 l. fall., in coerenza con le intenzioni del legislatore, una funzione sostitutiva della decisione impugnata ancor più ampia di quella degli appelli disciplinati dal codice di procedura civile e dunque anche quella di emendare con una decisione di merito le nullità di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c. ».

Dal che la conclusione che « al reclamo di cui all'art. 18 l. fall. non può essere assegnata una funzione sostitutiva della decisione impugnata minore di quella propria dell'ordinario appello ».

L'osservazione suona assai persuasiva anche perché corroborata dalla contraria previsione dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., che espressamente esclude la rimessione al primo giudice quale esito del reclamo cautelare.

La capacità del processo di sfociare, previa sanatoria degli eventuali

(145) Cass., 13 settembre 2011, n. 18762, in *Fallimento*, 2012, 421, con osservazioni di MARROLLO.

(146) Sono espressioni testualmente tratte dalla motivazione di Cass. 2 agosto 1990, n. 7760, in *Fallimento*, 1991, 149.

(147) App. Napoli, 15 novembre 2012, cit.

vizi, in una pronuncia di merito, risponde del resto ad un principio generale dell'ordinamento processuale, al quale dovrebbe derogarsi solo in ipotesi eccezionali.

E nella legge fallimentare, lungi dal trovare deroga, il principio stesso è invece attuato in maniera addirittura più incisiva.

L'art. 9-*bis* l. fall., mostrando « particolare attenzione all'efficienza dei risultati del processo a garanzia di interessi superindividuali », è arrivato al punto di escludere la revoca della sentenza di fallimento persino se viziata da incompetenza (148).

Sarebbe allora davvero incongruo, e contrario ai principi ispiratori della materia fallimentare che per vizi diversi valga invece la regola della irrimediabile caducazione della sentenza di fallimento.

È vero che la rimessione al tribunale *ex art. 354 c.p.c.*, dovrebbe comportare l'annullamento della sentenza reclamata e quindi la pronuncia di una nuova sentenza di fallimento con effetti *ex nunc* (con le inevitabili negative conseguenze per il ceto creditorio in punto, ad esempio, di decorso dell'anno *ex artt. 10-11 l. fall.*, di efficacia degli atti compiuti *medio tempore* dal debitore, di determinazione del periodo sospetto per le azioni revocatorie, e così via).

La soluzione apparirebbe tuttavia pur sempre preferibile a quella della presentazione di una nuova istanza di fallimento, se non altro perché consentirebbe di tenere ferma la data di deposito dell'originario ricorso per la verifica dei requisiti dimensionali di cui alle lettere a) e b) dell'art. 1, l. fall.

### 3.4.12. *Segue. La sentenza resa in esito al reclamo ed il suo regime.*

La sentenza emessa all'esito del giudizio di reclamo, se di revoca del fallimento, è notificata, a cura della cancelleria, al curatore, al creditore che ha chiesto il fallimento ed al debitore, se non reclamante, ed è soggetta allo stesso regime pubblicitario prescritto dall'art. 17 l. fall. per la sentenza dichiarativa del fallimento.

Al contrario, la sentenza che rigetti il reclamo va notificata, sempre a cura della cancelleria, al solo reclamante, verosimilmente per la sua inidoneità a modificare le situazioni rilevanti *erga omnes* legate alla dichiarazione di fallimento.

Quale che ne sia il segno, di accoglimento o di rigetto, essa è comunque sempre ricorribile in Cassazione nel termine speciale di trenta giorni dalla notificazione (art. 18, co. 14, l. fall.).

(148) Sul tema, v. *supra* nonché, ampiamente, FABIANI, *Giurisdizione e competenza*, in questo Volume, Parte IV, Capitolo II, specie §§ 1 e 10-12.

La scelta in tal senso dell'art. 18 l. fall. appare funzionale a favorire in tempi brevi il passaggio in giudicato della sentenza secondo una logica tipica del giudizio fallimentare.

Quanto al giudizio di legittimità, l'assenza di *lex specialis* induce a ritenere l'integrale applicabilità degli artt. 360 ss. c.p.c., senza che il dimezzamento imposto al termine di impugnazione possa estendersi ad altri termini interni al procedimento (149).

L'opzione si lascia preferire a quella contraria per svariate ragioni.

Anzitutto, una volta impedito il passaggio in giudicato con la proposizione dell'impugnazione, lo scopo perseguito dalla disposizione in termini di *favor* verso la stabilizzazione della decisione è fallito, dovendosi comunque attendere l'esito di un ulteriore grado di giudizio.

*In secundis*, si tratta di termini processuali da un lato non suscettivi, in quanto tali, di manipolazione in via ermeneutica per ragioni di certezza del diritto, sempre e comunque da privilegiare in materia di regole processuali; dall'altro oggetto di valutazioni discrezionali del legislatore, che ha ritenuto di limitare il suo intervento derogatorio della *lex generalis* solo ad uno specifico profilo.

Né la scelta manca di ragionevolezza: se la logica della deroga è quella di favorire il passaggio in giudicato, la compressione si giustifica per i termini relativi ai soli poteri, quali appunto quello di impugnare in via principale, idonei a preservare la litispendenza (150).

#### 3.4.13. *Segue. Gli effetti della revoca del fallimento e la relativa decorrenza.*

Il profilo certamente più delicato del nostro discorso è tuttavia quello degli effetti della revoca del fallimento, e della relativa decorrenza.

Quanto agli effetti, la revoca travolge, con efficacia *ex tunc*, tutti quelli prodotti dalla sentenza di fallimento mentre restano salvi « gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura » (art. 18, penultimo co. l. fall.).

(149) Così anche LONGO, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 66.

(150) E non si dica che anche le impugnazioni incidentali sono idonee, almeno quando non tardive, a perpetuare la litispendenza pur in difetto sopravvenuto di quelle principali. Il rilievo, in sé ineccepibile, mal si presta infatti ad essere utilizzato nel nostro caso, ove è in considerazione il solo profilo dell'apertura del giudizio di impugnazione, non certo le sue successive vicende anche *sub specie* di ampliamento oggettivo. Certo, ben avrebbe potuto il legislatore compiere una scelta diversa, e "tagliare" anche i termini per le impugnazioni incidentali, così come tutti gli altri, allo scopo di accelerare in ogni modo il giudizio di legittimità, ove intrapreso. Così tuttavia non è stato e l'interprete non può misconoscere questo dato di fatto.

Si pone dunque il problema del *distinguo* tra i fenomeni ascrivibili agli effetti della sentenza di fallimento, in quanto tali travolti, ed atti degli organi della procedura che, purché "legalmente compiuti", sono invece fatti salvi.

Al novero degli effetti della sentenza del fallimento va certamente ascritta la decadenza dei relativi organi, con conseguente obbligo, in capo all'ex curatore, di rendere al giudice delegato il conto della propria gestione, ai sensi dell'art. 116, l. fall. e di redigere, insieme al debitore, un inventario di ciò che gli viene restituito e del momento della presa in consegna di singoli beni (151).

Tale decadenza ha poi precise ricadute sulle azioni in corso, quali quelle di inefficacia o le revocatorie degli atti pregiudizievoli instaurate nei confronti di terzi, colpite dall'interruzione per perdita della capacità del curatore stesso (152).

L'interruzione può tuttavia avere come possibile sviluppo la riassunzione da parte dell'impresa ritornata *in bonis*, sempre che il giudizio interrotto non esprimesse interessi riferibili alla massa dei creditori, come, ad esempio, quello recuperatorio di crediti (153).

Più in generale, la chiusura del fallimento ed il conseguente ritorno *in bonis* dell'impresa già dichiarata fallita consentono a quest'ultima la prosecuzione delle sole azioni che potevano essere promosse e che siano state avviate prima dell'apertura del fallimento, restando viceversa improcedibili quelle che presupponevano la pendenza della procedura stessa, la cui riassunzione, da parte di chi vi abbia interesse, è immaginabile al solo scopo

(151) Così da consentirgli la richiesta di provvedimenti cautelari per poter concretamente rientrare nel possesso nella disponibilità del suo patrimonio residuo, oppure per impartire ogni disposizione utile affinché i beni gli siano concretamente restituiti: Trib. Sulmona, 12 maggio 2011, in *Fallimento*, 2011, 7, 880.

(152) V., in tal senso, la pur risalente Cass., 31 luglio 1982, n. 4372, in *Fallimento*, 1983, 87, che bene descrive il fenomeno. « La revoca del fallimento costituisce un evento idoneo a determinare l'interruzione dei processi in cui sia parte il curatore, per il venir meno della capacità processuale del curatore stesso, quando sia comunicato o notificato a norma dell'art. 300 c.p.c. Il giudizio diretto a far dichiarare l'inefficacia della vendita, disposta dal giudice delegato, di un bene acquisito alla massa (nella specie: perché già costituito dal fallito in patrimonio familiare anche a favore del figlio), promosso nei confronti del curatore e dell'acquirente del bene stesso, quali litisconsorti necessari, deve continuare, nel caso di revoca del fallimento (notificata o comunicata), nei confronti dell'acquirente e dei singoli creditori concorrenti, non essendo consentito ipotizzare una *prorogatio* dei poteri del curatore (di una procedura cessata), atteso che quest'ultimo rappresenta interessi riferibili non al fallito, ma alla massa dei creditori. La soluzione è riproposta di recente, ed in riferimento alla cessazione dello stato di liquidazione coatta amministrativa di una impresa assicuratrice, in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale del d.m. di messa in liquidazione » da Cass., 26 luglio 2012, n. 13190.

(153) Cass., 26 luglio 2012, n. 13190, cit.

di ottenere proprio una espressa pronuncia di improcedibilità e sulle spese processuali (154).

Ne consegue, ancora, che le istanze restitutorie dei creditori e dei terzi non potranno essere esaminate dal tribunale fallimentare, ma dovranno essere riassunte nelle altre sedi ordinariamente competenti e nei confronti dell'ex fallito, poiché le somme ed i beni residui sono rientrati nel suo patrimonio (155).

Va poi ricordato il venir meno del divieto di azioni esecutive e cautelari individuali (art. 51, l. fall.) sicché i creditori, successivamente alla revoca, possono aggredire i beni residui del debitore per vedere soddisfatte le loro ragioni (156).

Riprendono all'uopo vigore i pignoramenti ed i sequestri effettuati prima della dichiarazione di fallimento, i cui effetti sostanziali non sono mai venuti meno (157).

Le procedure esecutive e cautelari individuali subiscono infatti, in virtù dell'art. 51 l. fall., solo la deviazione verso la via concorsuale (attraverso il congegno tecnico dell'improcedibilità), non certo la sorte dell'estinzione (secondo la regola valida per tutti i processi in corso: v. *amplius infra*), con la conseguenza che non hanno luogo le cancellazioni dei pignoramenti e sequestri previste invece dall'art. 632 c.p.c.

Riacquistano altresì efficacia gli atti ed i negozi compiuti dal debitore dopo la dichiarazione di fallimento ed inefficaci ai sensi dell'art. 44, l. fall e riprende vigore il corso degli interessi sospeso ex art. 55, co. 1, l. fall., con la conseguenza che andranno computati anche quelli maturati dal momento della dichiarazione di fallimento (158).

(154) Con conseguente inammissibilità, per difetto di interesse, del ricorso per cassazione già interposto dalla curatela avverso la sentenza d'appello (pronunciata, nella specie, in relazione a domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di vendita) con riguardo alla denunciata violazione della regola dello scioglimento del contratto ai sensi dell'art. 72 l. fall., trattandosi di norma eccezionale posta ad esclusiva tutela della massa dei creditori, terzi rispetto al contratto, e della realizzazione della "par condicio creditorum": così Cass., 29 febbraio 2008, n. 5438, in *Fallimento*, 2008, 10, 1168, con nota di PATTI. Nello stesso senso già Cass., 22 agosto 2001, n. 11181, in *Fallimento*, 2002, 8, 823, con nota di TISCINI; Trib. Sulmona, 12 maggio 2011, cit.

(155) Trib. Sulmona, 12 maggio 2011, cit.

(156) Trib. Sulmona, 12 maggio 2011, cit. Secondo Trib. Milano, 25 settembre 2008, in *Fallimento*, 2009, 2, 239, il pagamento dei debiti di massa liquidati a seguito della revoca della sentenza dichiarativa di fallimento è rimessa all'iniziativa dei creditori ed è a carico del fallito *in bonis* o dello Stato in caso di ammissione al gratuito patrocinio e di ricorrenza dei relativi presupposti.

(157) *Amplius* POLI, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in *Diritto delle procedure concorsuali*, cit., 131.

(158) Trib. Sulmona, 12 maggio 2011, cit. In applicazione di tale regola v. Trib. Cosenza, 15 novembre 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, 1301: « A seguito della revoca della

Al novero degli effetti della sentenza di fallimento, e come tali travolte dalla revoca, sono poi ascrivibili le limitazioni imposte dagli artt. 48 e 49 l. fall., le incapacità personali e la punibilità dei reati fallimentari eventualmente configurabili, che dunque vengono meno. Il debitore (ex fallito) ritorna inoltre nella piena disponibilità del suo patrimonio, in linea di principio nella consistenza assunta al momento in cui è stato ingiustamente colpito dalla dichiarazione di fallimento (159).

Ma proprio le modalità del ritorno *in bonis* danno la misura dell'intreccio con il tema degli atti compiuti dagli organi della procedura, poiché le alienazioni effettuate e le obbligazioni assunte in costanza di fallimento comporteranno una restituzione del patrimonio nello stato in cui questo si trovava al momento del passaggio in giudicato della sentenza di revoca (160).

Ciò in quanto restano fermi gli effetti degli atti compiuti dagli organi della procedura e quindi, ad esempio, eventuali vendite coattive (161),

sentenza dichiarativa può essere disposta la restituzione al fallito delle somme depositate dal curatore nel libretto di cui all'art. 34 l. fall., solo dopo il soddisfacimento delle spese della cessata procedura fallimentare e tale principio vale ancorché l'ex fallito abbia ceduto ad un terzo il credito da lui vantato nei confronti dell'ufficio fallimentare ».

(159) Trib. Sulmona, 12 maggio 2011, cit.; Trib. Milano, 25 settembre 2008, in *Fallimento*, 2009, 2, 239. Con la precisazione che: « Nell'ipotesi di improcedibilità del concordato preventivo, seguito dall'apertura della procedura fallimentare, la nullità o la revoca della sentenza di fallimento non implica il rientro del debitore nella piena disponibilità e nel pieno esercizio dei propri diritti, ma la reviviscenza della procedura concordataria allo stato in cui venne pronunciata la sentenza di fallimento, senza necessità di uno specifico provvedimento in tal senso, in virtù del principio di salvezza degli atti legalmente compiuti dagli organi del fallimento a norma dell'articolo 21 del r.d. 16 marzo 1942 n. 267 »: così Trib. Bari, 7 giugno 2004, in *Dir. fall.*, 2004, 801.

(160) Trib. Sulmona, cit.

(161) V., ad esempio, Trib. Sulmona, cit., per il quale ove « il bene oggetto dell'atto revocato sia ancora presente nel patrimonio del debitore questi deve restituirlo al terzo; se, al contrario, il bene sia stato venduto dal curatore, il terzo diviene creditore del prezzo, rimanendo preclusa la possibilità di recuperare il bene dall'acquirente, proprio in ragione della necessità di rispettare l'alienazione fatta dal curatore ai sensi dell'articolo 18, comma 15, l. fall. ». Descrive bene i complessi rapporti tra l'accoglimento della revocatoria e le conseguenze di una successiva revoca del fallimento la (pur non recente) Cass., 11 novembre 1978, n. 5176, per la quale « La posizione del terzo acquirente di un bene a titolo oneroso, che subisca la revocatoria fallimentare, rimane compressa solo nei rapporti con i creditori del venditore fallito, e non anche con quest'ultimo, nei cui confronti il negozio revocato è pienamente valido ed efficace. Pertanto, se il fallimento si chiude, o viene revocato, senza che si sia proceduto alla liquidazione di detto bene, il medesimo deve essere restituito non già al fallito, tornato *in bonis*, ma a colui che lo aveva acquistato. Analogamente, qualora quella revocatoria fallimentare si sia conclusa con una transazione, in esecuzione della quale il convenuto abbia versato una determinata somma alla curatela, la revoca della dichiarazione di fallimento rende privo di causa tale versamento, il quale si tradurrebbe in una alterazione del rapporto fra prestazioni, come disciplinato dalle parti nel negozio

ripartizioni dell'attivo già effettuate e più in generale tutti gli atti di gestione del patrimonio.

Il *distinguo* non è tuttavia sempre così netto.

Una zona grigia è quella dei contratti che si sciolgono a seguito della dichiarazione di fallimento, e che dovrebbero considerarsi soggetti a reviviscenza ove la sentenza di fallimento sia revocata, in quanto venuti meno proprio per effetto di essa e non per scelta, tradottasi in "atti", degli organi fallimentari (162). Non così pare invece orientata alcuna (risalente) giurisprudenza di merito (163).

In dottrina si sostiene tuttavia, molto più perspicuamente, che la mancata reviviscenza del contratto debba predicarsi nei soli casi di prestazione divenuta impossibile o di carenza sopravvenuta di interesse dell'altra parte, in caso contrario dovendosi ammettere la ripresa di vigore (164).

Va infine rilevato che la revoca del fallimento lascia in vita gli effetti prodotti dalle domande di ammissione al passivo sul decorso del termine di prescrizione dei relativi crediti.

E poiché la revoca non comporta l'estinzione della procedura fallimentare, è applicabile il secondo comma dell'art. 2945 c.c., con la sospensione del corso della prescrizione, e non il co. 3, che fa salvo, nel caso di estinzione del processo, il solo effetto interruttivo prodotto dalla domanda giudiziale (165).

Un ultimo profilo riguarda infine il perimetro della "legalità" degli atti compiuti dagli organi della procedura, che sola ne consente la sopravvivenza alla revoca del fallimento.

impugnato con la revocatoria, con la conseguenza che il relativo importo deve essere restituito al *solvens* ».

(162) Così anche Trib. Sulmona, cit.

(163) V., ad esempio, Trib. Pavia, 3 maggio 1988, in *Fallimento*, 1989, 315, con nota di CARAMAZZA, per il quale « La revoca del fallimento non determina la reviviscenza dei rapporti negoziali sciolti; pertanto il saldo debitore di conto corrente, a seguito dello scioglimento del rapporto in conseguenza del fallimento, si considera credito certo, liquido ed esigibile nell'entità accertata all'epoca di tale scioglimento, con diritto della banca alla corresponsione dei soli interessi legali a far tempo da tale momento ». V. altresì Trib. Catania, 31 maggio 1986, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, 482, per il quale: « La revoca della sentenza dichiarativa di fallimento non consente la « reviviscenza » dei contratti che, come il conto corrente bancario, si sono sciolti ai sensi dell'art. 78 l. fall. per il fallimento di una delle parti; tuttavia essa determina il venir meno delle condizioni che hanno causato la sospensione del corso degli interessi, sicché questi ultimi sono dovuti anche per il periodo in cui la sentenza di fallimento è stata in vigore. In mancanza di prova circa l'esistenza di una convenzione scritta regolante la determinazione della misura degli interessi, questi devono essere applicati tra le parti nella misura del saggio legale.

(164) *Amplius*, per riferimenti, GHIGNONE, *Revoca della sentenza dichiarativa di fallimento ed effetti sostanziali e processuali*, in *Fallimento*, 2011, 1440 ss.; LONGO, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 71; MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 119.

(165) Cass., 6 settembre 2006, n. 19125, in *Fallimento*, 2007, 4, 463.

Occorre in particolare chiedersi se la legalità vada riferita al solo rispetto della disciplina del fallimento o anche a quella più generale che governa i negozi, e se, sotto il primo profilo, possano considerarsi legalmente compiuti atti viziati ma non tempestivamente impugnati ai sensi della disciplina fallimentare.

In quest'ultimo senso si è espressa una recente giurisprudenza di merito (166).

Quanto alla decorrenza degli effetti della revoca, il silenzio dell'art. 18 l. fall. non appare significativo a fronte della circostanza che avverso la sentenza, che impone di notificare anche al curatore, consente il ricorso in cassazione (salva la verifica in concreto del suo interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c.) anche a quest'ultimo, che non può perciò ritenersi decaduto già dopo la semplice pubblicazione della sentenza (167).

Vi è inoltre un preciso dato testuale a favore dell'aggancio al passaggio in giudicato della sentenza di revoca: l'art. 119, ult. co., l. fall. impone infatti, al pari che nelle ipotesi di chiusura del fallimento, che solo da questo momento possa essere adottato il decreto recante "le disposizioni esecutive volte ad attuare gli effetti della decisione".

La soluzione trova conferma (168) nella più recente giurisprudenza

(166) Trib. Sulmona, cit., per il quale, appunto, « Quando le parti costituite non eccepiscono il difetto di legalità degli atti compiuti dagli organi della procedura, questi ultimi vanno ritenuti validi e legittimamente posti in essere in assenza di specifica contestazione a norma e per gli effetti dell'art. 115 c.p.c. » Per la dottrina v. MAZZOCCA, *op. loco ult. cit.*; FABIANI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 389.

(167) Cass., 25 febbraio 2011, n. 4707, per la quale: « In tema di revoca della dichiarazione di fallimento, la legittimazione alla relativa impugnazione compete anche al curatore fallimentare, nonostante l'intervenuta chiusura del fallimento e la cessazione del ricorrente dalla carica, atteso che il fallimento viene meno, con decadenza dei suoi organi, solo con il passaggio in giudicato della sentenza di revoca e tuttavia, come per ogni altra azione, occorre altresì verificare in concreto l'esistenza dell'interesse ad agire e a contraddire *ex* art. 100 c.p.c. Nel caso di specie, riguardante la chiusura del fallimento per integrale pagamento dei crediti e restituzione al fallito ritornato *in bonis* del residuo attivo, la Corte ha ritenuto insussistente l'interesse *ex* art. 100 c.p.c. e dichiarato perciò inammissibile il ricorso in cassazione proposto dal curatore, avverso la sentenza di revoca, essendo priva di giustificazione un'eventuale conferma della sentenza di fallimento in assenza di creditori insoddisfatti »; v. anche, nello stesso senso, Cass., 26 febbraio 2009, n. 4632, in *Foro it.*, 2009, 5, 1, c. 1404.

(168) Oltre che in recenti pronunce di merito: v., ad esempio, App. L'Aquila, 16 marzo 2011, in *Fallimento*, 2011, 7, 881, con nota di MARELLI, per la quale « La sentenza di revoca della dichiarazione di fallimento acquista efficacia esecutiva solo al momento del passaggio in giudicato; conseguentemente, in pendenza del termine per il ricorso in Cassazione avverso tale decisione, il fallimento è da considerare ancora aperto ». Anche la giurisprudenza di legittimità affermava comunque questo principio già in costanza del giudizio di opposizione: v., ad esempio, Cass., 4 novembre 2003, n. 16505, per la quale « Gli effetti della sentenza di fallimento, la cui esecutività in via provvisoria (art. 16, secondo comma, r.d. n. 267 del 1942) non è suscettibile di sospensione (art. 18, quarto comma, r.d.

delle Sezioni Unite della cassazione (169), che ne ha precisato la *ratio* sulla scorta di alcuni precedenti.

La Corte si è in particolare soffermata sull'esigenza di certezza espressa nel generale principio di conservazione degli effetti degli atti legalmente compiuti nelle procedure concorsuali (170).

Esigenza sottesa alla regola che, per i rapporti processuali dei soggetti sottoposti a procedure concorsuali, l'apertura delle stesse e la nomina dei loro organi con provvedimento *ad hoc* ed immissione nel possesso e nella gestione del patrimonio del fallito, è un "fatto giuridico" di per sé idoneo a radicarne la legittimazione processuale attiva e passiva quanto ai rapporti giuridici che ne formano oggetto.

Ciò a prescindere dalla validità intrinseca del provvedimento e finché questo non venga rimosso, annullato, dichiarato nullo o giuridicamente inesistente con pronuncia giurisdizionale passata in giudicato, che renda non più perseguibile la procedura con efficacia *ex nunc* (171).

#### 3.4.14. *Segue. Le spese della procedura ed il compenso al curatore.*

Le spese della procedura ed il compenso al curatore sono liquidati dal tribunale, su relazione del giudice delegato, con decreto reclamabile ai sensi dell'art. 26: così l'ultimo comma dell'art. 18 l. fall.

Lo scenario è quello dell'accoglimento del reclamo con conseguente revoca della sentenza di fallimento, poiché solo in tal caso nasce il problema di stabilire a carico di chi vadano le voci di spesa che altrimenti sarebbero sopportate dall'attivo fallimentare ai sensi dell'art. 111 l. fall.

n. 267 del 1942), tenuto conto della finalità di questa disciplina, diretta a privilegiare gli interessi generali dei creditori rispetto all'interesse del debitore, assicurando che lo *status* di fallito e le esigenze di conservazione del patrimonio non siano soggetti a mutamenti nel corso del giudizio di opposizione, in deroga agli artt. 282 e 337 c.p.c., sono rimossi soltanto dal passaggio in giudicato della sentenza che, accogliendo l'opposizione revoca il fallimento. (Nella specie, in applicazione del succitato principio di diritto, la S.C. ha affermato che soltanto a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di revoca del fallimento l'imprenditore riacquista la capacità di stare in giudizio e può intervenire, *ex art. 302 c.p.c.*, nel giudizio promosso dal curatore fallimentare)». Nello stesso senso Cass. 9 luglio 2003, n. 10792, in *Foro It.*, 2004, 1, 2844, con nota di FABIANI.

(169) Cass., S.U., 1 febbraio 2012, n. 1418. Successivamente Cass., 27 maggio 2013, n. 13100, riepiloga bene lo stato della giurisprudenza confermando la decorrenza degli effetti dal passaggio in giudicato della sentenza di revoca.

(170) Ricavabile tanto dall'art. 21, co. 1, della l. fall., nel testo originario (riprodotto nel vigente art. 18, co. 15, nel testo sostituito dal d.lg. n. 169 del 2007, art. 2, co. 7), quanto dall'art. 10, co. 2, e dall'art. 33 del d.lg. n. 270 del 1999 (per l'amministrazione straordinaria) e dall'art. 4 del d.l. n. 347 del 2003 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 39 del 2004, ed estensibile, nei limiti di compatibilità, alla liquidazione coatta amministrativa.

(171) Così già Cass., S.U., 24 dicembre 2009, n. 27346, in *Fallimento*, 2010, 7, 869, e in *Giur. it.*, 2010, 5, 1081, con nota di SPIOTTA.

L'attuale disciplina si deve all'intervento correttivo operato dalla Consulta sull'originaria *sedes materiae*, l'art. 21 l. fall., co. 3 (poi abrogato dal d.lg. n. 5/2006), nella parte in cui, nel caso di sentenza di revoca della dichiarazione di fallimento, poneva le spese della procedura e il compenso al curatore a carico di chi l'avesse subita senza che ne ricorressero i presupposti, anche se non vi aveva in alcun modo dato causa col suo comportamento.

La disposizione è stata dichiarata illegittima, per contrasto con l'art. 3 Cost., proprio in ragione della deroga che ingiustificatamente apportava al principio che l'obbligo di rifusione delle spese va collegato alla soccombenza e alla correlativa responsabilità per aver reso necessario, col proprio comportamento, l'intervento dell'organo giurisdizionale (172).

Oggi pertanto l'art. 147 d.P.R. n. 115/2002, nuova *sedes* della materia delle spese processuali, prescrive che « In caso di revoca della dichiarazione di fallimento, le spese della procedura fallimentare e il compenso al curatore sono a carico del creditore istante, se condannato ai danni per aver chiesto la dichiarazione di fallimento con colpa; sono a carico del fallito persona fisica, se con il suo comportamento ha dato causa alla dichiarazione di fallimento ».

È comune in giurisprudenza l'asserto che la disposizione costituisca una applicazione dell'art. 96 c.p.c. Trattandosi dunque di responsabilità processuale, non è possibile la scissione tra l'accertamento della responsabilità aggravata del creditore istante e la prova del danno che ne è conseguito, in quanto la relativa congiunta cognizione è affidata inderogabilmente al giudice (*olim* dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, oggi) del reclamo (173).

Dal che si altresì fa derivare l'inammissibilità della domanda di condanna generica al risarcimento del danno da liquidarsi in separato giudizio (174).

(172) Corte cost., 6 marzo 1975, n. 46.

(173) Trib. Sulmona, 12 maggio 2011, cit.

(174) Cass., 22 luglio 2009, n. 17155, in *Fallimento*, 2010, 3, 374. V. anche Cass. 28 aprile 2010, n. 10230, in *Fallimento*, 2010, 11, 1331, per la quale « L'opposizione alla dichiarazione di fallimento e l'azione di responsabilità aggravata, introdotta ai sensi dell'art. 96 c.p.c., con riguardo all'iniziativa assunta con l'istanza di fallimento, sono legate da un nesso d'interdipendenza da cui consegue la competenza funzionale, esclusiva ed inderogabile del giudice della predetta opposizione su entrambe e l'improponibilità in separato giudizio dell'azione risarcitoria ». In applicazione di questo principio la Corte ha confermato la pronuncia di secondo grado che aveva dichiarato inammissibile, in ordine ad entrambe le domande, l'impugnazione proposta oltre i termini, più ristretti, previsti per l'opposizione alla dichiarazione di fallimento. Ove, in caso di revoca del fallimento, si intenda far valere la responsabilità del curatore collegata all'impulso processuale dallo stesso dato alla procedura, Cass., 15 giugno 1999, n. 5934, in *Danno resp.*, 1999, 12, 1258, e in *Fallimento*, 2000, 639, precisa che la fattispecie non si rende riconducibile né all'ambito

La giurisprudenza non ritiene tuttavia necessaria, per l'imputazione delle spese e del compenso del curatore, una specifica condanna ai danni del creditore, ma solo l'accertamento del relativo titolo di responsabilità (175).

In assenza di responsabilità sia del creditore sia del debitore (o in caso di società), le spese della procedura ed il compenso del curatore sono posti (176) a carico dell'erario (177).

Così come, per le spese già sostenute, quale ad esempio quella relativa agli anticipi già percepiti dal curatore, dovrebbe poi essere l'ex fallito ad agire per il recupero direttamente nei confronti dell'erario.

della disciplina di cui all'art. 21 l. fall., posto che la norma in questione contiene un insuperabile riferimento esclusivo alla figura del « creditore istante », né — quand'anche in via residuale — all'ambito di quella di cui all'art. 96 c.p.c., posto che, in quest'ultimo caso si rende impeditivo il riferimento della responsabilità processuale esclusivamente alla "parte" in senso proprio del processo. Da ciò consegue che l'unica forma di responsabilità invocabile si renda quella di cui all'art. 2043 c.c., sotto il profilo della violazione del precetto del *neminem laedere*; responsabilità che, pur innestandosi nel processo, resta di carattere aquiliano e va quindi apprezzata alla stregua dei criteri previsti per un tal tipo di responsabilità. Tuttavia Cass., 26 agosto 2002, n. 12541, in *Fallimento*, 2003, 8, 824, con nota di GUARNIERI, precisa che l'azione risarcitoria proposta dal fallito nei confronti del curatore, del quale egli deduca una responsabilità per aver prospettato al tribunale circostanze non veritiere, deve farsi valere contestualmente all'atto di opposizione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento al fine di ottenerne la revoca, poiché essa postula proprio circostanze che, ove accertate, sono idonee a ottenere la revoca stessa. Ciò a prescindere dalla circostanza che l'eventuale responsabilità del curatore sia, nella specie, più correttamente riconducibile alla violazione del principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 che non alla norma ex art. 96 c.p.c.

(175) Cass., 21 febbraio 2007, n. 409, in *Fallimento*, 2007, 6, 718.

(176) Ciò anche alla luce dell'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost., dell'art. 146, co. 3, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nella parte in cui non prevede che sono spese anticipate dall'erario « le spese ed onorari » al curatore della procedura fallimentare, pronunciata da Corte cost. 28 aprile 2006, n. 174. V., per questo argomento, anche LONGO, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 73.

(177) Trib. Sulmona, 12 maggio 2011, cit. Cass., 6 novembre 1999, n. 12349, in *Foro it.*, 2000, I, 1912; Trib. Monza, 19 settembre 2001, in *Fallimento*, 2002, 10, 1090, con nota di BARONI. In applicazione di tale principio Cass., 17 aprile 2008, n. 10099, in *Fallimento*, 2008, 10, 1223, ha statuito che l'avvocato che abbia svolto prestazioni professionali in favore della procedura non può richiedere la liquidazione degli onorari agli organi preposti al fallimento, ma deve proporre un'azione ordinaria o avvalersi di rimedi procedimentali speciali previsti dall'ordinamento, per richiedere il pagamento delle proprie spettanze all'Amministrazione dello Stato, tenuta al rimborso. Cass., 26 ottobre 2012, n. 18541, ha poi statuito che è onere del curatore, il quale agisca per il pagamento del compenso, individuare, sin dall'atto introduttivo, il soggetto che reputi gravato del pagamento, mentre è compito del tribunale verificare, illustrandolo, quale sia stato il contributo causale di quel soggetto sull'apertura della procedura; in mancanza, non è possibile porre tale compenso a carico del patrimonio del fallito, dovendo esso essere sopportato, stante il carattere di officiosità della procedura fallimentare, dall'amministrazione dello Stato.

Una volta stabilita, da parte del giudice del reclamo, l'imputazione delle spese della procedura e del compenso del curatore in base al riscontro della responsabilità in capo al creditore procedente o al fallito o ancora, in difetto, appurata l'imputazione all'Erario, la relativa liquidazione appartiene poi al tribunale fallimentare, previa relazione del giudice delegato.

Il provvedimento assume al forma del decreto reclamabile, come già visto, ai sensi dell'art. 26 l. fall.

Diverso scenario si dischiude se invece il reclamo sia respinto lasciando in vita la sentenza dichiarativa di fallimento.

Qui si pone il solo problema dell'allocatione delle spese della procedura secondo le regole ordinarie racchiuse dal criterio della soccombenza.

Se tuttavia reclamante è lo stesso fallito, una sua eventuale condanna alla rifusione delle spese sarebbe sostanzialmente priva di portata pratica, in quanto onere processuale da attrarre comunque al novero delle spese di procedura ex art. 111 l. fall. (178).

#### 4. L'impugnazione del decreto di rigetto dell'istanza di fallimento.

Esaminiamo adesso la disciplina dell'impugnazione del decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, regolata dall'art. 22 l. fall.

Forma del provvedimento che « respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento » è il decreto motivato, che il cancelliere comunica alle parti: così il c. 1 dell'art. 22 cit.

Il tribunale può respingere l'istanza di fallimento anzitutto ove l'unico creditore procedente (o i più) abbia(no) già ottenuto il soddisfacimento totale dei crediti vantati contro il fallendo.

L'ipotesi conduceva, in costanza del previgente regime, a configurare una istanza di desistenza a fronte della quale il tribunale (che non avesse già accertato lo stato di insolvenza in via ufficiosa, evenienza *olim* possibile) emetteva il provvedimento, invalso nella prassi, cd. di archiviazione.

Oggi, se si conferisse all'istanza del creditore soddisfatto la consistenza di vera e propria rinuncia agli atti, ne dovrebbe conseguire l'estinzione del procedimento in applicazione dell'art. 306 (179).

(178) V. in tal senso LONGO, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 72.

(179) V. Trib. Genova, 12 dicembre 2002, in *Gius.*, 2003, 10, 1117, per il quale il creditore che abbia proposto istanza di fallimento, rinunciandovi successivamente, può essere condannato alla rifusione delle spese processuali a favore del debitore in ossequio al principio generale di soccombenza. Va poi rilevato che ancora oggi la rinuncia del/dei creditore/i cui si accompagna, da parte del tribunale, la ricostruzione di una reale insolvenza del fallendo, comporta la segnalazione al p.m. ai fini della proposizione, da parte sua, dell'istanza di fallimento. Si tratta di conclusione cui la S.C. è giunta all'esito di un percorso ermeneutico reso tormentato dalla circostanza che la legge fallimentare dopo il d.l.g. n.

L'altra ipotesi di chiusura dell'istruttoria prefallimentare con decreto di rigetto dell'istanza di fallimento ricorre invece laddove il tribunale accerti l'insussistenza dei relativi requisiti (ad esempio per mancato raggiungimento dell'esposizione debitoria minima prevista dall'art. 15 l. fall.).

L'ipotesi di mancata prova del credito dell'unico istante comporta invece (180), essendo preclusa la pronuncia del fallimento *ex officio* (v. oggi l'art. 6 l. fall.) una declaratoria di inammissibilità, senza alcuna possibilità di ulteriore esercizio della giurisdizione.

Entro trenta giorni dalla comunicazione « alle parti » (181), vale a dire al fallendo e al creditore o al p.m. (182) che avevano presentato l'istanza, questi ultimi possono proporre reclamo alla Corte d'appello: così il co. 2 dell'art. 22 l. fall., che esclude dunque, almeno testualmente, la legittimazione del debitore che abbia richiesto il proprio fallimento.

Se di esclusione secca si trattasse, la scelta del legislatore del 2006 desterebbe serie perplessità alla luce della prescrizione, proprio dallo stesso introdotta, che: « Il debitore non può chiedere in separato giudizio la condanna del creditore istante alla rifusione delle spese ovvero al risarcimento del danno per responsabilità aggravata ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile ».

5/2006 è improntata ai principi di terzietà/imparzialità del tribunale fallimentare, cui non compete più la possibilità di declaratoria ufficiosa del fallimento. A componimento del contrasto insorto in seno alle sezioni semplici (Cass., 26 febbraio 2009, n. 4632 negava che il tribunale potesse segnalare l'insolvenza la p.m. al fine di indurlo all'istanza di fallimento; Cass., 14 giugno 2012, n. 9781; Cass., 15 giugno 2012, n. 9857 e 9858 lo hanno invece ammesso) Cass., S.U., 18 aprile 2013, n. 9409, ha escluso che sia viziata la sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata su richiesta del p.m. che avesse ricevuto la segnalazione di insolvenza da parte del tribunale fallimentare che abbia tuttavia definito il procedimento per desistenza del creditore procedente. *Amplius*, sul punto, TRISORIO LIUZZI, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Diritto delle procedure concorsuali*, cit., 22 ss.; LONGO, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 48.

(180) Cass., ord., 11 febbraio 2011, n. 3472.

(181) Termine cui non si applica la sospensione feriale.

(182) In passato si discuteva se anche al p.m. istante fosse attribuibile la legittimazione al reclamo, ciò che era escluso da alcuna giurisprudenza (App. Genova, 15 dicembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 10, 1191, con nota di MINUTOLI; Trib. Torino, 11 giugno 2002, in *Fallimento*, 2004, 7, 783, con nota di PANZANI), ma è stato poi affermato dalla Cassazione (Cass. 7 marzo 2007, n. 5220, in *Fallimento*, 2007, 7, 765, con nota di FABIANI), per la quale: « Sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 22 legge fall., deve riconoscersi al P.M., nelle ipotesi disciplinate dall'art. 7 legge fall., che gli attribuisce il potere di azione, la legittimazione a proporre reclamo in caso di rigetto dell'istanza di fallimento da parte del tribunale; infatti, negare al P.M. il diritto di impugnare, in un situazione in cui gli è riconosciuto il potere d'azione, si tradurrebbe in un'evidente compressione di tale potere, con una disparità di trattamento rispetto all'analogo diritto riconosciuto al creditore istante per la dichiarazione di fallimento, in violazione degli artt. 3 e 24 ». In tal senso già App. Torino, 14 agosto 2003, in *Fallimento*, 2004, 766, con nota di PANZANI.

Ciò in quanto mostrerebbe il disinteresse del d.lg. n. 5/2006 per l'accoglimento, che si deve a Corte cost., n. 328/1999 (183), del dubbio posto, rispetto agli artt. 3 e 24 Cost., con riguardo al vecchio testo dell'art. 22 l. fall. laddove « non consente al debitore di reclamare avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento avanzata nei suoi confronti, per la parte riguardante il mancato accoglimento della domanda di condanna al rimborso delle spese processuali ed al risarcimento del danno per responsabilità aggravata da lui proposta nei confronti del creditore » (184).

È allora plausibile supporre che proprio il divieto di agire in separato giudizio per il regolamento delle spese e l'accertamento della responsabilità aggravata, dallo stesso art. 22 l. fall. imposto, sia da intendere come riconoscimento, *a contrario*, di una eccezionale legittimazione del debitore al reclamo, tali domande avendo quale unica *sedes* proprio tale impugnazione (185).

Resta comunque il fatto indubitabile che se si riconosce al debitore la legittimazione a richiedere il proprio fallimento (186), non si vede la

(183) Corte cost., 20 luglio 1999, n. 328, in *Corr. giur.*, 2000, 61, con nota di MONTANARI, *Responsabilità per le spese (e i danni?) del creditore vanamente istante per il fallimento e incostituzionalità dell'art. 22 l.f.*; in *Dir. fall.*, 1999, II, 673, con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Ancora un passo della Consulta sul problema della legittimazione del debitore nel processo di fallimento*; in *Fallimento*, 2000, 359, con nota di GENOVESE, *Illegittimità costituzionale dell'art. 22 l. f. in materia di reclamo del debitore*.

(184) Per una considerazione analoga cfr. SANTANGELI, in *Il nuovo fallimento*, a cura di Santangeli, Milano, 2006, pp. 114-115. Più al fondo, è la mancata introduzione del reclamo del debitore in caso di rigetto della richiesta di autofallimento che sembra stridere con il principio desumibile tanto dal tenore del dispositivo della sentenza n. 328/1999, che, sia pure con riferimento al debitore « nei cui confronti sia stato proposto ricorso per la dichiarazione di fallimento », genericamente ne impone la legittimazione al reclamo « in relazione al mancato accoglimento delle domande » da lui proposte; quanto dal ricordo della sentenza n. 127/1975, la quale, ritenuto incostituzionale l'art. 147 l. fall. laddove non consentiva al socio già fallito di chiedere la dichiarazione di fallimento in estensione di altri soci illimitatamente responsabili, d'ufficio dichiara la conseguente « illegittimità costituzionale dell'art. 22 l. fall., nella parte in cui nega al fallito la legittimazione a proporre reclamo contro la pronuncia del tribunale che ha respinto l'istanza per la dichiarazione di fallimento di socio illimitatamente responsabile ». Ed in effetti oggi l'art. 147 l. fall. prescrive ai co. 4 e 7 che (co. 4) « Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi »; (co. 7): « In caso di rigetto della domanda, contro il decreto del tribunale l'istante può proporre reclamo alla corte d'appello a norma dell'articolo 22 ».

(185) Così LONGO, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 49. Cass., 21 dicembre 2010, n. 25818, in *Fallimento*, 2011, 7, 876, per la quale in sede di reclamo avverso il decreto di rigetto del ricorso di fallimento, il debitore può chiedere la condanna del creditore istante al pagamento delle spese processuali, essendogli solo precluso, ai sensi dell'art. 22 l. fall., di introdurre tale domanda in separato giudizio.

(186) Evidentemente sulla base del riconoscimento di un interesse a fallire, ciò che oggi potrebbe essere, ad esempio, la possibilità di ottenere l'esdebitazione, secondo gli artt.

ragione per precludergli poi il potere di impugnare in caso di soccombenza, nella misura in cui questo potere è riconosciuto ad ogni altro soggetto istante per il fallimento stesso.

E ciò in base ai medesimi argomenti utilizzati dalla giurisprudenza, anche di legittimità, per riconoscere in via interpretativa la legittimazione al reclamo in capo al p.m. istante, e sostanzialmente incentrati sull'indebita compressione del riconosciuto diritto di azione (187). Un *trend* poi recepito dal nuovo testo dell'art. 22 l. fall., che tale legittimazione oggi espressamente riconosce.

Quanto al procedimento, esso è solo abbozzato dall'art. 22 l. fall., ponendo all'interprete il problema di stabilire a quale bacino normativo fare riferimento, se a quello degli artt. 737 ss., c.p.c. (188) o a quello dell'art. 15 l. fall. per la relativa disciplina.

Pare plausibile a chi scrive la tradizionale opinione per la quale con il reclamo viene sottoposta alla Corte d'appello la diretta e integrale cognizione sui presupposti per la dichiarazione di fallimento, che non è dunque circoscritta alle questioni oggetto di segnalazione da parte del reclamante e senz'altro aperta ai *nova* (189):

Ciò che trova conferma testuale nel penultimo comma dell'art. 22 cit., a mente del quale la rimessione degli atti al tribunale non è possibile in seguito a riforma del decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, ove « anche su segnalazione di parte, (la Corte d'appello) accerti che sia venuto meno alcuno dei presupposti necessari ».

La Corte d'appello, in contraddittorio delle parti (oltre al reclamante, quelle dell'istruttoria prefallimentare ex art. 15 l. fall., legittimate passive

142 ss., l. fall. Esito non da poco, considerato che la chiusura del fallimento non consente certo all'imprenditore di liberarsi dei debiti pregressi e comunque non pagati, riprendendo vigore le regole generali in punto tanto di decorso degli interessi quanto di azioni esecutive individuali dei creditori per il residuo insoddisfatto.

(187) V. nota 181.

(188) Un riferimento al procedimento camerale in Cass., 7 marzo 2007, n. 5220, in *Fallimento*, 2007, 7, 765, con nota di Fabiani, per la quale: « Nel procedimento di reclamo ai sensi dell'art. 22 l. fall., la regolare instaurazione del contraddittorio è adeguatamente realizzata con la costituzione del debitore, senza che rilevino né l'inesistenza della notificazione del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti avanti il collegio né il mancato rispetto del termine di notificazione stabilito dal presidente né il fatto che il debitore si fosse costituito al solo fine di far valere i vizi della convocazione; nei procedimenti camerale, infatti, deve essere assicurato il rispetto del contraddittorio ma non sono predeterminate le forme in cui deve essere instaurato ».

(189) V. *amplius supra*, § 3.4.9. e relative indicazioni bibliografiche. V. altresì App. Venezia, 4 novembre 2011, in *Fallimento*, 2011, 12, 1479, per la quale « Qualora la Corte d'Appello adita ai sensi dell'art. 22 legge fallimentare — r.d. n. 267/1942 — accerti che l'istanza per la dichiarazione di fallimento è stata respinta dal Tribunale senza previo espletamento dell'istruttoria prefallimentare, deve procedere a tale incumbente in sede di reclamo ».

nel giudizio di reclamo), decide del ricorso con decreto motivato, che è comunicato dal cancelliere alle parti del procedimento prefallimentare.

Il riconoscimento della sussistenza dei presupposti del fallimento comporta la rimessione d'ufficio degli atti al tribunale competente per la relativa dichiarazione (190).

La costituzionalità del congegno, che conferma la competenza del solo tribunale sulla dichiarazione di fallimento, è stata riconosciuta in più riprese dalla Consulta.

Sia Corte cost. n. 142/1971 (191) che Corte cost., n. 310/1992 (192), ne hanno infatti riconosciuto la compatibilità con gli artt. 101, co. 2, e 107, co. 3 Cost., sulla scorta del duplice rilievo che « la sentenza del giudice si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa »; e che « la decisione della corte di appello non è manifestazione di supremazia gerarchica ».

Quanto poi all'art. 111 Cost., la Corte ha rilevato che l'obbligo di motivazione viene osservato in virtù della « struttura duale della declaratoria di fallimento », la cui motivazione va « desunta per ricezione dal contenuto del precedente provvedimento della corte di appello ».

Quanto infine agli artt. 24, co. 2 e 3, co. 2 Cost., la Corte ne ha ravvisato il pieno rispetto sia perché la comparizione del debitore deve avvenire innanzi al tribunale come innanzi alla Corte d'appello; sia perché nessuna lesione del principio di eguaglianza può venire dalla circostanza che, in dipendenza della diversa durata della procedura prefallimentare, siano più o meno ampie le possibilità per il debitore di far valere le proprie ragioni.

Il tribunale *ad quem* è vincolato dalla decisione della Corte d'appello, a meno che non accerti che, *medio tempore*, sopravvenienze impediscano di dichiarare il fallimento.

È dunque pienamente condivisibile quella giurisprudenza di legittimità (193) che impone la comunicazione del decreto di accoglimento in particolare al debitore a pena di nullità (art. 22, co. 3, l. fall.) allo scopo di metterlo nelle condizioni di segnalare al tribunale, che non ha più l'obbligo di sentirlo di nuovo (dopo averlo sentito in sede di istruttoria prefallimentare), la sopravvenuta modificazione dei presupposti per la dichiarazione di fallimento.

(190) Ciò non vuol dire tuttavia che abbia contenuto di sentenza sulla competenza, dovendosene escludere l'impugnabilità con il regolamento di competenza: così Cass., 22 ottobre 1987, n. 7795, in *Fallimento*, 1988, 32.

(191) Corte cost., 27 giugno 1971, n. 142, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1757.

(192) Corte cost., 1 luglio 1992, n. 310, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2615.

(193) Cass., 23 febbraio 2011, n. 4417, in *Fallimento*, 2011, 10, 1243.

Tale comunicazione è funzionale al diritto di difesa, precisa perspicuamente la Cassazione, non a fini impugnatori (essendo il provvedimento non ricorribile per cassazione), « bensì di tutela della parte che in tanto può evitare la dichiarazione di fallimento in quanto sia posta in condizione di recare nuovi elementi di conoscenza al tribunale, al quale anche si indirizza il precetto dell'art. 22 l. fall., così come novellato dal d.lg. n. 5 del 2006 » (194).

È comune nella giurisprudenza di legittimità l'affermazione che il provvedimento di accoglimento che disponga la trasmissione degli atti al tribunale per la dichiarazione di fallimento, non è impugnabile con il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., difettando del requisito della definitività, « in quanto l'incidenza sui diritti delle parti non deriva univocamente e direttamente da esso, ma dalla successiva sentenza dichiarativa di fallimento, nei confronti della quale gli artt. 18 e ss. della legge fallimentare prevedono un autonomo mezzo d'impugnazione (195). L'unico provvedimento rilevante all'esterno, dotato di effettiva e attuale *vis* decisoria, è dunque per la Corte la sentenza del Tribunale, mentre il decreto della Corte di Appello (che accoglie il reclamo contro il precedente decreto reiettivo emanato dallo stesso Tribunale) assolve una funzione meramente processuale propedeutica alla formazione della sentenza che dispone il fallimento (o la sua riapertura).

Stessa impostazione è ravvisabile in riferimento al decreto con cui la Corte di appello rigetta il reclamo proposto *ex art. 22 l. fall.*, definito inidoneo ad acquistare efficacia di giudicato in ordine all'esistenza del credito fatto valere, alla qualità di soggetto fallibile in capo al debitore e alla sussistenza dello stato d'insolvenza, e quindi privo di carattere decisorio e definitivo.

Ne consegue l'inimpugnabilità *ex art. 111 Cost.* persino « nel caso in cui il rigetto dell'istanza di fallimento trovi giustificazione in un elemento formale incontrovertibile e non suscettibile di mutamento, quale l'avvenuta cancellazione della società debitrice dal registro delle imprese a seguito del trasferimento della sede all'estero » (196).

Sulla scorta di tale premessa si riconosce, con la riproponibilità dell'i-

(194) Affermando detto principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, per il difetto della predetta comunicazione al debitore, revocando la sentenza di fallimento, affetta da nullità.

(195) V., ad esempio, *ex multis*, Cass., 29 settembre 2006, n. 21193, in *Fallimento*, 2007, 2, 213; v. altresì Cass., 14 dicembre 2006, n. 26831, in *Fallimento*, 2007, 5, 533, con nota di TISCINI, la quale applica questi principi anche al caso del decreto della Corte d'appello che rimette gli atti al tribunale per la riapertura del fallimento. Cass., 11 settembre 2007, n. 19096, in *Fallimento*, 2007, 12, 1479.

(196) Cass., 10 novembre 2011, n. 23478, in *Fallimento*, 2011, 1395; V., altresì, nello stesso senso, Cass., ord., 21 dicembre 2010, n. 25818, in *Fallimento*, 2011, 7, 876. Per il

stanza di fallimento « nei medesimi sensi di quello respinto sin dal primo grado » (197); l'inammissibilità di istanze di revoca del decreto di accoglimento del reclamo (198).

Lo scenario muta invece, e significativamente, se il rigetto del reclamo si accompagna una pronuncia sulle spese del procedimento e/o una condanna *ex art. 96 c.p.c.*, caso (come quello opposto in cui si registri un'omissione di pronuncia su tali profili) nel quale l'incisione su posizioni di diritto soggettivo è attuale ed immediata, legittimando il rimedio straordinario di cui all'art. 111, co. 7, Cost. (199).

riconoscimento dell'inimpugnabilità *ex art. 111, co. 7, Cost.* del decreto di rigetto dell'istanza di fallimento v. Cass., 23 settembre 2011, n. 19446, in *Fallimento*, 2012, 6, 735.

(197) Cass., ord., 21 dicembre 2010, n. 25818, cit.

(198) App. Bari, 22 dicembre 1984, in *Fallimento*, 1985, 1262, con nota di FABIANI.

(199) Cass., 21 dicembre 2010, n. 25818, in *Fallimento*, 2011, 7, 876; Cass., 29 novembre 2004, n. 22476, in *Fallimento*, 2005, 565.