UNIVERSITÁ DI PISA
Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

TESI DI LAUREA:

"Reclami fallimentari e appello di diritto comune"

Candidato
Elisa Moscardini

Relatore
Prof. Claudio Cecchella

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO 1

Il sistema delle impugnative fallimentari nel regime previgente

1.1. il difficile inquadramento, dal punto di vista sistematico, dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento (art. 18) e al decreto di accertamento dello stato passivo (art. 98);

1.2. l'impugnazione dei crediti ammessi (art. 100) e la revocazione (art. 102);

1.3. il reclamo contro il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento;

1.4. le impugnative degli atti degli organi fallimentari.

CAPITOLO 2

Le novità legislative introdotte, all'appello di diritto comune, con la legge 07 agosto 2012, n. 134.

CAPITOLO 3

Il regime attuale delle impugnative fallimentari: i rimedi sono assimilabili ad un vero e proprio giudizio d'impugnazione

3.1. il reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento (art.18);

3.2. l'impugnazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo: art. 99 della legge fallimentare;

3.3.1. l'oggetto del giudizio in caso di opposizione;

3.3.2. l'oggetto del giudizio in caso d'impugnazione in senso stretto;

3.3.3. l'oggetto del giudizio in caso di revocazione.

3.3. il reclamo contro il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento;

3.4. le impugnative degli atti degli organi fallimentari.

CONCLUSIONE

Bibliografia

INTRODUZIONE

La disciplina delle impugnative fallimentari, contenuta nel R. d. 16 marzo 1942, n. 267, recante la "Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa", di recente, attraverso due diversi decreti legislativi, è stata novellata.

Il riferimento, in particolare, è, dapprima, al D. lgs. 09 gennaio 2006, n. 5, e, successivamente, al D. lgs. 12 settembre 2007, n. 169: il primo, contenente disposizioni in materia di "Riforma organica delle procedure concorsuali a norma dell'art. 1, comma cinque, della legge 14 marzo 2005, n. 80, la quale, a sua volta, costituisce la conversione in legge, con modificazioni, del decreto- legge 14 marzo 2005, n. 35, "recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, oltre che, deleghe, al Governo, per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato , nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali"; il secondo, invece, contenente "disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 09 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'art. uno, comma cinque, cinque bis e sei, della legge 14 maggio 2005, n. 80".

Tuttavia, l'oggetto della tesi non è limitato alla ricostruzione normativa dell'istituto delle impugnative fallimentari poiché prende in esame anche le novità legislative che, con la legge 07 agosto 2012, n. 134, di conversione, con modificazioni, del decreto legge 22 giugno 2012, n.

83, recante misure urgenti per la crescita del paese, sono state introdotte all'appello di diritto comune.

La scelta di tale impostazione trova la sua ragion d'essere nel fatto che, attualmente, i rimedi previsti nella legge fallimentare se, da un lato, a seguito delle novelle prima citate, sono divenuti dei veri e propri giudizi di natura impugnatoria; dall'altro lato, a causa delle modificazioni che la legge n. 134 del 2012 ha apportato all'istituto dell'appello di diritto comune, essi non possono essere assimilati ad un giudizio di appello.

Al fine di raggiungere tale obbiettivo, ho strutturato il corpo della tesi prevedendo, un primo capitolo, nel quale ho ricostruito la disciplina delle impugnative fallimentari nel regime anteriore alla riforma del 2006; un secondo capitolo, nel quale ho racchiuso le novità che la riforma del 2012 ha apportato all'appello di diritto comune e che si sostanziano nella modificazione degli artt. 342 e 345 c. p. c., nonché nell'introduzione degli artt. 348 bis e ter, al codice di rito, ed, infine, un terzo capitolo nel quale ho analizzato la disciplina, post- riforma, delle impugnative fallimentari che costituisce la normativa attualmente vigente.

Pertanto, se, da un lato, attraverso il primo ed il terzo capitolo ho messo in evidenza il fatto che, le problematiche esistenti nel regime ante- riforma in ordine al difficile inquadramento, da un punto di vista sistematico, di alcuni rimedi fallimentari (in particolare, dell'opposizione alla sentenza dichiarative di fallimento ed al decreto di accertamento dello stato passivo) oggi non hanno più ragione di esistere, in quanto il legislatore è andato a dettare una normativa che consente di riconoscere a tutti i rimedi natura impugnatoria; dall'altro lato, attraverso l'individuazione, nel secondo capitolo, delle molteplici restrizioni che, oggi, sono esistenti nel giudizio di appello e che si concretizzano nella previsione di una sorta di udienza filtro nella quale il giudice è tenuto a prognosticare la ragionevole probabilità di

accoglimento del gravame, oltre che ad un'esasperazione dei motivi ed a una restrizione dei nova in appello, ho voluto mettere in rilievo la circostanza che, la nuova disciplina fallimentare, poiché sotto tali profili gode di una propria regolamentazione, ciò non consente, con riferimento a tali aspetti, di assimilare le impugnative fallimentari ad un giudizio di appello.

CAPITOLO 1

Il sistema delle impugnative fallimentari nel regime previgente

SOMMARIO: 1.1. il difficile inquadramento, dal punto di vista sistematico, dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento (art.18) e al decreto di accertamento dello stato passivo (art. 98) . 1.2. l'impugnazione dei crediti ammessi (art. 100) e la revocazione (art. 102) . 1.3. il reclamo contro il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento. 1.4. le impugnative degli atti degli organi fallimentari.

1.1. il difficile inquadramento, dal punto di vista sistematico, dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento (art. 18) e al decreto di accertamento dello stato passivo (art. 98).

La disciplina delle impugnazioni fallimentari, contenuta nel R.D. 16 marzo 1942, n. 267[1], ha subito, nel corso del tempo, profonde modifiche.

In particolare, tale processo di riforma ha investito in modo rilevante il reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 18); l'opposizione, impugnazione o revocazione contro il decreto di accertamento dello stato passivo (art. 99) ed il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale (art.26).

Per quanto riguarda, invece, il gravame contro il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento (art.22) nonché il reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori, (art.36) tale processo di modifica è stato meno incisivo.

[1] R.D. 16 marzo 1942, n. 267, Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa.

Partendo con l'esame dell'art. 18[2] della legge fallimentare previgente, in origine, contro la sentenza dichiarativa di fallimento, era possibile proporre opposizione.

Con essa si veniva ad instaurare un giudizio la cui natura aveva suscitato dibattiti nella dottrina e nella giurisprudenza dell'epoca: taluni[3] sostenevano che, l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, costituiva un mezzo di impugnazione del tutto speciale in quanto, essa, avviava un processo di cognizione di primo grado nel quale, tuttavia, trovavano applicazione le norme relative al processo d'impugnazione contenute nel secondo libro del codice di rito, salvo quanto era espressamente disciplinato dalla legge fallimentare.

Il fondamento giustificativo che i sostenitori di tale impostazione facevano valere risiedeva nel fatto che, il giudizio che con l'opposizione si veniva ad introdurre, aveva ad oggetto le medesime questioni che in camera di consiglio erano già state trattate per la pronuncia di fallimento.

Altri[4], invece, ritenevano che l'opposizione non aveva natura di impugnazione. Fra questi vi era chi rintracciava, in essa, le caratteristiche dell'opposizione al decreto ingiuntivo[5].

---

[2] Art. 18 legge fallimentare, versione originaria: "Contro la sentenza che dichiara il fallimento il debitore e qualunque interessato possono fare opposizione nel termine di quindici giorni dall'affissione della sentenza.
L'opposizione non può essere proposta da chi ha chiesto la dichiarazione di fallimento.
L'opposizione è proposta con atto di citazione da notificarsi al curatore e al creditore richiedente.
L'opposizione non sospende l'esecuzione della sentenza" .

[3] Per quanto riguarda la Dottrina, vedi TEDESCHI, *Comm. SB*, pp.468-469, *Fall. (Apertura), Enc. Treccani*, pp.3-4, GIORGI, *G.comm*., 1985, I, p. 425; per quanto riguarda la Giurisprudenza vedi Trib. Foggia 5 luglio 1986, *D. fall*., 1986, II, p. 729, Trib. Bari 4 aprile 1977, *G. comm*., 1978, II, p. 112.

[4] Vedi DENTI, *Riv. Trim*., 1951, pp. 997 ss., PICARDI, La *dichiarazione di fallimento*, Milano, 1974, p. 199 ss.

[5] Vedi F.FERRARA e A. BORGIOLI, *Il fallimento*, 5^ ed., Milano, 1995, p. 251; E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992, p. 187 ss.

Per quanto riguarda il profilo della legittimazione attiva, l'espressione "qualunque interessato" era stata interpretata nel senso che erano legittimati a proporre opposizione tutti quei soggetti che risultavano essere titolari di situazioni giuridiche che il fallimento pregiudicava o poteva, successivamente, pregiudicare. In particolare, con riferimento alla categoria dei creditori, essi erano autorizzati a proporre opposizione indipendentemente dalla dimostrazione di uno specifico interesse[6] ed a prescindere dall'ammissione allo stato passivo[7].

Sulla base di tale esegesi, erano considerati legittimati attivi i creditori muniti di pegno o privilegio su mobili, i creditori che, a seguito della dichiarazione di fallimento, si vedevano sospendere il corso dei propri interessi convenzionali o legali, coloro nei confronti dei quali era possibile proporre azioni di recupero ed il contraente che ricopriva una posizione di favore rispetto al ceto dei creditori in ragione di un rapporto giuridico preesistente.

Inoltre, nonostante sul punto vi fosse stata un'iniziale diatriba, era stata riconosciuta la possibilità, al creditore, di proporre opposizione anche

---

Per quanto riguarda le caratteristiche relative all'opposizione al decreto ingiuntivo, il giudizio che con essa si viene ad instaurare non è qualificabile come "processo impugnatorio" in quanto, il legislatore, in tale ambito, ha dato attuazione al principio del "ne bis in idem", detto anche principio dell'unicità, in ragione del quale, una volta che l'atto viene impugnato, o il processo arriva ad una pronuncia di merito, e allora quest'ultima fornisce la disciplina della situazione sostanziale, o il processo non arriva alla pronuncia di merito, e allora non si può riproporre la domanda, nemmeno se i termini sono ancora aperti.

Nell'art. 647 c. p. c., infatti, si prevede che, se l'opponente, dopo aver proposto opposizione, non si costituisce tempestivamente, il decreto ingiuntivo è dichiarato esecutivo e l'opposizione non può essere riproposta, neppure se è ancora aperto il termine per proporla.

Se, invece, il legislatore non applica tale principio, una volta chiuso il processo impugnatorio per estinzione o altro motivo di rito, se la parte è ancora nei termini può riproporre la domanda. È ciò che ci consente di affermare di essere di fronte ad un processo impugnatorio.

[6] Vedi TEDESCHI, *op. cit*., p.476.

[7] Vedi TEDESCHI, *op. cit*., p. 526; Trib. Milano 6 giugno 1955, *D. fall*., 1955, II, p. 522 e 727.

nell'ipotesi in cui il fallimento fosse stato dichiarato d'ufficio[8] o su ricorso di un altro creditore.[9]

Ancora, anche coloro che erano portatori di un semplice interesse morale avevano la legittimazione attiva[10] come del resto l'eventuale rappresentante volontario del fallito, anche se mandatario generale e il conferimento della procura risultava essere avvenuta anteriormente rispetto al fallimento[11].

A titolo esemplificativo la giurisprudenza aveva riconosciuto la legittimazione attiva al creditore ipotecario[12], all'erede dell'imprenditore defunto[13], anche se aveva accettato l'eredità con beneficio d'inventario, in quanto veniva ad essere considerato portatore di un interesse morale ed al cessionario dei beni del fallito[14].

Ovviamente, come già espressamente prevedeva l'art. 18 della legge fallimentare originaria, la legittimazione all'opposizione era riconosciuta anche al debitore.

Risultava, invece, essere escluso dalla legittimazione attiva colui che aveva proposto l'istanza di fallimento, come espressamente prevedeva il secondo comma della disposizione in esame, il curatore[15], il pubblico

---

[8] È opportuno precisare che nel sistema previgente l'art. 6 della legge fallimentare prevedeva espressamente che l'istanza di fallimento poteva essere richiesta anche d'ufficio.

[9] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 79, TEDESCHI, *op. cit*., p. 477.

[10] Vedi U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, pp. 668-669, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, p. 543, PELLEGRINO, *Prassi fallimentare*, Padova, 1989, p.127, Trib. Venezia 8 giugno 1984, *D. fall*., 1985, II, p. 159.

[11] Vedi AZZOLINA, *op. cit*., p. 658-659, App. Milano 10 febbraio 1961, *Foro it.,* 1961, I, p.687.

[12] Vedi Trib. Roma 4 gennaio 1968, *D. fall*., 1968, II, p. 78.

[13] Vedi Trib. Roma 21 giugno 1954, *D. fall*., 1954, II, p.423 e App. Torino 30 maggio 1975, *G. comm*., 1977, II, p. 442.

[14] Vedi Trib. Roma 11 dicembre 1963, *D. fall*., 1964, II, p. 144.

ministero[16], il fallito che aveva fatto acquiescenza alla sentenza dichiarativa del fallimento[17], il legale al quale era stata conferita la procura semplicemente per la richiesta di fallimento[18] ed il mandatario incaricato di sistemare il dissesto senza che gli fosse stato espressamente conferito per iscritto il potere di proporre opposizione[19].

Continuando con l'esame dell'art. 18, vecchia versione, della legge fallimentare, un altro aspetto che all'epoca aveva suscitato dibattiti, sia in giurisprudenza che in dottrina, era quello relativo al momento a partire dal quale i soggetti legittimati potevano proporre opposizione in quanto, al primo comma, si prevedeva che la relativa azione poteva essere proposta nel termine di quindici giorni dall'affissione della sentenza.

Era evidente che il decorso del termine per proporre opposizione s'identificava con una mera presunzione di conoscenza dell'imprenditore dichiarato fallito.

Sul punto era intervenuta la Corte Costituzionale che, con Sentenza n. 151 del 1980,[20] aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 18, ex art. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui

---

[15] Vedi G. BONELLI, *Del fallimento*, I, Milano, p.340ss.

[16] Vedi TEDESCHI, *op. cit*., p.476.

[17] Vedi TEDESCHI, *Il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, Padova, 1962, p.23.

[18] Vedi TEDESCHI, *Comm. SB*, p. 532; Trib. Roma 26 gennaio 1968, *D. fall*., 1968, II, p.319.

[19] Vedi Trib. Roma 27 febbraio 1980, *Il fall*., 1981, p. 931.

[20] Corte Costituzionale 27 novembre 1980, n.151, www.cortecostituzionale.it. Con tale pronuncia la Consulta ha affermato che "rispetto al debitore fallito non esistono quelle esigenze di difficoltà d'individuazione né di celerità della procedura fallimentare che giustificano, per gli altri interessati, la decorrenza del termine di opposizione alla sentenza di fallimento dall'affissione di quest'ultima atteso che gli effetti del fallimento si producono dal deposito della sentenza in cancelleria e quindi a prescindere dalla sua affissione. È perciò illegittimo costituzionalmente l'art. 18, primo comma, della legge fallimentare, per contrasto con gli artt. 3 e 24 della Cost., nella parte in cui prevede che il termine di quindici giorni per fare opposizione decorra *per il debitore* dall'affissione della sentenza che ne dichiara il fallimento".

prevedeva che il termine di quindici giorni per proporre opposizione decorreva, per *il debitore,* dall'affissione della sentenza dichiarativa di fallimento, rimettendo al legislatore la determinazione dell'atto a partire dal quale iniziava a decorrere il relativo termine.

Per i soggetti diversi dal debitore, quindi, il dies a quo continuava a coincidere con l'affissione della sentenza in quanto veniva meno la razio, espressa dalla Corte Costituzionale, che giustificava il diverso regime nei confronti del debitore.

Tuttavia, la Consulta si era pronunciata anche con riguardo agli altri interessati in quanto, con sentenza del 16 luglio 1987, n. 273[21], aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge fallimentare, sollevata in riferimento all'art. 24, primo e secondo comma della Cost., "sul riflesso che la presunzione legale di conoscenza promanante dall'affissione della sentenza dichiarativa, pur operando su tutto il territorio nazionale, era ricollegata ad un'attività che si realizzava in un solo luogo".

L'organo di costituzionalità delle leggi aveva fondato la sua decisione d'infondatezza sulla base del fatto che "l'indeterminatezza degli interessati diversi dal debitore, non impediva di sperimentare l'opposizione se non giovandosi della tecnica dei pubblici reclami, di cui il legislatore ordinario faceva e fa uso ex art. dell'art. 150 codice di procedura civile[22], il quale disciplina la notificazione per pubblici reclami e non il processo per pubblici reclami".

---

[21] Corte Costituzionale 16 luglio 1987, n. 273, *www.cortecostituzionale.it*.

[22] Art. 150 codice di procedura civile, primo comma: "Quando la notificazione nei modi ordinari è sommamente difficile per il rilevante numero dei destinatari o per la difficoltà di identificarli tutti, il capo dell'ufficio giudiziario davanti al quale si procede può autorizzare, su istanza della parte interessata e sentito il pubblico ministero, la notificazione per pubblici reclami.
Copia dell'atto da notificarsi è depositata nella casa comunale del luogo in cui ha sede l'ufficio giudiziario davanti al quale si promuove o si svolge il processo, e un estratto di esso è inserito nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nel Foglio degli annunzi legali delle province dove risiedono i destinatari o si presume che risieda la maggior parte di essi.
La notificazione si ha per avvenuta quando, eseguito ciò che è prescritto nel presente articolo, l'ufficiale giudiziario deposita una copia dell'atto, con la relazione e i

In seguito alla sentenza della Consulta n. 151 del 1980[23], il legislatore sarebbe dovuto intervenire per individuare il momento a partire dal quale decorreva, per il debitore, il termine per impugnare la sentenza. Tuttavia, come spesso accade, il legislatore rimase inerte e questo fece sì che sul punto si venissero a delineare diverse impostazioni: alcuni[24] prendevano come riferimento la comunicazione dell'estratto della sentenza di fallimento, ovvero la notificazione del biglietto di cancelleria a mezzo di ufficiale giudiziario ex art. 136, secondo comma del codice di procedura civile,[25] precisando che nel caso in cui la sentenza veniva ad essere comunicata prima dell'affissione, anche per il debitore il termine di quindici giorni decorreva dall'affissione medesima, in quanto non sussistevano ragioni per anticiparne la decorrenza. Alla medesima conclusione, sempre per la dottrina in questione[26], si doveva giungere anche nel caso di irreperibilità del fallito per cause ad esso addebitabili. Nell'ipotesi, invece, in cui il fallito non aveva residenza, né dimora, né domicilio nella Repubblica, il termine per proporre opposizione decorreva dal momento in cui la notificazione poteva ritenersi eseguita ex dell'art. 143, terzo comma del codice di rito[27].

---

documenti giustificativi dell'attività svolta, nella cancelleria del giudice davanti al quale si procede".

[23] Corte Costituzionale 27 novembre 1980, n. 151, in www.cortecostituzionale.it.

[24] Vedi Trib. Roma 25 settembre 1997, *Il fallimento*, 1998, p. 423, Trib. Bologna 19 marzo 1988, *G. comm*., 1989, II, p. 608. In dottrina vedi TEDESCHI, *Nuove leggi civili commentate*, 1981, p. 370-371.

[25] Art. 136, secondo comma, vecchia versione: "Il biglietto è consegnato dal cancelliere al destinatario, che ne rilascia ricevuta, o è notificato dall'ufficiale giudiziario".

[26] TEDESCHI, *op. ult. Cit*., p. 371-372.

[27] Art. 143, terzo comma del codice di procedura civile, versione originaria: "la notificazione a persona che non abbia residenza, dimora, domicilio o un procuratore ex art. 77 c.p.c. in Italia, si considera eseguita nel ventesimo giorno successivo a quello in cui siano compiute le formalità richieste dall'art. 142 c.p.c., ovvero l'affissione di una copia dell'atto nell'albo dell'ufficiale giudiziario, la spedizione di una seconda copia al destinatario per mezzo di lettera raccomandata, la consegna di

C'era, invece, chi[28] riteneva che il momento a partire dal quale decorreva il termine per proporre opposizione s'identificava con la data della notificazione della sentenza.

Tale diatriba era stata risolta dalla Cassazione, a Sezioni Unite, con sentenza 3 giugno 1996, n. 5104[29]. Con tale pronuncia l'organo in questione aveva statuito che, "ai fini della decorrenza del termine breve per la proposizione dell'opposizione, da parte del debitore, non era necessaria la notificazione del testo integrale della sentenza, in quanto, per consentire a quest'ultimo di avere conoscenza dell'avvenuta dichiarazione del proprio fallimento, era sufficiente la comunicazione per estratto ex art. 17[30] della legge fallimentare. Con

---

una terza copia al pubblico ministero al fine della trasmissione attraverso la via diplomatica o consolare.
Un duro colpo al sistema delle notificazioni all'estero, così come disciplinate nell'originario codice di rito, è stato inflitto dalla Corte Costituzionale con sentenza del 2 febbraio 1978, n. 10, con la quale essa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 143, 3° comma, nella parte in cui non subordinava l'applicazione del regime delle notificazioni all'estero previste nel codice di rito all'accertata impossibilità di eseguire la notificazione nei modi consentiti dalle convenzioni internazionali. E ciò sulla base del fatto che il rispetto del diritto di difesa del destinatario impone di assegnare la priorità a sistemi di notificazione all'estero che si perfezionano con la consegna, rispetto a quelli che si perfezionano con l'invio dell'atto al destinatario.
È stata proprio questa sentenza della Corte Costituzionale che ha dato l'impulso, nel 1981 con legge del 6 febbraio, n. 42, alla ratifica della Convenzione dell'Aja del 15 novembre del 1965 in quanto essa mira a creare mezzi idonei affinchè gli atti da notificare all'estero siano conosciuti dai destinatari in tempi utili.
Conseguentemente anche l'art. 143, 3° comma, del c. p. c., a seguito della legge n. 42 del 1981, nel prevedere che "la notificazione si abbia per eseguita nel ventesimo giorno successivo a quello in cui sono compiute le formalità richieste", dichiara di applicarsi solo nei casi in cui risulti impossibile eseguire la notificazione in uno dei modi consentiti dalle convenzioni internazionali.

[28] In dottrina vedi CARBONI, *G. comm*., 1982, II, p. 122 ss; in giurisprudenza vedi Corte di Cassazione 12 novembre 1981, n. 6000, *in Giust. Civ. Mass*., 1981, fasc. 11. Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "per la soluzione del problema di individuazione della disciplina applicabile in materia di decorrenza del dies a quo relativamente al termine previsto dal cit. art. 18 devesi far ricorso ai principi generali previsti dal codice di rito in tema di impugnazione e conseguentemente ritenere che l'unica forma di conoscenza della sentenza, sostitutiva all'affissione, è costituita dalla notificazione della sentenza medesima", App. Bari 7 novembre 1986, in *Il fallimento*, 1987, p.654.

[29] Corte di Cassazione, Sez. Un., 3 giugno 1996, n. 5104, in *Foro it*., 1996, I, p. 2361.

quest'ultima il cancelliere metteva il debitore a conoscenza dell'accertata insolvenza e dell'apertura del fallimento, ponendolo in grado di acquisire, presso la cancelleria, ogni altro elemento utile per l'esercizio di difesa".

Coloro che ritenevano che il termine per proporre opposizione, da parte del debitore, decorreva dalla data della notificazione della sentenza, affermavano che nel caso in cui la notificazione medesima non fosse stata effettuata fosse analogicamente applicabile l'art. 327 del codice di procedura civile.

In particolare la Corte di Cassazione con sentenza del 20 giugno 1991, n. 6979[31], si era espressa per l'applicabilità analogica del primo e del secondo comma della disposizione in esame " sul presupposto della natura sostanzialmente impugnativa dell'opposizione a dichiarazione di fallimento ed in considerazione del fatto che il primo ed il secondo comma del predetto articolo del codice di rito sono entrambi espressione del principio del contraddittorio, costituenti fattispecie speculari ed espressione di un'identica ratio. Una volta che all'originaria facoltà del tribunale di ordinare la convocazione dell'imprenditore in camera di consiglio era stato sostituito il relativo obbligo, inteso come necessaria espressione del principio del contraddittorio a tutela del diritto di difesa cui anche procedimenti sommari ed ufficiosi, come quello per la dichiarazione di fallimento, debbono uniformarsi, lo stesso principio non poteva non riflettersi sull'opposizione alla dichiarazione di fallimento, inteso come mezzo

---

[30] Art 17, primo comma, versione originaria: "La sentenza che dichiara il fallimento è comunicata per estratto, a norma dell'art. 136 del codice di procedura civile, al debitore, al curatore e al creditore richiedente, non più tardi del giorno successivo alla sua data. L'estratto deve contenere il nome delle parti, il dispositivo e la data della sentenza".

[31] Corte di Cassazione 20 giugno 1991, n. 6979, in *Giust. Civ. Mass*., 1991, fasc. 6.
Nel caso di specie l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento venne proposta oltre il termine annuale previsto all'art. 327 c. p. c., evidenziandosi da parte dell'opponente, attuale ricorrente, la mancata conoscenza da parte sua della stessa pendenza di un procedimento per la dichiarazione di fallimento, non essendogli mai stata fatta alcuna valida comunicazione per la comparizione in camera di consiglio.

d'impugnazione con il quale veniva avviato un procedimento di cognizione di primo grado, cui andavano applicate le norme del secondo libro del codice di rito relative al processo d'impugnazione. In tale ambito, una volta che non era applicabile il termine breve per carenza dell'elemento formale che ne comportava la decorrenza, si proponevano due alternative: o la parte soccombente era stata consapevole della pendenza del giudizio che la coinvolgeva, ed allora la legge ipotizza un onere di diligenza della parte stessa di informarsi periodicamente sullo stato della procedura, onere in relazione al quale il termine di un anno dalla pubblicazione della sentenza è ritenuto congruo perché, anche in assenza di notificazione o comunicazione, la sentenza sia normativamente presunta nota; oppure la parte non era legittimamente nella consapevolezza della pendenza di un procedimento a suo carico, ed allora nessun termine può decorrere perché, neppure la violazione di un onere di negligenza può imputarsi alla parte.

Inoltre, in ordine all'applicazione del secondo comma dell'art. 327 del c. p. c., la Corte, nella pronuncia in questione, aveva anche affermato che nemmeno si poteva sostenere che la disposizione in esame, con l'espresso riferimento alla situazione di contumacia e di nullità della citazione o della relativa notifica, poteva trovare applicazione soltanto ai giudizi che inizino con citazione e nei quali una situazione di contumacia sia prevista (i giudizi di cognizione ordinaria), situazioni non rilevabili nel procedimento per la dichiarazione di fallimento. Detti rilievi hanno validità qualora si tratti dell'applicazione diretta della normativa in esame e non nel caso di estensione analogica a situazioni che, per definizione, non hanno una specifica regolamentazione (come nel caso in esame), pur essendo rette dal principio del contraddittorio di cui la disciplina dell'art. 327, 1° e 2° comma, è espressione e rispetto ai quali è identificabile una eadem ratio giustificativa".

Tuttavia non tutta la giurisprudenza[32] era concorde in riferimento all'applicabilità del secondo comma dell'art. 327 del c. p. c. e, quindi, con la possibilità, per il debitore dichiarato fallito di impugnare la sentenza dichiarativa di fallimento oltre l'anno dalla pubblicazione della stessa, nel caso in cui non fosse legittimamente nella consapevolezza della pendenza di un procedimento a suo carico.

In seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 1980 i termini per l'opposizione del fallito e degli altri interessati potevano avere una diversa decorrenza. Tale circostanza aveva portato taluni[33] a ritenere che, poiché le varie opposizioni eventualmente proposte dovevano essere riunite in un unico giudizio, la trattazione di una causa relativa ad un'opposizione proposta da un interessato non poteva aver luogo sino a quando non era scaduto il termine per proporre opposizione per il fallito.

Inoltre il termine quindicinale per proporre opposizione era pacificamente ritenuto perentorio[34] e, se la relativa azione veniva ad essere instaurata oltre il termine indicato, doveva essere dichiarata inammissibile[35].

Era stato altresì previsto che nel caso in cui fosse scaduto il termine per proporre opposizione alla dichiarazione di fallimento, era comunque

---

[32] Vedi Trib. Roma 19 giugno 1985, in *Il fall*, 1985,II, p.1313.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che " la disposizione contenuta nell'art. 327, secondo comma, del c. p. c., che consente l'impugnazione del contumace anche oltre l'anno dalla pubblicazione della sentenza, quando non abbia avuto conoscenza del processo per nullità della citazione o della notifica di essa e per nullità della notificazione degli atti di cui all'art. 292 c. p. c., è applicabile soltanto negli ordinari giudizi di cognizione e non anche allo speciale procedimento camerale per la dichiarazione di fallimento, di conseguenza l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento deve essere, in ogni caso, proposta entro l'anno".

[33] Vedi TEDESCHI, *Nuove leggi civili commentate*, 1981, p. 372.

[34] Vedi TEDESCHI, *Comm. SB*., p. 480; Trib. Bologna 19 marzo 1988, in *Il fall*., 1988, p. 1025.

[35] Vedi Trib. Roma 10 luglio 1984, in *Dir. Fall*., 1985, II, p. 258. Con questa pronuncia il Tribunale afferma che "deve essere dichiarata inammissibile l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento proposta da persona diversa dal fallito, *oltre il termine di quindici giorni* dall'affissione".

ammissibile l'intervento-opposizione incidentale tardiva[36] adesiva ex art. 334 c. p. c.[37], nel giudizio di opposizione proposto da altro legittimato.

Infine il termine per proporre opposizione non era sospeso durante il periodo feriale[38].

Continuando con l'esame dell'art. 18 della legge fallimentare previgente, il giudizio di opposizione, come espressamente era previsto nella disposizione in esame, doveva introdursi con atto di citazione il quale doveva essere notificato, ai sensi del terzo comma, al curatore e al creditore richiedente.

Per quanto riguarda i caratteri che tale atto doveva avere, il riferimento normativo era agli artt. 163 e 164 del c. p. c., quindi l'atto introduttivo, tra i vari elementi, doveva contenere l'indicazione del petitum, ossia la determinazione della cosa oggetto della domanda, e della causa petendi, ovvero l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda.

Era opinione maggioritaria[39] che l'atto di citazione non doveva contenere l'indicazione dei relativi motivi.

---

[36] Vedi TEDESCHI, *Nuove leggi civili commentate*, 1981, p. 373.

[37] Art. 334 c. p. c.: "Le parti, contro le quali è stata proposta l'impugnazione e quelle chiamate ad integrare il contraddittorio a norma dell'art. 331, possono proporre impugnazione incidentale anche quando per esse è decorso il termine o hanno fatto acquiescenza alla sentenza.
In tal caso, se l'impugnazione principale è dichiarata inammissibile, l'impugnazione incidentale perde ogni efficacia".

[38] Vedi Trib. Roma 10 luglio 1984, *in Dir. Fall*., 1985, II, p.258.
Il Tribunale con tale pronuncia afferma che "le cause concernenti la dichiarazione di fallimento non sono soggette alla sospensione dei termini per il periodo feriale (1° agosto- 15 settembre), ex art. 3 della legge 1969 n. 742 in relazione all'ordinamento giudiziario; Trib. Bologna 19 marzo 1988, *in Giur. Comm*., 1989, II, p. 608.
Con essa il Tribunale afferma che "i termini alle cause di opposizione alla dichiarazione di fallimento non sono soggetti a sospensione nel c. d. periodo feriale.

[39] In dottrina vedi TEDESCHI, *Comm. SB*, p. 534, F. FERRARA-A. BORGIOLI, *Il fallimento*, 5^ed., Milano, 1995, p.253; in giurisprudenza vedi Trib. Roma 06 giugno 1963, in *D. fall*., 1963, II, p. 777, Trib. Milano 18 aprile 1985, in *Il fall*., 1985,II, p. 884.

La notificazione dell'opposizione al curatore doveva essere eseguita presso la sua abitazione o il suo ufficio[40] e nel caso in cui l'atto di citazione era stato notificato, nel termine di quindici giorni, al solo curatore, ciò non creava problematiche a condizione che il giudice ordinasse l'integrazione del contraddittorio nei confronti del creditore istante[41].

Il quarto comma della disposizione oggetto di esame già prevedeva che l'opposizione non sospendeva l'esecuzione della sentenza dichiarativa di fallimento. Tuttavia nient'altro aggiungeva la norma. Ecco che di fronte ad un simile scenario normativo c'era già chi[42] riteneva che, durante la pendenza del giudizio di opposizione, fosse consentito al curatore e al giudice delegato evitare che fossero compiuti atti irreparabili.

La ratio giustificativa di tale interpretazione risiedeva nel fatto che, il legislatore, mirava a garantire la stabilità della pronuncia sommaria, in quanto l'opposizione non sospendeva l'esecuzione del provvedimento. Quest'ultima poteva essere inficiata solo dal passaggio in giudicato della sentenza di revoca conclusiva del giudizio di opposizione.

A tal riguardo la Corte di Cassazione con sentenza del 18 aprile 1991, n. 4187[43], aveva affermato che "gli effetti della sentenza dichiarativa di

---

Con quest'ultima pronuncia il Tribunale ha affermato che "non costituisce contenuto essenziale dell'atto di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento la specifica indicazione dei motivi che s'intendono porre a fondamento dell'impugnazione in quanto il carattere officioso di tale procedimento attribuisce al giudice il potere di riesaminare la legittimità della pronunzia senza limiti che derivano dalla rigorosa applicazione delle norme relative al principio della ripartizione dell'onere della prova".

[40] Vedi TEDESCHI, *ivi*, p. 532.

[41] In dottrina vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*,I, Milano, 1974, pp. 557-558; in giurisprudenza vedi Trib. Venezia 11 marzo 1981, *D. fall*., 1981, II, p.292. Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento notificata soltanto al curatore non è inammissibile; ma il giudice deve ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti del creditore istante".

[42] Vedi TEDESCHI, *Comm. SB*, p. 527.

fallimento possono essere rimossi, sia quanto alla determinazione dello status di fallito, sia quanto agli aspetti conservativi che al medesimo si ricollegano, soltanto col passaggio in giudicato della successiva sentenza di revoca, resa in sede di opposizione, mentre anteriormente a tale momento può provvedersi, in via esclusivamente discrezionale, alla sospensione dell'attività di liquidazione".

Tale regola costituiva una deroga al principio di diritto comune della prevalenza della cognizione ordinaria su quella sommaria. Il fondamento giustificativo di tale difformità s'identificava nelle esigenze di stabilità imposte dalla procedura concorsuale anche se risultava evidente che una simile impostazione si poneva in netto contrasto con i principi di equità.[44]

Per quanto riguarda la costituzione in giudizio, nel silenzio della legge, trovavano[45] applicazione gli artt. 165 e 166 c. p. c.; per il termine di comparizione, invece, l'art. 163 bis c. p. c.

Una questione sulla quale si dibatteva riguardava il curatore, in particolare se esso, per costituirsi in giudizio, doveva essere o meno autorizzato dal giudice delegato in quanto ce chi risolveva la problematica in senso affermativo[46] e chi, invece, in senso contrario[47].

Inoltre il patrocinio risultava essere necessario[48] in quanto l'opponente doveva essere assistito da un difensore fornito di procura rilasciatagli ex art. 83 c. p. c.

---

[43] Corte di Cassazione 18 aprile 1991, n. 4187, in *Giust. Civ. Mass*., 1991, fasc. 4.

[44] Basti pensare alle gravi ripercussioni personali e patrimoniali che discendevano dalla sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti del fallito che, oltretutto, erano destinati a perdurare, nonostante la loro ingiustizia, per tre gradi di giudizio. Inoltre, in caso di revoca, gli effetti discendenti dagli atti legalmente compiuti dagli organi del fallimento restavano salvi ex art. 21 della legge fallimentare.

[45] Vedi V. ANDRIOLI, voce *Fallimento, in Enc. Dir*., Milano, 1967, p.358.

[46] Vedi TEDESCHI, *ibidem*.

[47] Vedi ZAPPAROLI, *Introduzione a uno studio sul contraddittore fallimentare*, Milano, 1962. p. 47.

[48] Vedi Trib. Roma 15 giugno 1959, in *D. fall*, 1959, II, p.826.

Era opinione dominante che, nel giudizio di opposizione, non solo il curatore ma anche tutti i creditori istanti fossero contraddittori necessari[49].

La stessa Corte di Cassazione con sentenza 12 settembre del 1992, n. 10431[50], aveva affermato che "la domanda di estensione del fallimento a soci illimitatamente e solidalmente responsabili, anche se proposta dal solo curatore, costituisce lo sviluppo dell'iniziativa originariamente assunta dai creditori (iniziativa assunta da quest'ultimi per il fallimento della società): iniziativa da intendersi riferita a tutti coloro che per legge debbono rispondere del dissesto denunciato. Conseguentemente, la partecipazione necessaria al giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, in estensione ad altri soci su istanza del

---

[49] Vedi Corte di Cassazione 22 settembre 2000, n. 12448, in *Dir. Fall*., 2001, II, p. 880.

[50] Corte di Cassazione 12 settembre 1992, n. 10431, in *Giust. Civ. Mass*., 1992, fasc. 8-9.
Nel caso di specie, l'errore nel quale sono incorsi i giudici di merito è stato quello di accogliere la pretesa esclusione del litisconsorzio necessario di quei creditori che non avevano chiesto l'estensione della dichiarazione di fallimento nei confronti di altri soci e che, nonostante l'inesattezza di tale pronuncia dei giudici di entrambi i gradi di giudizio, quei creditori sono stati sempre "parti", anche in appello in virtù della loro "vocatio" da parte del socio illimitatamente e solidamente responsabile.
In senso conforme, vedi anche Corte di Cassazione 27 febbraio 1980, n. 1363, in *Giust. Civ. Mass*., 1980, fasc. 2.
Già con quest'ultima pronuncia la stessa Corte aveva affermato che "I creditori istanti per la dichiarazione di fallimento sono contraddittori necessari nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento e conservano tale qualità anche in sede di opposizione alla sentenza estensiva del fallimento alla società di fatto sottostante all'impresa individuale, poiché la domanda di estensione del fallimento,anche se proposta dal curatore, costituisce lo sviluppo dell'iniziativa che è stata originariamente assunta dai creditori e che deve intendersi implicitamente riferita a tutti coloro che per legge debbono rispondere del dissesto denunziato".
Per giurisprudenza di merito vedi Corte di Appello di Cagliari 2 febbraio 1985, in *Dir. Fall*., 1986, II, p. 48.
Con tale pronuncia la Corte ha compiuto un'ulteriore precisazione in quanto ha affermato che "poiché i creditori istanti per la dichiarazione di fallimento sono contraddittori necessari nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa, devesi ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i creditori anche nel caso di una istanza cumulativa presentata da più creditori con un unico atto".
In dottrina vedi U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*,II, Torino, 1961, pp. 655-656, P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p.122, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, pp. 546-547.

curatore, deve essere considerata attribuita nell'interesse di tutti i creditori istanti, anche per il loro evidente e ragionevole maggior profitto, atteso l'allargamento della garanzia patrimoniale".

In tale prospettiva se l'atto di opposizione al fallimento non risultava notificato, oltre che al curatore, anche ai creditori istanti il giudice istruttore doveva provvedere ad ordinare l'integrazione del contraddittorio ex art. 331 c. p. c.[51]

Tuttavia una simile impostazione merita una puntualizzazione che la stessa Corte di Cassazione aveva compiuto.

In particolare nella sentenza del 7 luglio del 1992, n. 8268[52], essa aveva chiarito che "se ogni creditore di un imprenditore insolvente è in astratto legittimato a richiedere il fallimento del proprio debitore, perché in concreto acquisti l'effettiva qualità di creditore istante, occorre che egli proponga ricorso al tribunale ex art. 6 della legge fallimentare, che assuma cioè formalmente e specificamente l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, ed inoltre che la pronuncia del fallimento derivi effettivamente dalla suddetta iniziativa, sia cioè da porsi in collegamento causale con l'istanza del creditore. Di modo che, come non può ritenersi creditore istante il creditore che si sia limitato a sollecitare i poteri officiosi del tribunale fallimentare o l'iniziativa di altri organi o soggetti legittimati, quali ad esempio il curatore o il pubblico ministero, anche fornendo in proposito elementi in ordine alla sussistenza di presupposti per la dichiarazione di fallimento, così del pari la predetta qualità non può essere riconosciuta

---

[51] Vedi Trib. Chieti 8 luglio 1986, in *Dir. Fall*., 1986, II, p.973.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "qualora nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento l'atto introduttivo risulti notificato ad uno o ad alcuni soltanto dei creditori istanti, litisconsorti necessari nel giudizio stesso assieme al curatore, il giudice istruttore è tenuto a disporre, a norma dell'art. 331 c. p. c., l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri in un termine perentorio, da lui fissato, decorso inutilmente il quale l'opposizione deve essere dichiarata inammissibile".

[52] Vedi Corte di Cassazione 7 luglio 1992, n. 8268, in *Giust. Civ. Mass*., 1992, fasc. 7.

nemmeno quando, pur in presenza di un'istanza del creditore, il fallimento sia dichiarato sulla base ed in conseguenza di una diversa iniziativa, ad esempio d'ufficio o su richiesta dello stesso debitore.

Al creditore che non possa definirsi istante nei sensi sopra precisati può anche riconoscersi un interesse che lo abiliti ad intervenire nel giudizio di opposizione per sostenere le ragioni di una delle parti principali, ma *egli appunto non è contraddittore necessario*, e potrebbe spiegare solo intervento adesivo dipendente, con la conseguenza che in tal caso non sarebbe legittimato a proporre impugnazione autonoma contro la sentenza sfavorevole alla parte adiuvata".

Era questione controversa, in dottrina e giurisprudenza, se fosse[53] o meno[54] necessaria la presenza del debitore, nel giudizio di opposizione,

---

[53] In senso affermativo, in dottrina, vedi DENTI, in *Riv. Trim*., 1951, p. 1015; in giurisprudenza, sempre in senso affermativo, vedi Trib. Milano 19 ottobre 1972, in *Giur. It*.,, 1973, I, 2, p.753.

Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "è vero che nell'art. 18, 3° comma, della legge fallimentare il fallito non è contemplato tra i necessari soggetti del processo di opposizione e che sia la relazione ministeriale al R. D. 267 del 1942 che la giurisprudenza hanno recisamente negato ogni legittimazione al fallito pur nel dissenso di parte della dottrina. Tuttavia tali proposizioni negative devono essere rivedute criticamente alla luce non solo della lettera ma dei principi contenuti nella sentenza n. 141 del 1970 della Corte Costituzionale. (con quest'ultima la Consulta ha affermato che "allo scopo di assicurare la difesa dell'imprenditore fallito, non costituisce mezzo sufficiente il contraddittorio differito alla fase dell'impugnazione. E ciò in riferimento così alle modalità del particolare procedimento di opposizione fallimentare, come alla disciplina della sentenza dichiarativa di fallimento, cui l'ordinamento attribuisce efficacia immediatamente esecutiva, non suscettibile di sospensione a seguito dell'atto di opposizione, mentre la rimozione degli effetti di essa conseguono soltanto e con inevitabile ritardo, al passaggio in giudicato della pronunzia che accolga l'opposizione. L'art. 15 della legge fallimentare è quindi costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui, con sostanziale pregiudizio del diritto di difesa, non statuisce l'obbligo del tribunale di ordinare la comparizione del debitore. Questa, ovviamente, comportando l'audizione del debitore stesso con la possibilità di sue deduzioni e difese, anche in confronto dei creditori istanti, non senza assistenza tecnica, deve essere inquadrata e contenuta nella vigente normativa circa il procedimento di cognizione sommaria, nell'ambito delle finalità e delle speciali ragioni di urgenza e tempestività, cui è informata la disciplina della dichiarazione di fallimento"). L'affermata inderogabilità della citazione del debitore innanzi al tribunale ex art. 15 della legge fallimentare non ha, in realtà, esclusivi fini e valori di attuazione di un efficace esercizio del diritto di difesa ma di riconduzione della decisione del giudice fallimentare nell'alveo di un processo regolato da principio del contraddittorio, non affievolito, ma armonizzato alle particolari esigenze di speditezza delle quali la procedura fallimentare è improntata. Ricondotto l'iter processuale della dichiarazione di fallimento nei parametri dell'art. 101 c. p. c. ne consegue che il debitore fallendo deve essere considerato destinatario di una situazione che esige una legittima vocatio in ius non solo nella fase camerale, ma

qualora la relativa azione fosse stata proposta da un soggetto diverso dal debitore.

Infine, per quanto riguarda, la partecipazione del pubblico ministero nel giudizio di opposizione la Corte di Cassazione, in più sentenze, aveva ribadito che l'intervento di tale soggetto costituiva una facoltà e non un obbligo.

Nella sentenza del 19 settembre 1995, n. 9884[55], la stessa Corte aveva affermato che "nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento tale intervento non era obbligatorio (la Corte ricorda altre sentenze passate nelle quali aveva già espresso il medesimo orientamento, ovvero la numero 5854 del 1986 e la numero 1919 del 1973) e si verificava soltanto quando il pubblico ministero ravvisava, nel procedimento, un pubblico interesse e l'opportunità di intervenire per tutelarlo specificatamente. La facoltà di chiedere il fallimento, ex art. 6, non costituiva, infatti, per il p.m., esercizio di un potere d'azione risolvendosi esso in una denuncia al tribunale perché questo provvedesse d'ufficio".

Con riferimento, invece, alla posizione dei creditori interessati al rigetto dell'opposizione, e più in generale dei terzi interessati a

---

anche in tutte le articolate fasi processuali nella quali la statuizione è assoggettata a riesame critico. La posizione di parte del processo non può essere espropriata o comunque tolta al fallito fino a che la statuizione di cui è destinatario non è divenuta irrevocabile col giudicato. Il collegio è convinto che la Corte Costituzionale, con la sentenza prima citata, abbia inciso nel processo fallimentare adeguandolo alla struttura generale del processo civile, pur conservandogli i limiti necessari per le particolari esigenze di speditezza. Questo adeguamento rende necessario e consequenziale il riconoscimento della legittimazione passiva del fallito nel processo di opposizione. Diversamente le statuizioni della Corte Costituzionale sarebbero incomplete e prive di rilevante contenuto di attuazione".

[54] In senso negativo, in dottrina, vedi U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, pp. 652-653; in giurisprudenza, sempre in senso negativo, vedi Trib. Milano 5 luglio 1979, in *Il fall*., 1981, p. 138.
Il Tribunale con tale pronuncia ha dichiarato che "quando l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento è stata proposta da qualunque interessato, non sussiste obbligo di integrazione del contraddittorio nei confronti del fallito nei cui confronti pertanto, in difetto di tale notifica, non si pone in essere alcuna lesione dei suoi diritti costituzionalmente garantiti".

[55] Vedi Corte di Cassazione 19 settembre 1995, n. 9884, in *Dir. Fall*., 1996, II, p. 482.

mantenere fermo il fallimento, era opinione prevalente[56] quella seconda la quale tali soggetti potevano intervenire nel relativo giudizio e tale intervento era stato qualificato dalla stessa Corte di Cassazione[57] come intervento adesivo dipendente.

In particolare, relativamente a quest'ultimo profilo, la Corte di Cassazione aveva affermato che "era senz'altro da escludere che l'intervento di un creditore nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento del proprio debitore, da questi promosso, potesse assumere carattere principale. Tale è, infatti, l'intervento di chi intenda far valere, nei confronti di tutte le parti, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo già dedotto nel processo. Ed è agevole comprendere come la struttura stessa del giudizio di opposizione a fallimento non tolleri la possibilità di un intervento di questo tipo, perché l'oggetto di quel giudizio è rigorosamente limitato alla verifica delle condizioni richieste dalla legge per farsi luogo all'indicata procedura concorsuale, e non sarebbe quindi concepibile ospitare nel medesimo processo anche domande di terzi che non fossero unicamente rivolte a sollecitare l'accoglimento o il rigetto dell'opposizione. Era sulla base di tali osservazioni che la stessa Corte aveva ritenuto che l'intervento in causa non poteva che avere carattere adesivo in quanto destinato a sostenere le ragioni di una delle parti originarie del giudizio nei confronti dell'altra. Restava però da stabilire se si trattasse di un intervento adesivo autonomo oppure dipendente. E

---

[56] In dottrina vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p.79, U.AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, pp. 671-672. In giurisprudenza vedi Corte di Cassazione 10 settembre 1991, n. 9491, in *Il fall*., 1992, p. 369.
Con tale pronuncia la Corte di Cassazione ha affermato che "nel fallimento dichiarato indipendentemente da un'iniziativa di parte manca il creditore richiedente, quale contraddittore necessario nel giudizio di opposizione, ma nulla vieta che questi vi intervenga, in quanto interessato al rigetto dell'opposizione stessa, diventandone parte processuale con la costituzione in giudizio ed acquisendo il diritto al pagamento delle spese processuali in caso di soccombenza dell'opponente".

[57] Vedi Corte di Cassazione 27 maggio 1997, n. 4698, in Il fall., 1998, p. 151.

ciò dipende dalla possibilità d'individuare, in capo al terzo, un diritto proprio, che egli faccia valere intervenendo in giudizio contro una delle parti ed in appoggio all'altra, o di ravvisare soltanto un suo interesse, benché giuridicamente rilevante, a sostenere le ragioni di quest'ultima parte, che non sarebbe però tale da legittimarlo eventualmente anche ad assumere un'iniziativa autonoma.

La Corte, nella pronuncia in esame, aveva sciolto tale questione prevedendo che le già indicate caratteristiche del giudizio di opposizione a fallimento, ed in specie il suo essere un giudizio ad oggetto limitato, rendono difficile ipotizzare che il terzo possa far valere in giudizio un diritto suo proprio, anche se nei confronti di una sola delle parti in causa a sostegno delle ragioni dell'altra.

Nel caso di specie, il terzo era intervenuto per contrastare la dichiarazione di fallimento in appoggio all'opposizione proposta dal fallito. L'organo di legittimità aveva precisato che anche in tale ipotesi l'intervento del terzo doveva essere qualificato come adesivo dipendente in quanto se da un lato, non vi erano dubbi, che l'art. 18 della legge fallimentare già prevedeva che l'opposizione potesse essere proposta da qualunque interessato e, quindi, in ragione di tale previsione, si poteva individuare un' autonoma posizione di diritto soggettivo che legittimava il terzo a richiedere in giudizio la revoca di un provvedimento destinato a produrre effetti solo in una sfera giuridica altrui; dall'altro lato una simile obiezione poteva avere fondamento solo a condizione che l'intervento fosse stato spiegato quando ancora il terzo era titolare di un potere di azione suo proprio, ovvero non fosse decorso il termine di quindici giorni dalla pubblicazione della sentenza mediante la sua affissione.

Poiché nel caso in esame il terzo era intervenuto quando ormai il termine per proporre un autonomo atto di opposizione era decorso, a siffatto intervento non poteva che essere attribuito carattere adesivo dipendente".

Infine era questione discussa se l'intervento del terzo interessato al rigetto o all'accoglimento dell'opposizione fosse[58] o meno[59] ammissibile dopo il decorso del termine per proporre opposizione.

Un ulteriore aspetto che la giurisprudenza dell'epoca aveva dovuto affrontare era se il giudice competente a decidere sull'opposizione fosse monocratico o collegiale. Essa[60] si era espressa nel senso della collegialità del relativo giudice. A tal riguardo è opportuno rilevare, anche se una simile osservazione già veniva ad essere svolta in passato, che il controllo su una decisione collegiale, come è quella con cui viene pronunciato il fallimento, non può che essere attribuito anch'esso ad un organo collegiale.

Di conseguenza, una simile impostazione, poneva un interrogativo, ovvero se si veniva o meno a configurare un'ipotesi di astensione obbligatoria e, quindi, di ricusazione ex art. 51, n. 4, del c. p. c. nel caso in cui il collegio che decideva sull'opposizione era costituito, in tutto o in parte, dagli stessi magistrati che avevano deciso dell'apertura del fallimento.

La questione, quindi, aveva ad oggetto l'art. 51, n. 4, c. p. c. che afferma che "il giudice ha l'obbligo di astenersi nella causa se ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo".

Quindi la problematica ruotava intorno al concetto di "altro grado del processo" poiché, a seconda dell'interpretazione si veniva o meno a configurare l'ipotesi di ricusazione.

La Corte Costituzionale, inizialmente, aveva interpretato in senso restrittivo la nozione di "altro grado del processo" ritenendo che, il principio d'incompatibilità non trovava applicazione quando, il precedente giudizio, era a cognizione sommaria in quanto il giudice,

---

[58] In senso affermativo vedi TEDESCHI, *Comm. SB*, pp. 507- 508;
Trib. Napoli 17 gennaio 1964, in *Giur. It*., 1965, I, 2, p. 782.

[59] In senso negativo vedi TONNI, in *Foro pad*., 1960, I, p.499.

[60] Vedi Trib. Torino 6 dicembre 1995, in *Il fall*., 1996, p.297;
Trib. Milano 13 febbraio 1997, in *Il fall*., 1997, p. 761.

nel successivo, a cognizione piena, poteva seguire un iter logico-argomentativo diverso. Tale orientamento era stato seguito dal giudice delle leggi nella sentenza n. 326 del 1997[61]. Si trattava di un'argomentazione che, nel caso di specie, poteva essere apprezzata in quanto la fase sommaria aveva ad oggetto la concessione di una misura cautelare e, quindi, l'ottica in cui si poneva il giudice era diversa da quella della fase successiva. Di conseguenza quest'ultima, in tale ipotesi, non poteva essere paragonata ad una impugnazione.

Il ragionamento seguito dalla Consulta dava adito a perplessità in tutte quelle ipotesi nelle quali la fase sommaria era idonea al giudicato in quanto l'eventuale fase a cognizione piena, finalizzata, appunto, ad impedire il formarsi del giudicato, ben poteva essere accostata ad un'impugnazione della misura sommaria. Sulla base di ciò non vi era dubbio che l'opposizione verso la sentenza dichiarativa di fallimento doveva essere annoverata tra quei casi che lasciavano spazio ad incertezze in ordine alla possibile configurazione di un'ipotesi di ricusazione.

---

[61] Corte Costituzionale 27 ottobre 1997, n. 326, www.cortecostituzionale.it. Con tale pronuncia la Consulta ha affermato che " la concessione ante causam della misura cautelare si fonda solo sui presupposti del pregiudizio grave ed irreparabile e del fumus boni iuris, ovvero su di una valutazione probabilistica circa le buone ragioni dell'attore, le quali vanno preservate dal rischio di restare irreversibilmente compromesse durante il tempo necessario a farle valere in via ordinaria.

Da qui il carattere strumentale assunto dal provvedimento cautelare e la connessa struttura sommaria della cognizione. Quest'ultima è finalizzata alla semplice verifica dei presupposti anzidetti e non può, per definizione, interferire con la cognizione piena al cui esito soltanto matura la decisione di merito. Il materiale probatorio raccolto ante causam non è di per sé destinato, in ragione delle diverse finalità istruttorie, ad assumere una sua evidenza nel giudizio successivo rilevando semmai come mero argomento di prova. Sicchè è la stessa logica secondo la quale il procedimento si struttura a garantire l'imparzialità del giudice, in conseguenza della diversa ottica in cui egli necessariamente si pone. La cognizione che il codice di procedura civile attribuisce al giudice in sede di provvedimenti cautelari ante causam lascia dunque assolutamente irrisolto il quesito circa l'esito del giudizio e non anticipa affatto la decisione del merito, mirando solo a tutelare temporaneamente un preteso diritto onde salvaguardarlo dal pregiudizio grave ed irreparabile, ravvisato sulla base di una valutazione provvisoria e di semplice verosomiglianza. L'ipotizzabile coinvolgimento, in concreto, di quel giudice nel merito della causa rappresenta un'eventualità anormale che può essere effetto soltanto di un marcato allontanamento dalla struttura codicistica del processo cautelare e dalla funzione essenziale di questo".

Tale scenario aveva indotto la Corte Costituzionale a non interpretare più in senso restrittivo il concetto di "altro grado di giudizio": con sentenza del 23 dicembre 2005, n. 460,[62] aveva precisato, in motivazione, che "per altro grado del processo ben poteva intendersi anche il procedimento che si era svolto davanti al medesimo ufficio giudiziario quando, per le caratteristiche decisorie e potenzialmente definitive del provvedimento che chiudeva la prima fase e, per la sostanziale identità di valutazioni da compiersi in entrambe le fasi, nel rispetto del principio del contraddittorio, anche se realizzato con modalità de formalizzate, il secondo assumeva il valore di vera e propria impugnazione.

Alla luce di tale considerazione, aggiungeva la Corte, la fase dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento assumeva certamente valore impugnativo, con contenuto sostanziale di revisio prioris instantiae, in quanto, non solo era idonea al giudicato, in caso di mancata opposizione, e le condizioni che legittimavano il provvedimento erano oggetto di rivalutazione in sede di opposizione, ma, proprio in ragione della gravità delle conseguenze che derivano dalla dichiarazione di fallimento, rende evidente che la sommarietà della cognizione camerale andava intesa nel senso non già di parzialità o superficialità bensì di de formalizzazione.

Se la dichiarazione di fallimento, rilevava la Consulta, poteva seguire ad una cognizione parziale od incompleta, nella quale gli elementi utilizzabili dal giudice per la decisione non fossero stati assunti nel contraddittorio, sia pur non formalizzato, delle parti, la disciplina

---

[62] Cfr. Corte Costituzionale 23 dicembre 2005, n. 460, in *Foro it*., 2006, I, 639 con nota di M. Fabiani che a partire da tale affermazione aveva argomentato che "l'obbligo di astensione ricorre non solo per i processi d'impugnazione in senso stretto, ma anche per quelli in apparenza " bifasici", laddove nella prima fase la cognizione sommaria debba essere intesa come de formalizzata e non come provvisoria, insufficiente o approssimativa. In particolare la vocazione alla stabilità della decisione assunta al termine della prima fase, sarebbe emblematicamente dimostrativa della necessità di qualificare in termini di " impugnazione" il successivo giudizio deputato al controllo".

legislativa, che consentiva effetti potenzialmente decisivi, sarebbe stata di dubbia costituzionalità".

Era sulla base di tali argomentazioni che l'organo di legittimità delle leggi aveva affermato l'applicabilità del principio d'incompatibilità alla disciplina contenuta nell'art. 18, legge fallimentare previgente.

Tuttavia la soluzione formulata in tale pronuncia poteva essere applicata solo all'opposizione contro la sentenza dichiarativa di fallimento, quindi, solo rispetto a tale ipotesi trovava applicazione il principio dell'incompatibilità, ovvero il giudice delegato della fase sommaria non poteva partecipare alla fase successiva. E ciò lo aveva affermato la stessa Corte nella pronuncia in questione poiché in tutte le altre ipotesi, per essa, non ricorreva la medesima ratio, ovvero la presenza di un altro grado di giudizio. Di conseguenza, nel caso di opposizione al decreto di accertamento dello stato passivo, non trovava applicazione il principio d' incompatibilità.

Quest'ultimo aspetto, come successivamente vedremo, non era condiviso dalla dottrina.

Nel regime previgente parte della dottrina riteneva che il giudizio di opposizione fosse governato dal principio dispositivo[63]; altra, invece, da quello inquisitorio[64].

---

[63] Il principio dispositivo è, in realtà, un insieme di principi che vanno considerati separatamente giacchè la disciplina positiva ben potrebbe conformarsi ad uno e discostarsi dall'altro. Tali principi possono essere così riassunti: è vietato al giudice avviare il processo in assenza di azione della parte; è vietato al giudice fondare la sua decisione su fatti diversi da quelli che le parti hanno allegato; è vietato al giudice pronunciarsi a favore o contro soggetti diversi dalle parti, di accordare o negare cosa diversa da quella domandata dalla parte e di sostituire il fatto costitutivo del diritto fatto valere dalla parte con uno diverso; è vietato al giudice fondare la sua decisione su mezzi di prova diversi da quelli proposti dalle parti.
In tale prospettiva vedi ANDRIOLI, voce *Fallimento*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1967, pp. 352-353; F. FERRARA- A. BORGIOLI, *Il fallimento*, 5^ ed., Milano, 1995, p. 253; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, p. 563.

[64] Il principio inquisitorio, invece, riconosce al giudice un ruolo più attivo.
In questo senso vedi TEDESCHI, *Comm. SB*, p. 509 ss.; NATOLI, *Foro pad*., 1951, I, p. 213; DENTI, *Giur. It*., 1953, I, 2, p. 301.

La giurisprudenza aveva risolto tale diatriba nel senso dell'applicabilità del principio inquisitorio. Tale orientamento era stato espresso dalla Corte di Cassazione in diverse occasioni; in particolare nella pronuncia del 26 luglio 1994, n. 6953[65], aveva affermato che "nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, il carattere officioso del processo importava che il giudice potesse prendere in esame, ai fini della prova relativa ai presupposti della dichiarazione di fallimento, tutte le risultanze processuali, senza distinzioni tra oneri spettanti all'attore ed oneri spettanti al convenuto"; nella pronuncia del 28 marzo 1990, n. 2539[66], l'organo in questione aveva affermato che "in sede di opposizione alla dichiarazione di fallimento sussisteva il potere-dovere del giudice di riscontrare, anche d'ufficio, la sussistenza dello stato d'insolvenza e di ogni altro presupposto del fallimento medesimo, potendosi avvalere di tutti gli elementi che aveva acquisito, ivi inclusi quelli relativi alla fase processuale che si era conclusa con detta dichiarazione; l'ufficiosità del processo si proiettava anche nel grado di appello, salvo le preclusioni verificatesi su punti che già erano stati decisi con statuizioni non impugnate".

Anche la giurisprudenza di merito si era espressa in tale senso: a conferma di ciò la Corte di Appello di Trieste con sentenza del 6 dicembre 1988[67] aveva affermato che "l'opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento è un giudizio avente per oggetto diritti non disponibili in vista delle finalità di pubblico interesse proprie del procedimento concorsuale, di conseguenza il giudice è tenuto a

---

[65] Corte di Cassazione 26 luglio 1994, n. 6953, in *Il fall*., 1995, p.266.
Nel caso di specie la Corte di Cassazione si era dovuta pronunciare su di una decisione della Corte d'Appello con la quale essa era andata ad accertare e ricostruire quali fossero i reali rapporti tra le parti in quanto l'intento di queste era quello di occultare il rapporto societario.

[66] Corte di Cassazione 28 marzo 1990, n. 2539, in *Giur. It*., 1990, I, 1, p.1727.

[67] Corte di Appello di Trieste 6 dicembre 1988, in *Il fall*., 1989, p. 812.

verificare, anche d'ufficio, l'esistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla legge per farsi luogo alla pronuncia predetta"; il Tribunale di Como con sentenza del 27 giugno 1989[68] aveva sostenuto che "in sede di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, l'indagine relativa allo stato d'insolvenza poteva fondarsi anche su elementi diversi da quelli presi in esame al momento in cui il fallimento era stato dichiarato (tengo a precisare che nel giudizio di opposizione l'accertamento della situazione d'insolvenza va compiuta con riferimento alla data di dichiarazione di fallimento), purchè avessero attinenza con la situazione esistente alla data della dichiarazione di fallimento".

In tale prospettiva, la giurisprudenza prevalente escludeva l'operatività del principio dell'onere della prova, espresso nell'art. 2697 c.c.[69], nel giudizio di opposizione.

A titolo esemplificativo è utile citare la sentenza 2 settembre 2005, n. 17698[70], con la quale la Corte di Cassazione aveva affermato che "nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, in considerazione del suo carattere officioso, il giudice aveva il potere-dovere di accertare l'esistenza dei presupposti richiesti per l'apertura della procedura concorsuale anche in base agli atti del fascicolo fallimentare, le cui acquisizioni conoscitive rientravano nella categoria delle prove atipiche, delle quali il giudice poteva avvalersi per siffatto accertamento, e, quindi, erano suscettibili di essere valutate a detto scopo anche le dichiarazioni rese nella fase prefallimentare dal fallito, oppure da un soggetto privo della capacità a testimoniare, ai sensi

---

[68] Tribunale di Como 27 giugno 1989, in *Dir. Fall*., 1990, II, p. 566.

[69] Art. 2697 c. c.: " Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.
Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda".

[70] Corte di Cassazione 2 settembre 2005, n. 17698, in *Giust. Civ., Mass*., 2005, fasc. 6.

dell'art. 246 c. p. c., norma quest'ultima che rileva nell'ambito di un procedimento contenzioso in atto e non quindi in una fase ad esso antecedente, in quanto titolare di un interesse che lo legittimava ad intervenire nel giudizio di opposizione (nella specie, creditore del fallito)".

Tuttavia la giurisprudenza non assumeva una posizione di netta chiusura in ordine all'operatività del principio dispositivo nel giudizio di opposizione: nella sentenza sopra citata, la n. 2539 del 1990, la Corte di Cassazione aveva affermato che se da un lato sussisteva il potere-dovere del giudice dell'opposizione di riscontrare, anche d'ufficio, la sussistenza dello stato d'insolvenza e di ogni altro presupposto del fallimento medesimo; dall'altro lato restava ferma l'applicabilità del principio generale sull'onere delle parti di fornire la prova delle rispettive allegazioni.

Nel medesimo senso si era espressa la stessa Corte anche nella sentenza del 17 marzo 1997, n. 2323[71].

Inoltre, come già possiamo evincere dalle pronunce sopra citate, il giudice dell'opposizione aveva il potere-dovere di attingere, anche d'ufficio, al fascicolo fallimentare[72] per acquisire ogni elemento utile ai fini della decisione.

A sostegno di tale impostazione possiamo citare ulteriori sentenze, ovvero quella del 2 giugno 1997, n. 4886[73], con la quale la Corte di

---

[71] Corte di Cassazione 17 marzo 1997, n. 2323, in *Il fall*., 1998, p. 29.

[72] Il fascicolo fallimentare veniva, e tutt'ora viene, formato dal cancelliere immediatamente dopo la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.
In esso erano contenuti, e tutt'ora sono contenuti, tutti gli atti, i provvedimenti ed i ricorsi attinenti al procedimento, esclusi quelli che, per ragioni di riservatezza, dovevano, e tutt'ora devono, essere custoditi separatamente.

[73] Corte di Cassazione 2 giugno 1997, n. 4886, in *Il fall*., 1997, p. 1207.
Nel caso di specie la Corte d'Appello aveva desunto dagli atti del fascicolo fallimentare, e più dettagliatamente dai documenti allegati ai ricorsi per fallimento ed alle istanze di ammissione al passivo dei crediti, l'esistenza dei contratti di leasing. Era sulla base di quest'ultimi che il giudice di merito affermava il carattere della commercialità dell'attività imprenditoriale.

Cassazione aveva affermato che "in ragione del carattere officioso della procedura, il giudice dell'opposizione poteva e doveva direttamente ricercare e verificare se sussistevano le condizioni richieste dalla legge per la dichiarazione di fallimento, anche a prescindere dall'iniziativa probatoria delle parti a ciò interessate, potendo, tra l'altro, acquisire il fascicolo relativo alla procedura fallimentare in corso"; anche nella pronuncia del 6 marzo 1996, n. 1771[74], che la stessa Corte richiama nella sentenza appena citata, si ribadiva che il giudice poteva d'ufficio accedere agli atti contenuti nel fascicolo fallimentare ai fini dell'accertamento della sussistenza dei presupposti della fallibilità richiesti dalla legge.

Era questione dibattuta se il fascicolo fallimentare si dovesse o meno considerare acquisito di diritto agli atti del giudizio di opposizione.

Sul punto si erano venuti a delineare due diversi orientamenti: da un lato c'era chi[75] optava per l'acquisizione di diritto e dall'altro, invece, c'era chi[76] riteneva che il fascicolo fallimentare non poteva essere

---

[74] Corte di Cassazione 6 marzo 1996, n. 1771, in *Dir. Fall*., 1996, II, p. 448.
Con tale pronuncia la corte aveva affermato che "nel procedimento di opposizione alla dichiarazione di fallimento il giudice, dato il carattere officioso del giudizio, aveva il potere-dovere di verificare la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge, anche in base agli atti del fascicolo fallimentare.
Inoltre, nella medesima pronuncia, la Corte aveva altresì precisato che l'accertamento relativo poteva essere fondato anche su fatti diversi da quelli considerati al momento dell'apertura della procedura concorsuale, purchè essi
(anche se conosciuti successivamente) fossero riferibili ad un momento anteriore alla dichiarazione di fallimento. Pertanto, la sussistenza dello stato d'insolvenza poteva essere correttamente desunta anche dalle risultanze non contestate dello stato passivo, perché se questo è formato (come normalmente accade) da crediti che risalgono ad un momento anteriore alla dichiarazione di fallimento, esso è suscettibile di essere considerato come elemento idoneo a manifestare lo stato d'insolvenza".

[75] In dottrina vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, p. 584ss.
In giurisprudenza vedi Trib. Roma 7 aprile 1984, in *Dir. Fall*., 1984, II, p.872.
Con tale pronuncia il Tribunale aveva affermato che "nel giudizio di opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento doveva ritenersi virtualmente acquisito il fascicolo fallimentare, ad eccezione degli atti che avevano carattere riservato.
Solo per quest'ultimi era necessario un atto di acquisizione".
Sulla stessa scia si pone Corte di Cassazione 29 ottobre 1979, n. 5645, in *Giust. Civ*. Mass., 1979, fasc. 10.

allontanato dalla cancelleria del tribunale che aveva dichiarato il fallimento e, di conseguenza, l'allegazione degli atti al giudizio di opposizione, indispensabile ai fini del rispetto del principio del contraddittorio, si poteva realizzare o mediante ordine ad una delle parti di produrre copia di determinati atti oppure tramite richiesta di trasmissione d'ufficio del fascicolo, il quale, una volta estratta copia degli atti e dei documenti necessari per la decisione, andava restituito.
Oltre agli elementi ricavabili dal fascicolo fallimentare, il giudice poteva trarre altre fonti di prova, ai fini dell'accertamento dei presupposti richiesti dalla legge per la dichiarazione di fallimento, anche dalla relazione del curatore, se non prodotta dalle parti; dagli elementi di fatto accertati, in sede prefallimentare, dagli organi di polizia[77] e dagli accertamenti compiuti in sede di verificazione dei crediti[78] i quali, anche se non potevano (e tutt'ora non possono) fare stato nel giudizio di opposizione, a meno che su qualche credito non fosse intervenuta sentenza passata in giudicato, potevano essere presi

---

[76] In dottrina vedi TEDESCHI*, Comm. SB*, pp. 514-515.
In giurisprudenza vedi Trib. Torino 27 marzo 1986, in *Il fall*., 1986, p.917.

[77] Vedi TEDESCHI, *op. ult. Cit*., pp.515-516.

[78] Vedi Corte di Cassazione 25 maggio 1993, n. 5869, in *Il fall*., 1993, p. 1140.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "l'accertamento dello stato d'insolvenza, pur se va compiuto con riferimento alla data di dichiarazione del fallimento, può fondarsi anche su fatti diversi da quelli in base ai quali il fallimento è stato dichiarato, purchè si tratti di fatti anteriori alla pronuncia, anche se conosciuti successivamente. La sussistenza della insolvenza può, quindi, essere desunta anche dalle risultanze non contestate dello stato passivo mediante l'acquisizione, anche ufficiosa, degli elementi rilevanti".
Nel caso di specie, dalle risultanze dello stato passivo risultava la presenza di debiti certi, liquidi ed esigibili in quanto la fotocopia del decreto ingiuntivo, posto alla base del ricorso di fallimento formulato dalla Banca creditrice "d'America e d'Italia", non era stato impugnato, dalla parte opponente, per difformità ex art. 2712 c. c.. Inoltre se la presenza di debiti certi, liquidi ed esigibili era un fatto certo, altrettanto certo era il fatto che, come attestavano i risultati della procedura a distanza di circa diciotto mesi dalla sentenza di fallimento, all'atto di dichiarazione di fallimento non esistevano attività liquide o facilmente liquidabili per poter estinguere, sia pure in parte, le passività.
Tale orientamento è stato successivamente riaffermato in Cassazione nella sentenza 6 marzo 1996, n. 1771. Per la relativa collocazione vedere nota 74.

in considerazione ai fini della valutazione complessiva della sussistenza dello stato d'insolvenza.

In virtù dell'oggetto del giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, ovvero una situazione giuridica non disponibile, ai fini della prova del presupposto oggettivo dell'insolvenza, la giurisprudenza[79] aveva rilevato che il mezzo probatorio della confessione era inidoneo ai sensi dell'art. 2731 c.c. nella parte in cui si prevede che "la confessione non è efficace se non proviene da persona capace di disporre del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono".

Anche il giuramento era stato ritenuto inammissibile[80] in ragione del fatto che il giudizio di opposizione non è finalizzato a risolvere una controversia tra due privati ma a ricercare la verità in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti per la dichiarazione di fallimento.

Infine, se dall'accertamento compiuto in sede di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, risultava che lo stato d'insolvenza non sussisteva al momento in cui il fallimento era stato dichiarato, ma si era verificato successivamente, il giudice doveva (e tutt'ora deve) revocare il fallimento[81].

Il giudizio di opposizione, già all'epoca, si concludeva con una sentenza con la quale il giudice poteva revocare il fallimento o rigettare l'opposizione.

---

[79] Vedi Trib. Alessandria 12 marzo 1996, in *Dir. Fall*., 1996, II, p. 683.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "poiché il giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento non ha per oggetto una situazione giuridica disponibile, l'insussistenza dello stato d'insolvenza non può essere provata per confessione, attesa la limitazione posta dall'art. 2731 c.c.".

[80] CUNEO, *Le procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, Milano 1988, p. 308.

[81] Vedi Corte d'Appello di Lecce 11 dicembre 1982, in *Dir. Fall*., 1983, II, p. 709.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "in sede di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento non può tenersi conto di eventi positivi sopravvenuti nel corso della procedura, dovendosi invece fare riferimento soltanto allo stato d'insolvenza esistente al momento della dichiarazione di fallimento".

Con riferimento alla sentenza di revoca del fallimento era opinione prevalente che essa diveniva produttiva di effetti solo in seguito al suo passaggio in giudicato[82].

La giurisprudenza di merito[83], invece, attribuiva provvisoria esecutorietà alla sentenza di revoca. Fra questi c'era chi[84] sosteneva tale interpretazione al fine di realizzare immediatamente l'arresto della procedura fallimentare.

La sentenza di revoca produceva un'efficacia erga omnes[85] ed andava a sostituire quella impugnata[86]. Tuttavia, già nella disciplina previgente, si prevedeva che, in ogni caso, rimanevano fermi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi fallimentari ai sensi dell'art. 21, primo comma[87], della legge fallimentare previgente.

Per quanto riguarda il contenuto della sentenza conclusiva del giudizio di opposizione si riteneva che essa, anche se formalmente unica, poteva contenere due diversi provvedimenti, ovvero quello che decideva in ordine alla legittimità o meno della sentenza dichiarativa di fallimento e quello con il quale il giudice dell'opposizione era andato a decidere sulla domanda di risarcimento dei danni eventualmente

---

[82] In dottrina vedi V. ANDRIOLI, voce *Fallimento*, in *Enc. Dir*., Milano, 1967, p. 358 ss; F. FERRARA e A. BORGIOLI, *Il fallimento*, 5^ ed., Milano, 1995, p. 259. In giurisprudenza vedi Corte di Cassazione 28 aprile 1973, in *Foro it*., 1973, I, p. 3428.

[83] Vedi Trib. Cagliari 17 aprile 1984, in *Giur. Comm*., 1985, II, p. 373.
Nel caso di specie il tribunale ha emesso sentenza di revoca del fallimento in quanto nel momento in cui è stato dichiarato non sussisteva lo stato d'insolvenza. A tale conclusione l'organo è giunto anche se, nel frattempo, il fallimento è stato chiuso per mancanza di domande di ammissione al passivo.
Ha altresì dichiarato la provvisoria esecutività della sentenza di revoca.

[84] Vedi Corte di Appello di Milano 25 novembre 1965, in *Foro it*., 1966, I, p.193.

[85] Vedi U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, pp. 688- 689; TEDESCHI, *Comm. SB*, pp. 541- 542.

[86] Vedi TEDESCHI, *op. ult. Cit*., p. 591.

[87] Art. 21, 1° comma, legge fallimentare previgente: "Se la sentenza dichiarativa del fallimento è revocata restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi del fallimento".

cagionati al debitore da parte del creditore istante. Già all'epoca, infatti, si riteneva che la domanda di risarcimento del danno derivante da infondata istanza di fallimento seguita dalla relativa dichiarazione rientrasse nella competenza funzionale[88] dello stesso giudice fallimentare in sede di opposizione alla dichiarazione di fallimento ed era, quindi, improponibile in un separato giudizio[89].

In riferimento, invece, alle spese del giudizio di opposizione, nel silenzio della legge, si riteneva che il relativo onere andasse distribuito secondo il comune criterio della soccombenza[90].

In particolare, nel caso di *rigetto dell'opposizione proposta dal fallito*, le spese processuali del giudizio di opposizione sostenute dalla curatela finivano (e tutt'ora finiscono) per gravare sulla massa fallimentare in quanto il fallito per definizione dovrebbe esserne impossibilitato, essendo stati tutti i suoi beni acquisiti all'attivo fallimentare; per quanto riguarda, invece, le spese sostenute dal fallito opponente per la difesa queste si ponevano (e tutt'ora si pongono) esclusivamente a suo carico: il legale che lo abbia difeso non poteva (e tutt'ora non può) essere ammesso al passivo e tantomeno riconoscere, al suo credito, un soddisfacimento in prededuzione ai sensi dell'art. 111 della legge

---

[88] La competenza funzionale, a differenza di quella per territorio, materia e valore, è frutto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.
Il criterio di competenza funzionale permette di individuare, in via esclusiva, a quale organo o a quale singolo magistrato fa capo una specifica funzione giurisdizionale.

[89] Vedi V. ANDRIOLI, voce *Fallimento*, in *Enc. Dir*., Milano, 1967, p.358.
In giurisprudenza vedi Corte di Cassazione 6 dicembre 1994, n. 10451, in Il fall., 1995, p.409.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "secondo una costante giurisprudenza di questa corte, la domanda di risarcimento del danno derivante da infondata istanza di fallimento, ove questa abbia fatto seguito la dichiarazione di fallimento, è affidata alla competenza funzionale dello stesso giudice fallimentare in sede di opposizione alla dichiarazione di fallimento e non può essere proposta in separato giudizio, neppure davanti allo stesso uffizio giudiziario. La Corte richiama anche altre precedenti pronunce in tal senso, ovvero la numero 8154 del 1990 e la numero 10556 del 1993".

[90] Vedi U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, p. 682.

fallimentare previgente[91]; in riferimento, infine, alle spese sostenute dal creditore istante nel giudizio di opposizione proposto dal fallito, in tal caso, la questione era controversa: secondo un'opinione[92] le relative spese dovevano essere considerate oggetto di crediti privilegiati ex degli artt. 2755[93], 2770, 1° comma[94], e 2777[95] c.c. ; secondo altri[96] dovevano essere rimborsate con la prededuzione ai sensi dell'art. 111 della legge fallimentare previgente[97]; secondo un altro orientamento[98], invece, rimanevano esclusivamente a carico dell'opponente fallito, a meno che il creditore istante non avesse svolto un'attività processuale nell'interesse del fallimento, ad esempio nel caso d'inerzia o

---

[91] Vedi TEDESCHI*, Comm. SB*, p.544.

[92] Vedi U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, p. 683.
In giurisprudenza vedi Corte di Cassazione 22 aprile 1959, n. 1201, in *Foro it.,* 1959, I, p. 1501. In senso conforme a quest'ultima pronuncia, vedi anche quella successiva della stessa Corte di Cassazione 23 ottobre 1959, n. 3040.

[93] Art. 2755 c.c.: "I crediti per spese di giustizia fatte per atti conservativi o per espropriazione di beni mobili nell'interesse comune dei creditori hanno privilegio sui beni stessi".

[94] Art. 2770, 1° comma, : "I crediti per le spese di giustizia fatte per atti conservativi o per l'espropriazione di beni immobili nell'interesse comune dei creditori sono privilegiati sul prezzo degli immobili stessi".

[95]Art. 2777 c.c.: " I crediti per spese di giustizia enunciati dagli artt. 2755 e 2770 sono preferiti ad ogni altro credito anche pignoratizio o ipotecario".

[96] Vedi F. FERRARA- A. BORGIOLI, *Il fallimento*, 5^ed., Milano, 1995, p. 244.
In giurisprudenza vedi Corte di Cassazione 13 luglio 1968, n. 2502, in *Foro.it*, 1969, I, p. 477.

[97] Art. 111 legge fallimentare, versione previgente, punto 1: "Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:

1- per il pagamento delle spese, comprese e spese anticipate dall'erario, e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa se questo è stato autorizzato".

Le spese e i debiti di cui al n. 1 dell'art. in esame corrispondono ai c.d. debiti della massa. Essi vengono assunti in occasione ed in funzione del procedimento fallimentare dagli organi fallimentari subentrati al fallito nell'amministrazione e nella disponibilità dei suoi beni. Si parla, in riferimento ad essi, di prededuzione con riguardo alle modalità di pagamento.

[98] Vedi TEDESCHI, Comm. SB, p. 544 ss; V. ANDRIOLI, voce *Fallimento, in Enc. Dir.*, Milano, 1967, p. 359.
In giurisprudenza vedi Trib. Milano 6 marzo 1997, in *Il fall*., 1997, p.854.

contumacia del curatore. Solo in tale ipotesi i relativi crediti potevano godere del trattamento di cui all'art. 111, numero 1, della legge fallimentare.

Se, invece, *l'opposizione rigettata era stata proposta da un terzo*, le spese processuali del relativo giudizio gravavano su di esso. In tale contesto si riteneva che, sul presupposto della necessaria presenza del fallito nel giudizio di opposizione proposto da un soggetto diverso da quest'ultimo, la condanna per le spese a suo favore ricadeva nel patrimonio separato a titolo di beni sopravvenuti[99].

Nel caso, invece, di *accoglimento dell'opposizione*, l'art. 21, terzo comma[100], della legge fallimentare previgente prevedeva, nella prima parte, che le spese del relativo giudizio e della causa di danni gravavano sul creditore che aveva fatto istanza di fallimento, se esso era stato condannato al risarcimento dei danni per aver agito con colpa in ordine alla richiesta di fallimento.

Se, invece, il creditore istante non era stato condannato al risarcimento dei danni si dibatteva su chi dovessero gravare le spese processuali del giudizio di opposizione in quanto il d.l. 23 agosto 1946, n. 153[101], aveva soppresso il ruolo degli amministratori giudiziari con

---

[99] Vedi TEDESCHI, *op. ult.cit.* , p. 548.

[100] Art. 21, 3° comma, legge fallimentare previgente: "Le spese di procedura e il compenso al curatore sono a carico del creditore istante che è stato condannato ai danni per avere chiesto la dichiarazione di fallimento con colpa. In caso contrario il curatore può ottenere il pagamento, in tutto o in parte, secondo le modalità stabilite dalle speciali norme vigenti per l'attribuzione di compensi ai curatori che non poterono conseguire adeguate retribuzioni".

[101] L'art. 27 della legge fallimentare, versione originaria, prevedeva che "Presso ogni tribunale è istituito il ruolo degli amministratori giudiziari, fra i quali è scelto il curatore di fallimento. Il tribunale tuttavia, per motivi da enunciarsi nella sentenza dichiarativa di fallimento, può scegliere il curatore nel ruolo degli amministratori di un altro tribunale del distretto della corte d'appello.
In casi eccezionali, il Tribunale, per motivi da enunciarsi nella sentenza dichiarativa di fallimento, può scegliere il curatore fra persone idonee anche non iscritte nel ruolo degli amministratori giudiziari.
Le norme relative alla formazione del ruolo e alla nomina e disciplina degli amministratori giudiziari saranno emanate con decreto Reale".
Tale articolo è stato abrogato a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 23 agosto 1946, n. 153, di soppressione degli amministratori giudiziari.

conseguente inoperatività pratica del terzo comma, seconda parte, dell'art. 21 della legge fallimentare previgente.

Tale diatriba fu risolta dalla Corte Costituzionale con un'importante sentenza che risale al 6 marzo 1975, n. 46[102].

Con tale pronuncia la Consulta doveva pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 24, quarto comma, e 3 della Costituzione, dell'art. 21, terzo comma, seconda parte, della legge fallimentare previgente in base al quale, secondo la costante giurisprudenza, le spese della procedura e il compenso al curatore, in caso di accoglimento dell'opposizione ed esclusione della condanna del creditore istante al risarcimento dei danni, dovevano porsi a carico del fallito.

Dalla lettura del considerato in diritto notiamo che la Corte, innanzitutto, era andata ad esaminare il terzo comma, seconda parte, dell'art. 21, versione previgente, precisando che "le speciali norme vigenti" a cui la disposizione in esame faceva riferimento erano quelle contenute nella legge 10 luglio 1930, n. 995, relative alla istituzione degli amministratori giudiziari e del fondo speciale destinato, tra l'altro, ad attribuire i detti compensi ai curatori nel caso sopra ipotizzato.

Una volta che gli amministratori giudiziari e il fondo speciale erano stati soppressi, con la normativa già indicata, la giurisprudenza aveva colmato la lacuna nel senso sopra esplicato.

L'organo di legittimità delle leggi, nella sentenza in esame, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione per violazione dell'art. 3 della Costituzione, in quanto senza razionale ragione, in deroga al principio che le spese seguono la soccombenza, si ponevano a carico di chi non solo non era soccombente ma non aveva nemmeno dato causa, col suo comportamento, al procedimento nel quale era risultato vincitore. In particolare essa aveva statuito che "il

---

[102] Corte Costituzionale 6 marzo 1975, n. 46, in www.cortecostituzionale.it.

fatto che anche nel procedimento fallimentare, quando ne ricorrono gli estremi, si debba applicare il principio che le spese seguono la soccombenza risultava confermato dalla stessa norma impugnata che implicitamente ne prevedeva addirittura una forma aggravata, quale la condanna al risarcimento dei danni, per il creditore che aveva richiesto la dichiarazione di fallimento con colpa. Né, aggiungeva la Corte, poteva obbiettarsi che risolvendosi, in sostanza, quello fallimentare in un procedimento esecutivo si dovesse ad esso applicare l'art. 95 c. p. c., in base al quale le spese vanno poste a carico di chi ha subito l'esecuzione.

Tale principio presuppone un'esecuzione legittima ed indubbiamente ben deve essere applicato nel procedimento fallimentare quando abbia avuto il suo corso normale, con la liquidazione dell'attivo e la relativa ripartizione tra i creditori. Ma quando, come nel caso di specie, il procedimento sia stato troncato sul nascere per la contestazione della mancanza degli estremi che ne legittimassero l'instaurazione e per giunta non può ravvisarsi nel comportamento di chi l'abbia subita un qualsiasi elemento di rapporto di causa ad effetto con tale instaurazione, evidentemente manca ogni fondamento giuridico per una pronunzia che ha come presupposto necessario l'affermazione di una responsabilità.

Alla stessa guisa, pertanto, che il creditore istante che abbia provocato una dichiarazione di fallimento successivamente revocata, in tanto può essere chiamato a rispondere dei danni derivatine in quanto sia incorso in colpa, il debitore dichiarato illegittimamente fallito, in tanto può essere ritenuto responsabile degli oneri che da tale dichiarazione siano derivati, in quanto se non proprio in colpa, sia incorso in comportamenti che abbiano indotto il giudice all'errato convincimento della esistenza degli estremi necessari per la dichiarazione successivamente revocata.

Quando questo comportamento non vi sia, evidentemente non vi può essere affermazione di quella particolare forma di responsabilità che è il presupposto necessario di ogni condanna al pagamento di spese o di compensi inerenti al procedimento revocato".

Era sulla base di tali argomentazioni che la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21, terzo comma, seconda parte, della legge fallimentare previgente.

Successivamente a questa sentenza, la giurisprudenza[103] aveva ritenuto che in caso di accoglimento dell'opposizione ed esclusione della condanna al risarcimento dei danni del creditore istante, le spese del giudizio e il compenso al curatore gravano sull'erario.

Alla medesima soluzione, anche se non tutti la condividevano[104], si doveva giungere anche nel caso di accoglimento dell'opposizione a fallimento dichiarato d'ufficio o su istanza del p.m. e nell'ipotesi in cui l'opposizione accolta fosse stata proposta da un terzo, a meno che non fosse stato il debitore, con il suo comportamento, a dar causa alla dichiarazione di fallimento.

Infine, per concludere l'esame della disciplina contenuta nell'art. 18 della legge fallimentare previgente, ovvero l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, ex dell'art. 19 della legge fallimentare originaria, si prevedeva che in caso di accoglimento della domanda di

---

[103] Vedi Trib. Catania 6 gennaio 1989, in *Dir. Fall*., 1990, II, p. 1289.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "in caso di revoca del fallimento e di assenza di un comportamento addebitabile all'ex fallito, ove le spese non possono essere poste a carico del creditore istante, devono essere poste a carico dell'erario".
Nello stesso senso vedi anche Trib. Reggio Calabria 18 maggio 1995, in *Dir. Fall*., 1995, II, p.647.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "le spese di procedura ed il compenso del curatore, in caso di revoca del fallimento, devono essere poste a carico del debitore fallito quando risulta che, con il suo comportamento, ha concorso a determinare la dichiarazione di fallimento".
Vedi anche Trib. Roma 8 febbraio 1995, in *Dir. Fall*., 1995, II, p. 290; Trib. Genova 23 ottobre 1996, in *Il fall*., 1997, p. 215.

[104] Vedi R. PROVINCIALI e G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, pp. 176-177.
Essi ritenevano che nel caso in cui il fallimento fosse stato dichiarato d'ufficio, con o senza iniziativa del p.m., le spese dovevano rimanere a carico dell'opponente, pur vittorioso.

opposizione, la relativa sentenza di revoca del fallimento doveva essere notificata al curatore, al creditore che aveva chiesto il fallimento e al debitore, se questo non era opponente, e doveva essere pubblicata, comunicata, affissa e iscritta a norma dell'art. 17.

In caso di rigetto dell'opposizione, invece, la sentenza seguiva il regime ordinario della comunicazione e/o notificazione alla parte opponente ai sensi dell'art. 170 c. p. c.

In entrambi i casi la sentenza, sempre ai sensi dell'art. 19, terzo comma, della fallimentare previgente, era appellabile, a partire dalla sua notificazione, anche se il termine breve risultava essere dimezzato. (quindici giorni anziché trenta come si prevede all'art. 325 c. p. c.).

Il termine lungo di un anno dalla pubblicazione della sentenza trovava comunque applicazione[105].

Sul modello dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento di cui all'art.18, è intervenuto il legislatore, dapprima con D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5[106], e immediatamente dopo con D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169[107].

Attraverso tali interventi normativi, l'organo legittimato ha contribuito a delineare quello che è il sistema attuale delle impugnative fallimentari.

---

[105] Vedi V. ANDRIOLI, voce *Fallimento*, in *Enc. Dir*., Milano, 1967, p.371; TEDESCHI, *Comm. SB*, p. 576.

[106] D. Lgs. 9 gennaio 2006, n.5, Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'art. 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80.
Legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione, con modifiche, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

[107] D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5 bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80.

A questo punto è possibile passare all'esame dell'art. 98 della legge fallimentare previgente.

Tale disposizione, nel R. D. 267 del 1942, è collocata, fin dall'origine, nel capo dedicato "All'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi".

Al fine di avere una visione d'insieme della procedura fallimentare, valevole per la disciplina normativa del procedimento concorsuale ante e post riforma, è necessario precisare che l'accertamento del passivo costituisce la fase centrale della relativa procedura e stabilisce, da un lato, se concorrono nel patrimonio del fallito quegli elementi passivi che legittimano l'apertura dell'esecuzione collettiva; dall'altro, individua il numero, l'ammontare e gli eventuali titoli di preferenza dei crediti che partecipano al concorso[108].

Tuttavia, contestualmente alla verifica dello stato passivo, si svolge, nelle stesse forme, il procedimento per l'accertamento dei diritti mobiliari (a seguito della riforma si ricomprendono anche i diritti immobiliari) dei terzi su cose possedute dal fallito (art. 103) al fine di stabilire l'esatta individuazione del patrimonio destinato ai creditori.

Si tratta di procedimenti che, pur se formalmente distinti e caratterizzati da elenchi e provvedimenti di chiusura separati, si sviluppano contestualmente, con la conseguenza che l'interesse dei creditori all'integrale conservazione del patrimonio del fallito trova di fronte a sé l'interesse contrastante dei terzi, i quali, invece, mirano a sottrarre dal patrimonio del fallito i beni di loro spettanza.

La razio sottesa a tale scelta legislativa risiede nella garanzia di una decisione giusta[109].

Il procedimento di accertamento del passivo, che costituisce il presupposto per le successive fasi di liquidazione dell'attivo e della distribuzione del ricavato, si articola in due fasi: la prima, necessaria,

---

[108] Vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1356.

[109] R. PROVINCIALI, *ivi*, p. 1535 ss.

si svolge davanti al giudice delegato in ragione delle domande di ammissione e si conclude con il decreto del g. d. di esecutività dello stato passivo; la seconda, eventuale, presuppone l'esperimento dei rimedi previsti avverso il provvedimento del g. d, ovvero l'opposizione dei creditori esclusi o ammessi con riserva (dopo la riforma, quest'ultimi non sono più considerati soggetti legittimati all'opposizione), l'impugnazione dei crediti ammessi e la revocazione.

Ritengo, altresì, necessario precisare che nel sistema previgente, a differenza di quanto è previsto attualmente, i vari rimedi che potevano (e tutt'ora possono) essere esperiti contro il decreto di accertamento dello stato passivo, sopra indicati, erano assoggettati, ciascuno, ad una propria disciplina. È con la riforma che quest'ultima è stata unificata.

Passando, a questo punto, all'esame dell'art. 98 della legge fallimentare previgente[110], ovvero all'opposizione promossa contro il decreto di accertamento dello stato passivo *da parte dei creditori esclusi o ammessi con riserva*, anche in tale ipotesi, come nel caso di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, la dottrina e la giurisprudenza dell'epoca dibattevano circa l'inquadramento, da un punto di vista sistematico, di essa.

In particolare, secondo l'orientamento prevalente[111], l'opposizione costituiva una vera e propria impugnazione del provvedimento del giudice delegato che dichiarava esecutivo lo stato passivo[112].

---

[110] Art. 98 della legge fallimentare, versione previgente: "I creditori esclusi o ammessi con riserva possono fare opposizione, entro quindici giorni dal deposito dello stato passivo in cancelleria, presentando ricorso al giudice delegato.
Il giudice fissa con decreto l'udienza in cui tutti i creditori opponenti e il curatore devono comparire avanti a lui, nonché il termine per la notificazione al curatore del ricorso e del decreto.
Almeno cinque giorni prima dell'udienza i creditori devono costituirsi. Se il creditore non si costituisce, l'opposizione si reputa abbandonata.
Possono intervenire in causa gli altri creditori".

[111] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 336, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1458, P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 436.

La stessa Corte di Cassazione, con sentenza 11 luglio 1996, n. 6319[113], aveva affermato tale orientamento.

Nel caso di specie, il creditore chiedeva di essere ammesso, in via privilegiata, alla procedura fallimentare del fallimento della società "Maino Spot" s.p.a. per un credito la cui natura veniva ad essere ricondotta, dal creditore, ad un'attività professionale od intellettuale.

Il giudice delegato, però, ammise il credito non come privilegiato ma come chirografo affermando che non poteva essere ricondotto ad un'attività professionale od intellettuale.

Il creditore, allora, propose opposizione contro il decreto di esecutività dello stato passivo chiedendo l'ammissione in via privilegiata del credito ai sensi dell'art. 2751 bis, n. 2, c. c. e 54 legge fallimentare o, subordinatamente, ai sensi dell'art. 2751 bis, n. 1, c. c. e 54 legge fallimentare, qualora si ritenesse che l'attività a favore della società fallita fosse stata di natura subordinata.

Il tribunale di Vicenza, chiamato a pronunciarsi sull'opposizione, in relazione alla domanda principale, dichiarò che l'attività svolta dal creditore, in veste di direttore generale, non poteva essere inquadrata in quella del professionista o del prestatore d'opera intellettuale e che quindi non era assistita dal relativo privilegio; dichiarò invece inammissibile la domanda subordinata, riguardante l'ammissione in via privilegiata ex art. 2751 bis, n. 1, c. c. , per la novità della "causa petendi" in quanto tale domanda era stata proposta solo con l'opposizione allo stato passivo e non con l'istanza di insinuazione al passivo[114].

---

[112] Ai sensi dell'art. 97 della legge fallimentare previgente lo stato passivo del fallimento è sottoscritto dal giudice delegato e dal cancelliere e si chiude con decreto del giudice che lo dichiara esecutivo a decorrere dalla data in cui l'adunanza dei creditori ha esaurito le sue operazioni o da quella successiva prevista al quarto comma dell'art. 96.

[113] Corte di Cassazione 11 luglio 1996, n. 6319, in *Giust. Civ*., 1996, I, p. 2848.

[114] Ai sensi dell'art. 93, primo comma, legge fallimentare previgente "la domanda di ammissione al passivo deve contenere il cognome e nome del creditore, l'indicazione

Anche la Corte d'Appello di Vicenza, a seguito dell'impugnazione proposta dal creditore-opponente, confermò la sentenza impugnata condividendone la motivazione.

Avverso la sentenza della Corte fu proposto ricorso in cassazione.

Quest'ultima, in riferimento alla inammissibilità della domanda relativa al riconoscimento del credito per lavoro dipendente e del corrispondente privilegio, aveva sostenuto che quando si modifica il titolo del preteso privilegio non si compie una semplice riqualificazione del fondamento giuridico di una pretesa restata identica, pur sempre ammissibile, ma s'introduce nel processo una diversa "causa petendi". E ciò, come espressamente sancito nella pronuncia in esame, non era (e tutt'ora non è) consentito, né in appello né in sede di opposizione al decreto di accertamento dello stato passivo in quanto la Corte riteneva che anche il procedimento che si veniva ad instaurare mediante l'opposizione aveva natura impugnatoria.

La Corte aveva completato la sua argomentazione al riguardo precisando che in un sistema in cui sono previsti vari privilegi basati non su un unico presupposto ma su tanti quante sono le situazioni ritenute degne di maggior tutela dalla legge, la deduzione in sede di opposizione (sia pure in via subordinata) di un diverso titolo legato ad un'attività di lavoro dipendente, rispetto a quella originaria di natura professionale da cui il credito si asseriva essere derivato, comportava un mutamento della "causa petendi", ovvero la formulazione di una domanda nuova, come tale inammissibile.

Secondo l'orientamento minoritario[115], invece, l'opposizione non costituiva una vera e propria impugnazione del decreto di accertamento dello stato passivo in quanto apriva un procedimento di primo grado.

---

della somma, del titolo da cui il credito deriva, delle ragioni di prelazione e dei documenti giustificativi".

[115] Vedi L. LANFRANCHI, *La verificazione del passivo nel fallimento*, Milano, 1979, p. 426.

Fra questi vi era chi[116] assimilava il procedimento di accertamento del passivo al procedimento monitorio e, quindi, l'opposizione al decreto del g. d. all'opposizione a decreto ingiuntivo.

In riferimento all'attività d'indagine svolta dal tribunale a seguito della proposizione dell'opposizione al decreto di accertamento dello stato passivo, la giurisprudenza dell'epoca[117] era concorde nel ritenere che essa non era limitata alla legittimità del provvedimento del g. d., ma era estesa al vaglio critico di tutte le condizioni atte a giustificare l'esclusione o l'ammissione del credito, ovvero all'esame del rapporto dal quale traeva origine il credito oggetto di domanda di insinuazione al passivo.

Pertanto, poiché nel giudizio di opposizione, già nel regime previgente, il creditore opponente assumeva la veste di attore, mentre il curatore quella di convenuto, quest'ultimo poteva far valere, *in via di eccezione*, ragioni d'infondatezza della *pretesa del ricorrente* diverse da quelle enunciate nell'originario provvedimento di non ammissione del credito al passivo, in quanto non vi era alcun onere di sollevare tutte le possibili contestazioni nel corso dell'adunanza prevista all'art. 96 della legge fallimentare[118].

Una questione che si era venuta a delineare e che, per certi aspetti, risultava essere connessa al riconoscimento della natura impugnativa dell'opposizione a stato passivo[119], riguardava l'ammissibilità di una reformatio in peius in danno del creditore opponente.

---

[116] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 317 e 332.

[117] Vedi Trib. Como 20 novembre 1981, in *Il fall*., 1982, p. 1273; Trib. Milano 4 maggio 1987, in *Il fall*., 1987, p. 997; Trib. Venezia 27 giugno 1986, in *Il fall*., 1987, p. 106.

[118] Vedi Corte di Cassazione 01 agosto 1996, n. 6963, in *Il fall*., 1997, p. 468.

[119] È opportuno precisare che il divieto di reformatio in peius, principio fondamentale in tema di impugnazioni, è previsto espressamente all'interno del codice di procedura penale. Nell'ordinamento processuale civile, invece, non è sancito da una norma specifica. Tuttavia tale principio è considerato vigente anche nel processo civile in materia di appello in quanto chiedendo l'appellante una riforma in meglio e non in

Prevalente era l'opinione[120] che risolveva in senso negativo la questione, ovvero riteneva che, a seguito dell'opposizione proposta dal creditore escluso o ammesso con riserva, non era ammissibile una reformatio in peius in danno di esso in quanto il curatore, al di fuori dell'ipotesi della revocazione (art. 102), non era legittimato ad impugnare l'ammissione di un credito disposta dal g. d..

Pertanto i sostenitori di tali tesi sostenevano che, nel giudizio di opposizione a stato passivo, il curatore non era legittimato a chiedere un riesame del provvedimento di ammissione del credito, né a contestare il riconoscimento del credito operato in sede di verifica del passivo.

Una conferma di tale impostazione la si può riscontare nella pronuncia del Tribunale di Pavia del 14 ottobre 1988[121] con la quale esso aveva affermato che, "in sede di giudizio di opposizione allo stato passivo del

---

peggio della sentenza impugnata, in virtù del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, non è consentita una reformatio in peius della stessa. Una riforma in peggio può essere, eventualmente, determinata dall'accoglimento dell'appello incidentale.

[120] Vedi Corte di Cassazione 04 giugno 1980, n. 3636, in *Foro it*., 1981, I, p. 815.
Nel caso di specie, l'INPS aveva proposto opposizione contro il provvedimento del giudice delegato che aveva negato il diritto di prededuzione del credito e il curatore, costituitosi in giudizio, aveva chiesto ed ottenuto l'esclusione stessa del credito da quelli ammessi in via privilegiata al passivo fallimentare.
La Corte in tale sentenza ha affermato che "al di fuori dell'ipotesi dell'art. 102 della legge fallimentare, dopo l'esecutività dello stato passivo, il curatore del fallimento non è legittimato, nel giudizio di opposizione promosso da un creditore, ad impugnare l'ammissione di un credito disposta dal giudice delegato".
Vedi anche Trib. Verona 12 novembre 1987, in *Il fall*., 1988, p. 1121.
Il Tribunale con la sentenza in esame ha affermato che "nel giudizio di opposizione allo stato passivo il curatore non è legittimato a chiedere un riesame dell'intero rapporto verificato dal giudice delegato, né a contestare il riconoscimento del credito operato in quella sede".
Vedi anche Corte d'Appello di Milano 24 settembre 1985, in *Il fall*., 1986, p. 977.
Con tale sentenza la Corte ha affermato che "il decreto del giudice delegato emesso ai sensi dell'art. 97 legge fallimentare ha natura contenziosa con la conseguenza che dallo stesso deriva un'efficacia preclusiva endofallimentare del provvedimento di ammissione del credito, sia che lo si voglia ritenere assistito dell'autorità della cosa giudicata in senso sostanziale, sia che lo si inquadri nel più attenuato schema della preclusione. Tale provvedimento, pertanto, copre il dedotto e il deducibile, di conseguenza, in sede fallimentare, non può più formare oggetto di contestazione da parte del curatore quanto è stato delibato ed ammesso dal giudice delegato, difettando il curatore medesimo di autonoma legittimazione per tale impugnativa".

[121] Trib. Pavia 14 ottobre 1988, in *Giust. Civ*., 1989, I, p. 444.

fallimento, il curatore, costituendosi nella veste di convenuto, poteva far valere l'infondatezza delle censure mosse dal creditore opponente ma non poteva svolgere tesi difensive al fine di caducare il provvedimento del g. d. che aveva disposto l'ammissione del credito".
Al curatore, quindi, era data la possibilità di svolgere tutte quelle difese finalizzate a paralizzare la pretesa fatta valere dal creditore opponente ma non poteva proporre eccezioni volte ad invalidare o annullare il provvedimento del giudice delegato che, per esempio, aveva già ammesso al passivo, in via chirografaria, il credito dell'opponente insinuato in via privilegiata.
Un'ulteriore questione che all'epoca si era prospettata e che risultava essere sempre connessa al problema della natura giuridica da attribuire all'opposizione promossa dal creditore escluso o ammesso con riserva contro il decreto di esecutività dello stato passivo, riguardava la possibilità per il *creditore opponente* di proporre domande nuove o più ampie nel giudizio da lui instaurato.
In particolare, chi riconosceva, all'istituto in esame, natura impugnativa riteneva che il creditore non potesse proporre domande nuove o più ampie rispetto a quella fatta valere con l'insinuazione al passivo[122], pena la rilevabilità d'ufficio dell'eventuale domanda nuova proposta. Ovviamente una simile tesi trovava il suo fondamento nel fatto che al procedimento di opposizione si dovevano applicare le norme ordinarie previste in materia d'impugnazioni.
Conseguentemente il creditore opponente non poteva far valere, nel relativo giudizio, un diverso credito o lo stesso credito ma per un

---

[122] Vedi Trib. Napoli 19 dicembre 1978, in *Il fall*., 1979, p. 524.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "il giudizio di opposizione a stato passivo ha natura di procedimento a cognizione piena mediante il quale il creditore fa valere la stessa domanda proposta al giudice delegato in via sommaria. In tale giudizio non può pertanto ampliarsi il petitum introdotto in sede d'insinuazione tempestiva"; Trib. Bologna 27 settembre 1984, in *Il fall*., 1984, p. 1526.

importo superiore rispetto a quello dedotto nella domanda di ammissione al passivo[123].

Coloro, invece, che consideravano il giudizio di opposizione, promosso ai sensi dell'art. 98 della legge fallimentare, come un giudizio di primo grado ritenevano che la proposizione di domande nuove non generava nullità rilevabile d'ufficio e la preclusione non poteva essere eccepita dopo che la controparte aveva accettato il contraddittorio.

Tuttavia la Corte di Cassazione, con sentenza 5 settembre 1992, n. 10241[124], aveva affermato che la risoluzione della questione relativa alla possibilità per il creditore opponente di proporre domande nuove, o più ampie, nel giudizio da lui introdotto, prescindeva dalla natura del giudizio di opposizione allo stato passivo. La soluzione al problema andava, piuttosto, ricercata nell'art. 93 della stessa legge fallimentare che, già all'epoca, prevedeva una dettagliata disciplina in ordine al contenuto che la domanda di ammissione al passivo doveva possedere.

Nel caso di specie il Collegio doveva pronunciarsi circa la possibilità per il creditore di poter far valere, con l'opposizione, la prededucibilità del credito che non aveva dedotto nell'istanza di tempestiva insinuazione al passivo.

La Corte aveva risolto la questione sulla base delle argomentazioni che vado adesso ad illustrare.

L'art. 93, 1˚comma, della legge fallimentare già imponeva al creditore che presentava la domanda di insinuazione al passivo di indicare non solo il titolo da cui il credito derivava, ma anche le ragioni della prelazione. In altri termini, l'ordinamento sin dal primo momento della presentazione della domanda di ammissione al passivo, già all'epoca, onerava il creditore fallimentare di presentare l'istanza per il riconoscimento non soltanto del credito, ma anche dell'eventuale causa

---

[123] Corte di Cassazione 21 maggio 1988, n. 3535, in *Il fall*., 1988, p. 969.

[124]Corte di Cassazione 05 settembre 1992, n. 10241, in *Giust. Civ*., 1993, I, p. 43.

di prelazione che assiste il credito stesso. Inoltre, aggiungeva la Corte, i soggetti che erano legittimati a proporre opposizione, ai sensi dell'art. 98 della legge fallimentare previgente, erano i creditori esclusi o ammessi con riserva e non quelli che, avendo omesso di indicare le ragioni della prededucibilità del credito, avevano ottenuto un provvedimento del tutto conforme alla domanda formulata come chirografari, o come privilegiati ad altro titolo.

La ratio per cui l'ordinamento, fin dall'origine, imponeva al creditore di indicare, nella domanda di insinuazione al passivo, l'eventuale causa di prelazione che assisteva il credito rilevava, e tutt'ora rileva, non già nei confronti del debitore, il quale è comunque tenuto alla garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c., ma nei confronti degli altri creditori fallimentari, in quanto altera il principio della par condicio credito rum (art. 2741 c.c.)[125].

In particolare, l'indicazione delle ragioni della prelazione imposte dall'art. 93, primo comma, al creditore che si dichiara munito di prelazione consentivano, e tutt'ora consentono, agli altri creditori che ne risultano svantaggiati di valutare attentamente, in sede di verificazione dello stato passivo, le ragioni di prelazione fatte valere e quindi di potersi opporre ad insinuazioni non fondate con possibilità anche d'impugnare, eventualmente, ai sensi dell'art. 100 della legge fallimentare, l'erroneo riconoscimento della prelazione.

Verificazione ed impugnazione che sarebbero sottratte, o rese più difficili, ai creditori nel caso in cui si ammettesse che la prelazione non indicata nella domanda d'insinuazione possa essere fatta valere, per la prima volta, in sede di opposizione.

Con riferimento, invece, alla prededucibilità del credito promossa in sede di opposizione, la Corte aveva precisato che la soluzione adottata in relazione alle cause di prelazione valeva anche per la prededuzione

---

[125] Art. 2741 c.c.: "I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione.
Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e l'ipoteca".

non essendo rilevante distinguere, sotto il profilo sopra delineato, tra debiti dell'imprenditore poi fallito e debiti insorti durante la procedura, nel caso di specie si trattava di amministrazione controllata[126]. Sia nell'uno che nell'altro caso sussiste la necessità di controllo di tutti i creditori, controllo, appunto, previsto a tutela della par condicio credito rum al fine di consentire, a chi si ritiene svantaggiato, di poter esaminare, già in sede di verificazione dello stato passivo, le ragioni di prededuzione fatte valere e quindi di potersi opporre alle insinuazioni non fondate con possibilità anche d'impugnare, eventualmente, ai sensi dell'art. 100, l'erroneo riconoscimento della richiesta prededuzione.

Sulla base di tali argomentazioni la Corte dichiarò inammissibile la questione relativa alla richiesta, in sede di opposizione, del beneficio della prededuzione in quanto non debitamente proposta, dal creditore opponente, in sede di insinuazione al passivo.

Con tale sentenza la Corte di Cassazione era andata ad assumere una posizione contraria rispetto a precedenti pronunce emesse dalla giurisprudenza di merito[127].

---

[126] L'amministrazione controllata era una procedura concorsuale che consisteva nella possibilità concessa ad un imprenditore in temporanea difficoltà, in presenza di comprovate probabilità di risanamento, quindi non ancora in stato d'insolvenza, di ottenere una sospensione, per al massimo due anni, dei pagamenti verso i creditori, evitando così la soggezione al fallimento. Durante la procedura l'attività veniva svolta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria. Per poterne beneficiare l'imprenditore doveva soddisfare determinati requisiti soggettivi di meritevolezza che erano i medesimi previsti anche per il concordato preventivo. (regolare iscrizione nel registro dell'imprese, la mancanza di condanne per i delitti di bancarotta od altri affini, il non essere già stato dichiarato fallito od ammesso ad un concordato preventivo nel quinquennio. Requisiti che oggi, a seguito della riforma, sono venuti meno anche per il concordato preventivo). In caso di mancato risanamento, l'amministrazione controllata poteva essere trasformata in concordato preventivo o fallimento.
Tuttavia, tale procedura, con D. lgs 9 gennaio 2006, n. 5, è stata abrogata.

[127]Nel senso dell'ammissibilità che la richiesta di riconoscimento della natura prededucibile del credito può essere fatta valere per la prima volta in sede di opposizione allo stato passivo, vedi Trib. Genova 20 aprile 1988, in *Il fall*., 1989, p. 402.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "in sede di opposizione allo stato passivo del fallimento il creditore può far valere la natura prededucibile di un credito insinuato ed ammesso in via chirografaria in sede di verifica".

Un altro tema sul quale si era dibattuto era quello relativo alla possibilità per il *curatore*, convenuto nel giudizio di opposizione, di poter proporre domande riconvenzionali.

Sul punto era intervenuta la Corte di Cassazione con una pronuncia che già precedentemente ho citato, ovvero la sentenza 01 agosto 1992, n. 6963[128].

Con essa l'organo in esame aveva statuito che se da un lato era consentito, al curatore, proporre domande riconvenzionali; dall'altro i presupposti di tale ammissibilità, desumibili dall'art. 36 c. p. c., dovevano essere interpretati in senso restrittivo.

Il legislatore, infatti, nella disposizione sopra citata, consente al convenuto di proporre una domanda riconvenzionale a condizione che il diritto del convenuto sia connesso a quello dell'attore o per titolo, ovvero connessione rispetto ai fatti costitutivi, o per eccezione, ovvero connessione rispetto alle eccezioni.

Il Collegio si era mostrato favorevole ad interpretare tali requisiti in senso restrittivo in ragione dell'esigenza di definire con rapidità lo stato passivo. E ciò sia per il carattere logicamente preliminare di questa fase rispetto alle altre della procedura concorsuale, sia per i riflessi pratici che ne possono derivare. (si pensi ad esempio alla difficoltà di procedere a ripartizioni parziali in presenza di opposizioni che rendono ancora molto incerta la fisionomia definitiva dello stato passivo).

Sulla base di tali argomentazioni la Corte aveva, nel caso di specie, dichiarato inammissibile la domanda riconvenzionale proposta dal convenuto in quanto era solo genericamente ed indirettamente ricollegabile al rapporto sul quale il creditore aveva fondato la propria richiesta d'insinuazione al passivo.

La domanda riconvenzionale, quindi, poteva essere sì proposta dal curatore, nel giudizio di opposizione, ma doveva dipendere,

---

[128] Corte Cassazione 01 agosto 1996, n. 6963. Per la collocazione vedi nota 118.

rigorosamente, dal medesimo titolo dal quale traeva origine la pretesa creditoria.

Continuando con l'esame delle regole processuali che disciplinavano il giudizio di opposizione a stato passivo, era pacifico, sia in dottrina[129] che in giurisprudenza, che nel relativo giudizio trovava applicazione il principio sull'onere della prova formulato all'art. 2697 c. c., quindi, chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento mentre chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti, ovvero eccepisce che il diritto si è modificato od estinto, deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

Su tale aspetto si era pronunciata la Corte di Cassazione, a sezioni unite, con sentenza 18 luglio 1994, n. 6707[130].

Con essa, l'organo di legittimità, aveva risolto il contrasto relativo alla possibilità o meno di attribuire il valore di prova documentale all'estratto di saldaconto, disciplinato all'art. 102 della legge bancaria 7 marzo 1938, n. 141, ora abrogata, in quanto vi erano pronunce che si esprimevano in senso affermativo ed altre, invece, in senso negativo.

La Corte, nella pronuncia in esame, aveva condiviso l'ultimo indirizzo, ovvero aveva affermato che al saldaconto non poteva essere riconosciuto valore probatorio in base ad una interpretazione estensiva del precetto che, sebbene testualmente circoscritto all'ingiunzione di pagamento, doveva ritenersi applicabile ad ogni utilizzazione giudiziale del documento.

Una simile ipotesi esegetica, affermava la Corte, risultava essere priva di consistenza in ragione delle caratteristiche peculiari del procedimento monitorio rispetto al giudizio di opposizione all'ingiunzione e, in generale, a cognizione piena, nel quale vigono le ordinarie regole sulla prova; di conseguenza il ricorso all'interpretazione estensiva o analogica era del tutto privo di

---

[129] In dottrina vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1461.

[130] Corte di Cassazione 18 luglio 1994, n. 6707, in *Foro it*., 1994, I, p. 2681.

fondamento, per assoluta carenza dei presupposti che giustificano tali strumenti ermeneutici (lacuna della legge, identità della situazione non espressamente regolata).

Il problema, quindi, doveva essere risolto alla stregua della disciplina generale della prova, di cui al titolo II del libro VI del c.c., andando, cioè, a verificare se il saldaconto, per le sue caratteristiche formali e per il suo contenuto, poteva annoverarsi tra i documenti formati dallo stesso creditore cui la legge eccezionalmente attribuisce efficacia probatoria in giudizio. Il principio generale che domina la disciplina è, infatti, nel senso che il documento redatto o la dichiarazione resa da uno dei contendenti può costituire prova contro di lui, non a suo vantaggio, tranne che non sia altrimenti disposto dalla legge.

È sulla base di questa normativa che la Corte aveva escluso una specifica efficacia probatoria al saldaconto in quanto esso era un atto dichiarativo proveniente dallo stesso creditore e, di conseguenza, soggiaceva al principio per cui siffatti documenti non sono utilizzabili come mezzi di prova a favore di chi li ha formati.

Pertanto, in conformità a quanto disponeva l'art. 102 della legge bancaria, la Corte aveva concluso affermando che il valore probatorio "dell'estratto dei saldaconti" era limitato al procedimento monitorio e non poteva essere esteso all'opposizione al decreto ingiuntivo e, in generale, agli ordinari giudizi a cognizione piena. In quest'ultimi esso poteva assumere rilievo solo come elemento indiziario, il cui significato, quindi, era liberamente apprezzabile dal giudice nel contesto di altri elementi ugualmente significativi.

Tuttavia è opportuno precisare, precisazione che la corte stessa ha compiuto nella pronuncia in esame, che la problematica sopra affrontata deve ritenersi superata in quanto, con D. Lgs. 01 settembre 1993, n. 385, è stato approvato il nuovo T. U. delle leggi bancarie che all'art. 50 riproduce il testo dell'art. 102, con la differenza che come titolo per l'ingiunzione di pagamento si prevede non più l'estratto dei

saldaconti, eliminato, ma l'estratto del conto intrattenuto con il cliente. In tal modo si consente alle Banche di ottenere l'ingiunzione di pagamento mediante l'estratto del conto, il quale, quindi, anche nella fase sommaria assume efficacia probatoria ai sensi dell'art. 1832 c. c.

La Corte aveva dovuto risolvere la diatriba in ordine alla possibilità o meno di attribuire il valore di prova documentale all'estratto di saldaconto con la sentenza in esame, in quanto essa, a seguito del ricorso proposto dal creditore opponente, doveva decidere se l'ammissione "con riserva di produzione dell'estratto del conto" al passivo, disposta dal giudice delegato e successivamente confermata dal tribunale fallimentare, mediante rigetto dell'opposizione, e dalla Corte d'Appello doveva ritenersi legittima.

In particolare, entrambi i giudici del merito avevano motivato la decisione affermando che il titolo con il quale il creditore, "Banco di Sicilia", aveva documentato il proprio credito, ovvero l'estratto di saldaconto, produceva efficacia probatoria solo nel procedimento di ingiunzione. Di conseguenza, poiché il titolo non poteva produrre efficacia probatoria anche nel giudizio di merito, il credito fu ammesso al passivo "con riserva di produzione dell'estratto del conto" ai sensi dell'art. 95, terzo comma, legge fallimentare previgente.

La Corte di Cassazione dopo aver compiuto tutte le considerazioni sopra esposte era tornata ad esaminare il caso di specie ed aveva risolto la questione affermando che le conclusioni alle quali perveniva valevano anche per la domanda di insinuazione al passivo in quanto essa dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione.

Pertanto, sulla base di tali considerazioni, legittimamente il giudice delegato aveva ammesso il credito della "Banco Sicilia" con "riserva di presentazione dell'estratto del credito". A quest'ultima, in tale contesto, non rimaneva che proporre opposizione allo stato passivo nel caso in cui non intendeva aderire alla richiesta del g. d. e, nel caso di specie, ciò era accaduto.

E in sede di opposizione, venendosi ad instaurare un normale giudizio in contraddittorio del curatore, l'istituto di credito aveva l'onere di produrre i mezzi di prova del suo diritto in quanto in tale giudizio, sosteneva la Corte, trovavano applicazione i principi generali sulle prove, quindi anche quello sull'onere della prova disposto all'art. 2697 c.c. .

Che quest'ultimo principio era applicato nel giudizio di opposizione promosso ai sensi dell'art. 98 della legge fallimentare previgente, era confermato anche in una successiva sentenza[131] della Corte di Cassazione nella quale essa aveva precisato che "il giudice dell'opposizione allo stato passivo poteva acquisire il fascicolo fallimentare e da esso, eventualmente, desumere elementi o argomenti di prova, ma si trattava di una facoltà, il cui mancato esercizio, quindi, non esonerava la parte dalle conseguenze del mancato assolvimento dell'onere probatorio".

Per quanto riguarda l'applicabilità, al giudizio di opposizione allo stato passivo, dell'istituto della sospensione della decorrenza dei termini nel periodo feriale, previsto dalla legge 7 ottobre 1969, n. 742, la questione era dibattuta in quanto vi erano sentenze che si pronunciavano in senso affermativo[132] ed altre, invece, in senso negativo[133].

---

[131] Corte di Cassazione 11 marzo 1995, n. 2823, in *Il fall*., 1995, p. 1120.
Nel caso di specie il ricorrente nonché creditore opponente, con il primo motivo di ricorso, deduce la violazione degli artt. 98 e 99 della legge fallimentare, in relazione all'art. 360 punti nn. 3 e 4, dolendosi della omessa acquisizione del fascicolo fallimentare, nel quale sarebbe stato possibile la documentazione della domanda di ammissione al passivo.

[132] In senso affermativo vedi Corte di Cassazione 11 maggio 1994, n. 4606, in *Il fall*., 1995, p. 245.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "l'operatività della sospensione dei termini nel periodo feriale è esclusa soltanto per le cause relative alla dichiarazione e alla revoca del fallimento e non anche per quelle di opposizione allo stato passivo".
Sempre in senso affermativo vedi anche Corte di Appello di Milano 06 giugno 1980, in *Il fall*., 1981, p. 518.

[133] In senso negativo vedi Corte di Cassazione 02 ottobre 1991, n. 10267, in *Dir. Fall*., 1992, II, p.452.

Sotto il profilo della legittimazione attiva, l'art. 98, primo comma, della disposizione in esame, prevedeva espressamente che erano legittimati a proporre opposizione i creditori esclusi, ovvero coloro il cui credito o le garanzie inerenti erano state escluse totalmente o parzialmente in sede di accertamento dello stato passivo, e i creditori il cui credito era stato ammesso con riserva[134].

Rientravano (e tutt'ora rientrano) in quest'ultima ipotesi coloro che, ai sensi dell'art. 95, terzo e quarto comma[135], della legge fallimentare previgente, erano titolari di crediti condizionati[136], quelli per i quali non erano stati ancora presentati i documenti giustificativi e coloro il cui credito risultava da sentenza non ancora passata in giudicato. In tal caso era necessaria l'impugnazione se non si voleva ammettere il credito, altrimenti il g. d. procedeva con l'ammissione al passivo con "riserva dell'esito di quel giudizio".

Nel caso in cui il credito era stato integralmente ammesso al passivo, l'eventuale opposizione proposta dal creditore doveva essere dichiarata inammissibile, per difetto d'interesse. Alla stessa soluzione si doveva

---

Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "la sospensione dei termini nel periodo feriale non è applicabile alle controversie di lavoro, anche se queste siano state attratte nella competenza dell'art. 24 della legge fallimentare".

[134] F. FERRARA- A. BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 551; LANFRANCHI, *Fall*. (*Accertamento del passivo*), *Enc. Treccani*, Roma, 1988, p. 18.

[135] Art. 95, secondo e terzo comma, della legge fallimentare previgenete: "I crediti indicati nell'ultimo comma dell'art. 55 e quelli per i quali non stati ancora presentati i documenti giustificativi sono compresi con riserva fra i crediti ammessi.
Se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato, è necessaria l'impugnazione se non si vuole ammettere il credito".

[136] Ritengo necessario precisare che con l'espressione "crediti condizionati", ovvero crediti sottoposti a condizione sospensiva, ai fini dell'istituto dell'ammissione con riserva, si allude sia ai crediti che sono sottoposti a condizione in senso stretto, nei quali, quindi, la condizione è l'elemento accidentale del negozio influente sull'efficacia; sia ai crediti che sono caratterizzati dalla sussistenza di una responsabilità sussidiaria, imposta dalla legge o discendente da un accordo negoziale, in capo al fallito: quelli nei quali il patrimonio di quest'ultimo può essere chiamato a rispondere soltanto se non è sufficiente, a soddisfare il creditore, quanto ricavabile dal patrimonio dei soggetti presentanti, per quella stessa obbligazione, una responsabilità che si atteggia come principale.

giungere anche nell'ipotesi in cui il g. d. aveva ammesso il credito per un titolo diverso rispetto a quello fatto valere nella domanda.[137]

La Corte di Cassazione, con sentenza 13 marzo 1989, n. 1258[138], aveva altresì affermato che anche nel caso in cui il creditore aveva richiesto l'ammissione del proprio credito per un importo inferiore rispetto a quello effettivo, per suo errore, l'opposizione contro il decreto di accertamento dello stato passivo che accoglieva integralmente le richieste del creditore, doveva essere respinta, anche se la domanda originaria, nelle premesse, conteneva indicazioni circa la titolarità di un credito per un importo superiore.

E ciò in ragione del fatto che non spetta all'autorità giudiziaria verificare, nel procedimento di opposizione, se la domanda sia stata accolta in un determinato importo per errore del creditore.

Con riferimento, invece, alla proposizione dell'opposizione da parte dei creditori il cui credito era stato ammesso con riserva, la giurisprudenza, già prima della riforma, era costantemente orientata nel senso di non attribuire rilevanza alle c.d. "riserve atipiche" e, quindi, in tali ipotesi il credito si doveva considerare ammesso al passivo in modo puro e semplice.

A titolo esemplificativo è utile citare la sentenza 09 ottobre 1996, n. 8835[139], con la quale la Corte di Cassazione aveva affermato che "l'ammissione di un credito al passivo con riserva era consentita nei

---

Per entrambe le fattispecie si prevedeva (e tutt'ora si prevede) l'ammissione al passivo con riserva.

[137] In tal senso vedi Trib. Roma 07 dicembre 1983, in *Il fall*., 1984, p. 564.
In senso contrario vedi M. MONTANARI, *Le procedure concorsuali*, a cura di G. U. TEDESCHI, I, 2, Torino, 1996, p. 809, nel caso in cui dalla qualificazione giuridica respinta derivavano conseguenze più favorevoli per il creditore.

[138] Corte di Cassazione 13 marzo 1989, n. 1258, in *Il fall*., 1989, p. 801.

[139] Corte di Cassazione 09 ottobre 1996, n. 8835, in *Foro it*., 1997, I, p. 858.
Vedi anche Corte di Cassazione 21 novembre 1997, n. 11642, in *Giust. Civ. Mass*., 1997, p. 2244.
In dottrina vedi per opinione conforme R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1416; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 325.

soli casi tassativamente indicati all'art. 95, con la conseguenza che ogni altra riserva doveva essere considerata "tamquam non esset", ovvero come se non esistesse".

Era legittimato a proporre opposizione, ex art. 98 legge fallimentare, anche il creditore che riteneva di dover essere soddisfatto in prededuzione ed invece il g. d. aveva ammesso il suo credito al passivo in via chirografaria[140].

Anche nel caso in cui il g. d. ometteva di pronunciarsi sulla domanda di ammissione al passivo, l'orientamento prevalente riteneva che l'opposizione era necessaria in quanto l'omissione di pronuncia doveva intendersi come esclusione[141].

C'era anche chi[142] riteneva che, nel caso di omessa pronuncia da parte del g. d., era consentito al creditore proporre dichiarazione tardiva del credito ex art. 101 della legge fallimentare previgente[143].

Di fronte a questi due diversi orientamenti, la Corte di Cassazione, con sentenza 23 marzo 1996, n. 2566[144], aveva ammesso il concorso di entrambi i rimedi sopra citati.

---

[140] Vedi M. MONTANARI, op. ult. Cit., p. 809.

[141] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 335 e 349.
In giurisprudenza vedi Trib. Venezia 23 gennaio 1981, in *Il fall*., 1982, p. 1346.
Vedi anche Corte di Cassazione 06 maggio 1997, n. 3938, in *Il fall*., 1997, p.1185.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "il rimedio esperibile verso il provvedimento di non luogo a provvedere, per difetto di bollo dei documenti prodotti, sulla domanda di ammissione al passivo di un credito fallimentare è l'opposizione allo stato passivo, non l'istanza di insinuazione tardiva, escludendo il sistema della legge fallimentare la possibilità di una doppia insinuazione, tempestiva e tardiva, di uno stesso credito. Pertanto, qualora dopo il provvedimento summenzionato venga riproposta al giudice delegato domanda di ammissione per lo stesso credito, tale domanda va qualificata non come insinuazione tardiva, ma come opposizione allo stato passivo".

[142] Vedi P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 498 e 510;
Corte di Appello Milano 20 maggio 1969, in *Dir. Fall*., 1970, II, p.728.

[143] Art. 101, primo comma, della legge fallimentare previgente: "anche dopo il decreto di esecutività dello stato passivo, fino a che non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare, i creditori possono chiedere con ricorso al giudice delegato l'ammissione al passivo".

[144] Corte di Cassazione 23 marzo 1996, n. 2566, in *Il fall*., 1996, p. 1157.

In particolare essa aveva affermato che il provvedimento di ammissione di un credito al passivo fallimentare costituisce il titolo necessario per consentire al creditore di trovare soddisfazione coattiva sul patrimonio del debitore fallito. Nel caso di specie, la banca creditrice aveva richiesto gli interessi nella domanda di insinuazione al passivo ed il g. d. non li aveva ammessi, non sulla base di un provvedimento espresso di esclusione, ma in ragione di un indirizzo che era corrente nel tribunale di Bologna. La Corte aveva ritenuto che, in tali casi, se il creditore non aveva proposto opposizione allo stato passivo poteva presentare l'ammissione tardiva ma non poteva proporre reclamo ex art. 26 della legge fallimentare previgente[145] contro la mancata previsione del credito in sede di riparto, anche se prededucibile, in quanto a tale fine erano destinati, in via esecutiva, solo i mezzi inerenti alla formazione dello stato passivo quale procedura necessaria e vincolante, anche se in via tardiva, oppure impugnative dei provvedimenti in quella fase assunti, con la tempestività della richiesta della normativa in materia.

Infine, un'ulteriore e diversa opinione[146], riteneva che le domande tempestivamente proposte e trascurate dovevano essere esaminate e trattate in modo analogo a quelle tempestive.

Non godeva (e tutt'ora non gode) della legittimazione attiva il curatore ed il fallito. Con riferimento alla posizione di quest'ultimo, la Corte di Cassazione, con sentenza 03 dicembre 1991, n. 12987[147], aveva precisato che un intervento del fallito, sia pure come reclamante ex art. 26 della legge fallimentare, non era ammissibile per una serie di

---

[145] Art. 26 della legge fallimentare previgente: "contro i decreti del giudice delegato, salvo disposizione contraria, è ammesso reclamo al tribunale entro tre giorni dalla data del decreto, sia da parte del curatore, sia da parte del fallito, del comitato dei creditori e di chiunque vi abbia interesse.
Il tribunale decide con decreto in camera di consiglio.
Il ricorso non sospende l'esecuzione del decreto".

[146] Vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p.1498.

[147] Corte di Cassazione 03 dicembre 1991, n. 12987, in *Il fall*., 1992, p. 157.

motivi: innanzitutto la disciplina relativa al procedimento di verifica, già all'epoca, non ometteva di prendere in considerazione la posizione del fallito in quanto l'art. 95 prevedeva che il fallito doveva essere sentito prima della predisposizione dello stato passivo e l'art. 96 prevedeva che il debitore poteva partecipare all'adunanza fissata per l'esame dello stato passivo e poteva, altresì, svolgere osservazioni delle quali il g. d. doveva tenerne di conto per apportare modificazioni od integrazioni allo stato passivo. Di conseguenza, quella ora indicata, e non altra, era la posizione del fallito in detto procedimento.

Inoltre il decreto di ammissione al passivo di un credito, prima della dichiarazione di esecutività ex art. 97, era (e tutt'ora è) sempre revocabile e modificabile dal giudice delegato ex art. 96, comma due[148], quindi come tale non era (è) un provvedimento che aveva autonomia rispetto a quello dell'art. 97 della legge fallimentare previgente. Di conseguenza, il decreto di ammissione, in virtù del suo carattere meramente preparatorio, rispetto a quello dell'art. 97, non poteva essere autonomamente impugnato con devoluzione della domanda al tribunale fallimentare, sia pure sotto il profilo del reclamo.

Sulla base di entrambi i motivi sopra esposti, la Corte aveva sostenuto che la completezza della regolamentazione del procedimento di verificazione dei crediti costituiva, rispetto al dettato dell'art. 26, quella "disposizione contraria" ricavabile dalla sistematica della legge, che precludeva la proponibilità del reclamo avverso il decreto di ammissione al passivo di crediti separatamente dal decreto di esecutività, non solo per il fallito, ma per tutti i soggetti indicati all'art. 26, legge fallimentare previgente.

La Corte, nella pronuncia in esame, aveva anche ricordato che la posizione del fallito, non legittimato alle varie forme d'impugnazione,

---

[148] Art. 96, comma due, legge fallimentare previgente: "il giudice, tenuto conto delle contestazioni e delle osservazioni degli interessati, nonché dei nuovi documenti esibiti, apporta allo stato passivo le modificazioni e le integrazioni che ritiene necessarie".

era già stata oggetto di numerose pronunce da parte della Corte Costituzionale nella quali la Consulta aveva rilevato che la tutela giurisdizionale, riconosciuta dall'art. 24 della Costituzione, poteva attuarsi anche in modo diverso dalla personale partecipazione del soggetto al giudizio e che le indubbie limitazioni, poste dalla normativa in tema di legittimazione del debitore, trovavano una razionale giustificazione nella natura dello speciale procedimento che è diretto alla tutela di interessi generali e ha un carattere unitario, per cui è essenzialmente nel suo ambito e nei limiti posti dalla sua struttura che i diritti e gli interessi del fallito possono trovare protezione.

Per quanto riguarda, invece, il profilo della legittimazione passiva, la norma, già all'epoca, prevedeva come unico legittimato il curatore.

Il procedimento di opposizione instaurato ai sensi dell'art. 98 della legge fallimentare previgente, già all'epoca, si proponeva al g. d. mediante ricorso, il quale doveva rispettare i requisiti formali previsti all'art. 125 c. p. c.[149]. [150]

Era opinione prevalente in dottrina[151] che, con riferimento al contenuto del ricorso, "l'avvertimento al convenuto di costituirsi entro il termine prescritto all'art. 166 c. p. c., ovvero almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione, pena le decadenze di cui all'art. 167 c. p. c.[152], previsto nell'atto di citazione, non doveva essere esteso anche al ricorso.

---

[149] Ex art. 125 c. p. c. il ricorso, salvo che la legge disponga altrimenti, deve contenere l'indicazione dell'ufficio giudiziario, delle parti, dell'oggetto, delle ragioni della domanda e le conclusioni e, tanto l'originale che le copie da notificare, devono essere sottoscritte dalla parte, se essa sta in giudizio personalmente, oppure dal difensore che indica il proprio codice fiscale.

[150] Vedi F. FERRARA- A. BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p.551.

[151] Vedi S. BONFATTI, *Tr. Ragusa Maggiore- Costa*, III, Torino, 1997, p.318;
P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 440;
M. MONTANARI, *Le procedure concorsuali*, a cura di G. U. TEDESCHI, I, 2, Torino, 1996, p. 820.

[152] Ai sensi dell'art. 167 c. p. c., secondo comma, il convenuto deve, a pena di decadenza, proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio.

Per quanto riguarda, invece, la necessità di indicare, sempre nell'atto introduttivo, i motivi di opposizione, tale questione era dibattuta in giurisprudenza e in parte della dottrina in quanto se la prima[153] assumeva una posizione a favore dell'indicazione, la seconda[154], invece, era contraria.

Secondo una decisione di merito[155] non poteva considerarsi indeterminata la domanda dell'opposizione che si limitava ad indicare la fissazione dell'udienza, o più in generale che si limitava ad opporre genericamente lo stato passivo, in quanto la specificazione dell'ammontare del credito vantato poteva essere desunta dalla domanda di ammissione al passivo il cui contenuto era integralmente trascritto nel ricorso.

Sulla base di un'ulteriore decisione di merito[156], il Tribunale aveva statuito che nel caso in cui il creditore, il cui credito era stato ammesso al passivo con "riserva di esibizione dei documenti", presentava l'istanza di produzione di essi, dopo che lo stato passivo era divenuto esecutivo ma entro i termini previsti dall'art. 98 della legge fallimentare, la concessione, da parte del giudice delegato, di un ulteriore termine, per l'integrazione dell'atto nelle forme di rito, era legittima.

Tengo a precisare che, in assenza di una simile pronuncia, il creditore, titolare di un credito ammesso al passivo "con riserva di esibizione dei documenti", avrebbe dovuto proporre opposizione allo stato passivo, ormai divenuto esecutivo, al fine di ottenere lo scioglimento della

---

[153] In senso favorevole vedi Trib. Genova 07 febbraio 1986, in *Il fall*., 1986, p. 804.

[154] In senso negativo vedi M. MONTANARI, *Le procedure concorsuali*, a cura di G. U. TEDESCHI, I, 2, Torino, 1996, p. 810. Tale posizione sul presupposto che l'opposizione allo stato passivo presenta una stretta affinità strutturale e funzionale con l'opposizione a decreto ingiuntivo.

[155] Vedi Trib. Busto Arsizio 09 settembre 1986, in *G. comm*., 1988, II, p. 440.

[156] Vedi Trib. Barcellona Pozzo di Gotto 21 maggio 1996, in *Dir. Fall*., 1996, II, p. 958.

riserva. E, nel caso in cui il soggetto si fosse sottratto a tale onere, la riserva sarebbe venuta meno e il credito sarebbe stato definitivamente escluso dal concorso.

Era opinione prevalente[157] che, anche nel procedimento di opposizione promosso ai sensi dell'art. 98 della legge fallimentare previgente, trovassero applicazione le norme generali (art. 82 ss c. p. c.) in tema di rappresentanza ed assistenza processuale.

Di conseguenza, come espressamente statuito dalla Corte di Cassazione, nella sentenza 17 luglio 1974, n. 2137[158], il ricorso introduttivo, del giudizio di opposizione allo stato passivo, sottoscritto dal solo creditore era giuridicamente inesistente e non poteva essere sanato nemmeno attraverso la successiva costituzione in giudizio della parte a mezzo procuratore.

La giurisprudenza, sia di merito[159] che di legittimità[160], aveva altresì statuito che nel caso in cui la procura speciale, rilasciata per presentare la domanda di insinuazione al passivo, conteneva anche riferimenti a possibili fasi o gradi del procedimento di opposizione, legittimava il difensore alla proposizione dell'opposizione.

La delega, invece, rilasciata al procuratore per la rappresentanza nel procedimento per la dichiarazione di fallimento non poteva ritenersi valida per il giudizio di opposizione allo stato passivo[161].

Anche il curatore doveva essere assistito e rappresentato da un procuratore legalmente esercente[162].

---

[157]Vedi U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, p, 740;
Vedi anche Trib. Venezia 07 settembre 1987, in *Il fall*., 1988, p. 80.

[158] Corte di Cassazione 17 luglio 1974, n. 2137, in *Foro it.,* 1976, I, p. 1363.

[159]Vedi Trib. Roma 08 luglio 1982, in *Il fall*., 1983, p. 513.

[160] Corte di Cassazione 06 marzo 1979, n. 1392, in *Foro it.,* 1979, I, p. 2395.

[161] Trib. Reggio Emilia 06 febbraio 1988, in *Il fall*., 1989, p. 619.

[162] Vedi P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p.438.

A tal proposito, è opportuno compiere una precisazione, ovvero anche nel procedimento di opposizione, proposto ex art. 98 della legge fallimentare previgente, trovavano applicazione le preclusioni introdotte al rito ordinario con la riforma del 1990[163]. Tuttavia, mentre nel caso di opposizione contro la sentenza dichiarativa di fallimento l'atto introduttivo assumeva la forma della citazione, nell'opposizione allo stato passivo il relativo giudizio veniva ad essere instaurato con la tecnica del ricorso.

Di conseguenza nessun problema si poneva nel primo caso poiché l'avviso al convenuto di costituirsi nel termine di venti giorni anteriori all'udienza, a pena di decadenza dalla formulazione di domande verso l'attore o terzi[164], era elemento che, ex art. 163 n. 7 del codice di procedura civile[165], doveva essere indicato nell'atto di citazione. Nel secondo caso, invece, tale elemento veniva meno in quanto il ricorso presenta un contenuto diverso dalla citazione ed inoltre il g. d., nel fissare l'udienza alla quale tutti i creditori opponenti e il curatore dovevano comparire, era astrattamente libero, ovvero non era tenuto a indicare una data che tenesse di conto del termine di decadenza del convenuto.

---

[163] Legge 26 novembre 1990, n. 353, Provvedimenti urgenti per il processo civile.
Il processo, strutturato secondo le preclusioni, è caratterizzato dalla divisione della fase di trattazione della causa in un primo momento, dedicato all'allegazione dei fatti ed alle richieste istruttorie, ed in un secondo momento, dedicato alla prova di quelli, fra i fatti allegati, che siano controversi. In tal modo rimane esclusa la possibilità che il processo, una volta giunto allo stadio successivo, possa regredire allo stadio anteriore al fine di introdurvi quegli elementi, la cui acquisizione è propria dello stadio superato.
Un processo così strutturato si dice caratterizzato dal "principio di preclusione" proprio per l'impossibilità che le allegazioni e le richieste istruttorie siano effettuate nell'arco di tutta la trattazione.

[164]Oggi, dopo la legge n. 80/2005, le preclusioni sono estese anche alle eccezioni riservate alla parte. Legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione, con modifiche, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

[165] R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443. Il Testo è entrato in vigore il 21 aprile 1942.

Ecco che allora i tribunali fallimentari, nel tentativo di conciliare il regime delle preclusioni con la mancata indicazione, nel ricorso, dell'avviso di costituzione, avevano paragonato l'udienza fissata dal giudice nel decreto in calce all'atto introduttivo ad un'udienza preliminare nel contesto della quale veniva ad essere fissata l'udienza dell'art. 180 del c. p. c. (o 183 c. p. c., dopo la novella introdotta con legge n. 80 del 2005)[166]. Era a partire da quest'ultima che il convenuto era assoggettato alle preclusioni in ordine alla formulazione di domande riconvenzionali e, dopo la riforma, alle eccezioni riservate alla parte.

Riprendendo l'esame della disposizione in commento, al primo comma, il legislatore fissava in quindici giorni il termine per proporre opposizione. Esso decorreva "dal deposito dello stato passivo in cancelleria".

Era pacifico, nel silenzio della legge, sia in giurisprudenza[167] che in dottrina[168], che il termine per proporre opposizione aveva natura perentoria.

In relazione al momento a partire dal quale, per i creditori esclusi o ammessi con riserva, iniziava a decorrere il termine per proporre opposizione, la Corte Costituzionale, con sentenza 16 aprile 1986, n. 102[169], aveva affermato che "il sospetto d'incostituzionalità dell'art. 98, primo comma, della legge fallimentare previgente, era fondato perché manifesta era l'offesa inflitta al diritto di difesa garantito, quale

---

[166] Oggi, dopo la legge n. 80/2005, è stata reintrodotta un'unica udienza, ovvero l'udienza di prima comparizione e trattazione della causa ex art. 183 c. p. c.
La disciplina previgente, invece, separava l'udienza di prima comparizione, ove il giudice verificava la regolarità del contraddittorio ed assegnava al convenuto un termine per proporre le eccezioni non rilevabili d'ufficio, e quella di trattazione.

[167] Vedi Tribunale di Venezia 05 febbraio 1985, in *Il fall*., 1985, p. 863.

[168] Vedi U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, p. 749 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Passivo*, *Enc. D*., XXXII, Milano, 1982, p. 214.

[169] Corte Costituzionale 16 aprile 1986, n. 102, in www.cortecostituzionale.it.

che sia lo stato e il grado del procedimento, dall'art. 24, comma secondo, della Costituzione.

La Corte aveva ricordato la sentenza n. 151 del 1980 con la quale era stato dichiarato illegittimo l'art. 18, comma primo, della legge fallimentare nella parte in cui prevedeva che il termine, di quindici giorni, per fare opposizione decorreva, per il debitore, dall'affissione della sentenza che ne dichiarava il fallimento; aveva altresì citato la sentenza n. 152 del 1980 con la quale la stessa sorte era stata prevista all'art. 99, quinto comma, nella parte in cui faceva decorrere i termini per appellare e per proporre ricorso in Cassazione dall'affissione della sentenza resa sull'opposizione allo stato passivo ed infine la sentenza n. 303 del 1985 con la quale la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 26, primo comma, nella parte in cui faceva decorrere il termine, per il reclamo al Tribunale, dalla data del decreto del giudice delegato di liquidazione del compenso a incaricati anziché dalla data della comunicazione dello stesso ritualmente eseguita.

La Corte, quindi, con la pronuncia in questione dichiarò incostituzionale l'art. 98, primo comma, della legge fallimentare previgente e sostituì, nella funzione di dies a quo, al deposito, in cancelleria, dello stato passivo *la ricezione, da parte dei creditori esclusi o ammessi con riserva, della raccomandata con avviso di ricevimento* con la quale il curatore, già all'epoca, era, ai sensi dell'art. 97, quarto comma, legge fallimentare previgente, tenuto a dare loro notizia, rispettivamente, della esclusione o ammissione con riserva.

La Corte, inoltre, aveva statuito che il curatore era tenuto a comunicare l'avvenuto deposito dello stato passivo, non solo ai creditori, in tutto o in parte, esclusi o ammessi con riserva ma anche agli altri creditori che avevano proposto domanda di ammissione al passivo.

Conseguentemente, anche con riferimento al decorso del termine a partire dal quale i creditori ammessi potevano proporre impugnazione, ai sensi dell'art. 100 della legge fallimentare previgente, la Corte aveva

fatto coincidere il dies a quo con il giorno nel quale la raccomandata con ricevuta di ritorno, dall'avvenuto deposito, perveniva ai creditori.
L'organo di costituzionalità delle leggi aveva fondato quest'ulteriore considerazione sull'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[170], firmata a Roma il 04 novembre 1950, e l'art. 15 del Patto internazionale di New York del 19 dicembre 1966, relativo ai diritti politici e civili".
Sempre continuando con l'esame del termine per proporre opposizione, era stato precisato che, ai fini del decorso del relativo termine, la comunicazione doveva ritenersi avvenuta con la consegna, in plico raccomandato, ad uno dei soggetti indicati nell'art. 38[171], secondo comma, d.p.r. 29 maggio 1982, n. 655, senza che il creditore opponente potesse addurre di averne avuto conoscenza in tempo successivo[172].
Secondo alcune pronunce di merito, l'onere della prova circa la tempestività della proposta opposizione gravava sul creditore.
In tale senso si era pronunciato, ad esempio, il Tribunale di Agrigento, con sentenza 29 novembre 1995[173], con la quale aveva statuito che "se dagli atti di causa risultava che il curatore aveva inviato la comunicazione prevista all'art. 97 legge fallimentare, il creditore escluso, e in generale il ricorrente, aveva sempre e comunque l'onere di provare la tempestività dell'opposizione allo stato passivo mediante

---

[170] Art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: disciplina il diritto ad un equo processo.

[171] Art. 38, secondo comma, del d.p.r. 29 maggio 1982, n. 655: "Le corrispondenze raccomandate possono essere consegnate dai portalettere a persone di famiglia dei destinatari, ai medesimi conviventi, ai portieri delle case od ai direttori di alberghi, negozi, stabilimenti, uffici, manifatture o simili, ove i destinatari siano alloggiati o addetti. È fatta eccezione per le corrispondenze raccomandate sulle quali sia stata aggiunta l'indicazione "a lui solo" od altra equivalente, nel quale caso non possono essere consegnate a terzi".

[172] Vedi Trib. Torino 12 maggio 1995, in *Il fall*., 1996, p. 286.

[173] Vedi Trib. Agrigento 29 novembre 1995, in *Dir. Fall*., 1997, II, p. 196.
Vedi anche Trib. Trieste 25 ottobre 1995, in *Il fall*., 1996, p. 201.

produzione della lettera raccomandata a lui pervenuta. In mancanza, il tribunale doveva rilevare d'ufficio l'inammissibilità dell'opposizione, essendo nell'oggettiva impossibilità di verificare la tempestività, anche se il curatore, costituito, non abbia depositato l'avviso di ricevimento della lettera raccomandata inviata al creditore e non abbia eccepito la tardività dell'opposizione".

Nel caso, invece, di mancata comunicazione, al creditore, dell'avvenuto deposito dello stato passivo si prevedeva l'applicabilità, in via analogica, dell'art. 327 c. p. c. e quindi, decorso un anno dal deposito medesimo, non era più possibile proporre opposizione[174].

A tale riguardo la Corte di Cassazione, con sentenza 11 marzo 1996, n. 1982[175], aveva precisato che nel caso di mancata tempestiva comunicazione, nel caso di specie dell'avvenuta esclusione, non era, comunque, possibile trasferire, in sede di riparto, le questioni inerenti alla esistenza, qualità e all'entità del credito e del privilegio da cui esso sia assistito, decise nel corso della verificazione dei crediti. Lo strumento procedimentale apprestato per la tutela dei creditori esclusi o ammessi con riserva rimaneva l'opposizione prevista all'art. 98. Conseguentemente, in mancanza di impugnazioni dello stato passivo reso esecutivo dal giudice delegato, come avvenuto nel caso di specie, restava preclusa la possibilità di riproporre tali questioni nell'ambito della procedura fallimentare.

In sede di riparto, aggiungeva la Corte, le osservazioni al relativo progetto, consentite ai sensi dell'art. 110, comma terzo, della legge fallimentare, dovevano essere limitate alla graduazione dei crediti e

---

[174] Vedi Corte di Cassazione 27 agosto 1990, n. 8763, in *Il fall*., 1991, p. 251.
Con tale pronuncia la Corte ha statuito che "in mancanza di comunicazione dell'avvenuto deposito dello stato passivo, l'opposizione deve ritenersi tempestiva se proposta entro l'anno dal riferito deposito".
In tale senso vedi anche Trib. Catania 13 giugno 1998, in *Giur. It*., 1999, p.110.
Vedi anche M. MONTANARI, in *Le procedure concorsuali*, a cura di G. U. TEDESCHI, I, 2, Torino, 1996, p. 813.

[175] Corte di Cassazione 11 marzo 1996, n. 1982, in *Il fall*., 1996, p. 666.

all'ammontare della somma distribuita, attesa la correlazione esistente tra le sub procedure di accertamento del passivo e di riparto dell'attivo liquidato.

L'art. 98 della legge fallimentare previgente, al secondo comma, prevedeva che " il giudice fissa, con decreto, l'udienza in cui tutti i creditori opponenti e il curatore devono comparire avanti a lui, nonché il termine per la notificazione al curatore del ricorso e del decreto".

Il termine di comparizione, dunque, era unico per tutti gli opponenti, dovendosi, tutte le opposizioni proposte, essere riunite in un unico giudizio[176].

Anche su tale profilo la Corte di Cassazione, con sentenza 20 maggio 1987, n. 4606[177], era intervenuta statuendo che "dalle regole contenute nel primo e secondo comma dell'art. 99 della legge fallimentare previgente[178] si deduceva che, conformemente alle regole processuali generali degli artt. 273 e 274 c. p. c., le cause di opposizione all'unico stato passivo non dovevano essere necessariamente riunite e decise con un'unica sentenza, poiché la loro riunione non rispondeva ad un principio di litisconsorzio necessario ma all'esigenza di opportunità e celerità processuale. Nel caso di specie, il ricorrente denunciava la violazione dell'art. 99, terzo comma, in quanto il Tribunale non aveva deciso, con un'unica sentenza, su tutte le cause di opposizione proposte contro il medesimo stato passivo.

La Corte, concludeva sul punto, affermando che la loro separazione era sempre possibile: né la riunione era prescritta dalla legge a pena di

---

[176] Vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1480.

[177] Corte di Cassazione 20 maggio 1987, in *Il fall.*, 1987, p. 1153.

[178] Art. 99, primo e secondo comma, legge fallimentare previgente: "Il giudice delegato provvede all'istruzione delle varie cause di opposizione e quindi fissa l'udienza per la discussione davanti al collegio a norma dell'art. 189 del codice di procedura civile.
Quando alcune opposizioni sono mature per la decisione e altre richiedono lunga istruzione, il giudice pronuncia ordinanza con la quale separa le cause e rimette al collegio quelle mature per la decisione".

nullità; né sussisteva, per le parti, un diritto potestativo di richiedere la riunione. Quest'ultima era, invece, affidata al potere discrezionale del giudice delegato".

La Corte Costituzionale, con sentenza 24 aprile 1986, n. 120[179], aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale anche del secondo comma dell'art. 98 della legge fallimentare previgente, sotto due diversi profili: innanzitutto aveva rilevato che, in considerazione del fatto che, il terzo comma della medesima disposizione, non temeva di prevedere l'abbandono dell'opposizione nel caso in cui i creditori opponenti non si costituivano almeno cinque giorni prima dell'udienza, essi non potevano essere lasciati all'oscuro del decreto con il quale il giudice delegato fissava l'udienza.

Conseguentemente la Consulta dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 98, secondo comma, nella parte in cui non prevedeva che l'avvenuta fissazione dell'udienza, da parte del giudice delegato con decreto, fosse comunicata ai creditori opponenti. Inoltre aveva statuito che era a partire da tale comunicazione che decorreva, per quest'ultimi, il termine per la notificazione del decreto e del ricorso al curatore.

Dopo di che aveva precisato che, non solo i creditori, ma anche il curatore doveva avere notizia della data dell'udienza e ciò doveva avvenire in un arco di tempo tale da consentire ad esso l'esercizio del diritto di difesa. Ecco che allora la Consulta dichiarò l'incostituzionalità, ex art. 24, secondo comma della Costituzione, dell'art. 98, secondo comma della legge fallimentare previgente, anche nella parte in cui non prevedeva un termine, anteriore alla data dell'udienza fissata, entro il quale il creditore opponente doveva effettuare la notifica del relativo provvedimento, oltre che del ricorso, al curatore. E l'organo di costituzionalità delle leggi aveva fissato tale termine in "almeno quindici giorni prima dell'udienza di comparizione". In relazione alla quantificazione del tempo, la Corte

---

[179] Corte Costituzionale 24 aprile 1986, n. 120, in www.cortecostituzionale.it.

aveva preso spunto dal primo comma della disposizione in commento".

Con riferimento alla natura del termine fissato dal giudice delegato per la notificazione, da parte del creditore opponente, del ricorso e del decreto al curatore la questione era dibattuta, anche se era prevalente l'orientamento che riconosceva il carattere perentorio[180].

Infine la giurisprudenza prevalente[181] riteneva che nel caso in cui l'atto di opposizione e del decreto fossero stati notificati al fallito anziché al curatore, tale ipotesi costituiva un errore nell'individuazione del legittimato passivo che poteva essere sanato mediante la costituzione in giudizio del curatore, e non dalla comparizione personale dello stesso.

Per quanto riguarda il profilo relativo alla *costituzione in giudizio dell'opponente*, il legislatore, al terzo comma dell'art. 98 della legge fallimentare previgente, aveva previsto che "almeno cinque giorni prima dell'udienza i creditori devono costituirsi. In mancanza, l'opposizione si reputa abbandonata".

Si dibatteva sul modo con cui questa disposizione doveva essere interpretata in quanto, da un lato, c'era chi riteneva che[182], ai fini del

---

[180] Nel senso della perentorietà del termine vedi Trib. Roma 12 gennaio 1982, in *Il fall*., 1983, p.755; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 438 ss.

Nel senso della natura ordinatoria del termine vedi Trib. Brindisi 27 giugno 1981, in *Il fall*., 1982, p. 97.

Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "il termine fissato dal giudice per la notifica del ricorso e del decreto al curatore, ai sensi dell'art. 98 legge fallimentare, non è perentorio, bensì ordinatorio: tuttavia la sua inosservanza, se eccepita dal curatore, produce l'inammissibilità dell'opposizione allo stato passivo".

[181] Vedi Corte d'Appello Milano 28 gennaio 1969, in *Dir. Fall*, 1970, II, p. 830.

[182] Vedi Corte di Cassazione 28 marzo 1990, n. 2536, in *Dir. Fall*., 1990, II, p. 977; Trib. Roma 03 febbraio 1989, in *Il fall*., 1989, p. 951; Trib. Torino 20 novembre 1989, in *Il fall*., 1990, p. 546.

Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "nel caso in cui il creditore non si sia costituito, nel giudizio di opposizione a stato passivo, nel termine di cinque giorni liberi precedenti l'udienza, deve essere dichiarata l'inammissibilità dell'impugnazione".

In dottrina vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1470; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 439.

computo del termine per la costituzione in giudizio, i cinque giorni si intendevano liberi, quindi, si escludeva sia il giorno iniziale che quello finale; dall'altro, invece, c'era chi[183] riteneva che, in difetto di espressa previsione legislativa del termine come libero, trovava applicazione l'art. 155 c. p. c. che costituisce regola generale da applicare per il computo di tutti i termini processuali, in mancanza di una deroga espressa. Conseguentemente, il giorno dell'udienza fissata dal giudice delegato con decreto costituiva il dies a quo e, dunque, andava escluso dal computo; il quinto giorno anteriore all'udienza stessa, invece, costituiva il dies ad quem e, quindi, andava computato. Ed era questo l'ultimo giorno utile per la costituzione in giudizio del creditore opponente.

Era pacifico che il termine in questione, dato il silenzio della legge, dovesse essere inteso come perentorio.

A titolo esemplificativo, la Corte di Cassazione, con sentenza 27 maggio 1995, n. 5908[184], aveva statuito che, sebbene l'art. 152 c. p. c., secondo comma, disponga la generale ordinatori età dei termini, salva l'espressa perentorietà degli stessi dichiarata dalla legge, non si può dedurre da tale norma che, ove manchi un'esplicita dichiarazione in tal senso, debba senz'altro escludersi che un termine possa considerarsi perentorio. Nulla vieta di indagare se, a prescindere dal dettato di una norma, un termine, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, debba essere rigorosamente osservato.

E con specifico riferimento al termine di cinque giorni prima dell'udienza, entro il quale i creditori opponenti devono costituirsi, la Corte aveva affermato che, stante l'esigenza di celerità e certezza del

---

[183] Vedi Corte di Cassazione 28 marzo 1997, n. 2807, in *Giust. Civ. Mass*., 1997, p. 498; Corte di Cassazione 08 luglio 1994, n. 6451, in *Giust. Civ. Mass*. 1994, p. 938.

[184] Corte di Cassazione 27 maggio 1995, n. 5908, in *Il fall*., 1995, p. 1197.
Vedi anche Corte di Cassazione 06 giugno 1997, n. 5074, in *Giust. Civ. Mass*., 1997, p. 930.
In dottrina vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 338.

procedimento di verifica dello stato passivo, esso aveva carattere perentorio, pur non essendo dichiarato dalla legge, con la conseguenza che la sua inosservanza importava la decadenza dell'opposizione.

Nell'ipotesi in cui l'opponente decadeva dall'opposizione, per mancata costituzione nei termini, essa si reputava abbandonata, ai sensi del terzo comma dell'art. 98 della legge fallimentare previgente, con conseguente estinzione del giudizio[185].

Su quest'ultimo aspetto, però, la giurisprudenza non era unanime in quanto, c'era anche chi riteneva che dall'abbandono dell'opposizione ne discendeva l'improcedibilità e chi l'inammissibilità[186].

Tuttavia una volta che l'opponente decadeva dall'opposizione, questa non poteva essere più riproposta, né il credito poteva essere nuovamente insinuato, neppure ex art. 101 della legge fallimentare. Di conseguenza l'impugnato provvedimento del giudice delegato acquistava carattere definitivo.

Per quanto riguarda, invece, *la costituzione in giudizio del curatore*, questa doveva considerarsi tempestiva, e non inficiata da alcun profilo d'invalidità, anche se compiuta, dal soggetto in questione, all'udienza fissata dal giudice delegato per la comparizione delle parti.

---

[185] Nel senso dell'estinzione del giudizio di opposizione, nel caso di mancata comparizione del creditore opponente nei termini previsti dalla legge, vedi Corte di Cassazione 27 maggio 1995, n. 5908, *ivi*; Corte di Cassazione 06 giugno 1997, n. 5072, *ivi*.; in dottrina vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1471.
Ai sensi dell'art. 310 c. p. c. : "L'estinzione del processo non estingue l'azione.
L'estinzione del processo rende inefficaci gli atti del processo, ma non le sentenze di merito in esso pronunciate o quelle che regolano la competenza. Le prove raccolte perdono a loro volta efficacia nel processo estinto, ma in un eventuale nuovo processo potranno essere valutate come argomenti di prova".

[186] Nel senso dell'inammissibilità dell'opposizione, nel caso di mancata comparizione del creditore opponente nei termini previsti dalla legge, vedi Trib. Milano 26 febbraio 1990, in *Il fall*., 1990, p. 856; Trib. Torino 20 novembre 1989, in *Il fall*., 1990, p. 338.
Ai sensi dell'art. 387 c. p. c. : "Il ricorso dichiarato inammissibile o improcedibile non può essere riproposto, anche se non è scaduto il termine fissato dalla legge".

L'obbligo di costituirsi "almeno cinque giorni prima dell'udienza", infatti, non riguardava il curatore ma, unicamente, i creditori opponenti. Inoltre era stato anche evidenziato che un simile assunto poteva essere ribadito nonostante il nuovo articolo 166 c. p. c. .

La legge 26 novembre 1990, n. 350, ha previsto che il convenuto, nel processo ordinario di primo grado, deve costituirsi in giudizio almeno venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice, a pena di decadenza dalla formulazione di domande verso l'attore o verso terzi, e, a seguito della legge n. 80 del 2005, di eccezioni riservate alla parte.

Questa regola, infatti, come aveva rilevato la dottrina[187], era incompatibile con la distinta regola sancita dal terzo comma, prima parte, dell'art. 98 della legge fallimentare previgente che consentiva al creditore opponente di costituirsi sino a cinque giorni prima dell'udienza fissata dal g. d. con decreto.

I tribunali fallimentari, al fine di dare attuazione al regime delle preclusioni previsto nel rito ordinario anche alla disciplina fallimentare, avevano adottato una prassi, ovvero consideravano l'udienza di comparizione, fissata dal g. d. con decreto, come una sorta di udienza preliminare nel contesto della quale il curatore compariva personalmente e veniva ad essere fissata una successiva udienza, ovvero l'udienza dell'art. 180 o 183 c. p. c., dopo la novella del 2005. Era in vista di quest'ultima che il curatore incontrava le preclusioni alla formulazione di domande e, dopo la riforma, delle eccezioni riservate alla parte.

Infine, sul terzo comma dell'art. 98, era intervenuta la Corte Costituzionale, con sentenza 24 aprile 1986, n. 120[188], sopra citata, con la quale aveva statuito che la disposizione in esame aveva le carte in

---

[187] TARZIA, in *Il fall*, 1994, p. 895 ss; STALLA, in *Dir. Fall*., 1991, I, p. 347; PANZANI, in FABIANI-PANZANI, *La riforma del processo civile e le procedure concorsuali*, Padova, 1994, p. 76 ss.

[188] Corte Costituzionale 24 aprile 1986, n. 120, in www.cortecostituzionale.it.

regola con l'art. 24 della Costituzione, quindi aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata.

In particolare, ciò che il giudice a quo denunciava era il pregiudizio al diritto di difesa che il creditore opponente, in quanto assoggettato all'onere di costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza di comparizione, subiva nonostante la normale diligenza del suo procuratore perché solo un controllo giornaliero poteva consentire di fruire dell'intero termine la cui utilizzabilità è condizione di un effettivo esercizio del diritto di difesa.

Ma la Corte ritenne che i termini di costituzione previsti per il creditore opponente non comportavano nessuna violazione del suo diritto di difesa.

Il quarto, ed ultimo, comma dell'art. 98 della legge fallimentare previgente prevedeva che, nel giudizio di opposizione, potevano *intervenire gli altri creditori*.

Anche tale comma era stato oggetto di diverse interpretazioni: c'era, infatti, chi[189] riteneva che non era ammesso l'intervento di terzi che non fossero creditori del fallito e chi[190], invece, affermava che la disposizione in esame non aveva un significato limitativo ma, piuttosto, era ispirata alla ratio di ampliare il campo degli interventi. In

---

[189] Per un significato limitativo della disposizione vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1473 ss.; Corte Appello Bologna 06 dicembre 1972, in *Dir. Fall*., 1973, II, p. 154.

[190] Per un significato non limitativo della disposizione vedi Corte di Cassazione 29 giugno 1981, n. 4208, in *Il fall*., 1981, p. 907.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "nel giudizio di opposizione a stato passivo fallimentare è ammissibile l'intervento di chi, pur non essendo creditore, abbia uno specifico interesse a contrastare l'altrui pretesa; ciò in quanto l'ultimo comma dell'art. 98 della legge fallimentare non va inteso in senso limitativo essendo esso ispirato, semmai, alla ratio di ampliare il campo degli interventi anche a favore di altri creditori non opponenti".
Vedi anche Corte di Cassazione 11 gennaio 1979, n. 190, in *Il fall*., 1979, p. 747.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "nel giudizio di opposizione a stato passivo è ammissibile l'intervento del terzo ai sensi dell'art. 106 c. p. c. Pertanto il creditore opponente può chiamare, ai sensi della disposizione contenuta nel codice di rito, un terzo da cui pretenda essere garantito e chiedere, nei suoi confronti, rendendo a lui opponibile la sentenza che disconosca o riduca il credito insinuato, di essere rivalso nella misura corrispondente".

ragione di quest'ultima esegesi, quindi, si prevedeva l'applicabilità delle norme ordinarie sull'intervento di altri soggetti, ovvero gli artt. 105 ss. c. p. c..

Era, invece, pacifico che, nel giudizio di opposizione, non era consentito l'intervento del fallito, salvo che, dalle questioni dedotte, non dipendeva la possibilità che egli stesso fosse direttamente sottoposto a procedimento penale per bancarotta[191].

Tuttavia, la Corte di Cassazione, con sentenza 08 agosto 1990, n. 7997[192], ammise l'intervento del fallito nel giudizio di opposizione, precisando che una simile partecipazione doveva essere qualificata come "adesiva dipendente". Conseguentemente egli aveva solo la facoltà di sostenere le ragioni del curatore, a tutela di un interesse sussistente entro l'ambito della procedura fallimentare ma, come per qualsiasi intervento adesivo-dipendente in causa altrui, al fallito non era concesso il diritto di proporre appello in modo autonomo, dal momento che il suo interesse all'esito della lite, di natura mediata o riflessa rispetto a quello attribuito dalla legge al curatore, non assurgeva a diritto potestativo processuale da potersi esercitare in assenza, o anche contro la volontà, del curatore medesimo.

---

[191] Vedi Corte di Cassazione 04 luglio 1979, n. 3791, in *Il fall*., 1980, p.297.
La Corte con tale pronuncia afferma che " il fallito ha diritto di intervenire nella fase di verificazione dello stato passivo fallimentare al fine di fornire i chiarimenti e le deduzioni del caso, ma non è munito di analogo diritto nei giudizi di opposizione o impugnazione allo stato passivo, nei quali il contraddittorio si instaura tra il creditore e il curatore, salvo che dalle questioni dedotte dipenda direttamente la possibilità che il fallito stesso non sia sottoposto a procedimento penale per bancarotta".
Vedi anche Corte Appello Bologna 13 marzo 1984, in *Giur. Comm*., 1985, II, p. 210.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 98 della legge fallimentare, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui la normativa predetta non legittima il fallito ad intervenire nel giudizio di opposizione promosso dal creditore escluso".

[192] Corte di Cassazione 08 agosto 1990, n. 7997, in *Dir. Fall*., 1991, II, p. 317.
Tengo a precisare che, attraverso l'intervento adesivo-dipendente, il terzo non interviene per far valere un suo diritto, ma per sostenere le ragioni di una delle parti, senza chiedere la tutela di una propria situazione sostanziale.

Concluso il discorso sull'art. 98 della legge fallimentare previgente, è possibile passare all'esame dell'art. 99 della suddetta legge[193] che disciplinava "l'istruzione dell'opposizione e sentenza relativa".

Dunque, esaminato il profilo relativo all'introduzione del giudizio di opposizione e quindi, contenuto del ricorso, termini di comparizione delle parti e modalità di costituzione in giudizio di esse, è giunto il momento di passare all'indagine della fase di trattazione ed istruzione del relativo giudizio.

Era opinione comune[194] che quest'ultime fasi, a differenza di quella introduttiva che era assoggettata alla disciplina speciale fallimentare, fossero regolate sulla base delle norme della trattazione ed istruzione del processo ordinario di cognizione di primo grado.

Per quanto riguarda il coordinamento tra disciplina generale delle preclusioni, introdotta con legge 26 novembre 1990, n. 353, e disciplina speciale fallimentare i tribunali, come già ampliamente spiegato, assimilavano l'udienza di comparizione, fissata dal g. d. con

---

[193] Art. 99 legge fallimentare previgente: "Il giudice delegato provvede all'istruzione delle varie cause di opposizione e quindi fissa l'udienza per la discussione davanti al collegio a norma dell'articolo 189 del codice di procedura civile.
Quando alcune opposizioni sono mature per la decisione e altre richiedono lunga istruzione, il giudice pronuncia ordinanza con la quale separa le cause e rimette al collegio quelle mature per la decisione.
Il tribunale pronuncia su tutte le opposizioni, che gli sono rimesse, con un'unica sentenza.
Nell'ipotesi prevista dall'articolo 279, primo comma, del codice di procedura civile, il tribunale può ammettere provvisoriamente al passivo in tutto o in parte il credito contestato.
La sentenza deve essere affissa alla porta esterna del tribunale entro otto giorni dalla sua pubblicazione, ed è provvisoriamente esecutiva. Il cancelliere dà immediato avviso dell'avvenuta pubblicazione ai procuratori delle parti, a norma dell'articolo 136 del codice di procedura civile.
Il termine per appellare è di giorni quindici dall'affissione della sentenza. Si osservano per il giudizio di appello le disposizioni dei commi precedenti in quanto applicabili. Il termine per il ricorso in cassazione decorre dal giorno dell'affissione della sentenza ed è ridotto della metà.
Non è ammesso l'appello per le controversie non eccedenti la competenza del pretore.
Preciso che quest'ultimo comma è stato abrogato dall'art. 160 del d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, *Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado*.

[194] Vedi BONFATTI, *Tr. Ragusa Maggiore-Costa*, III, Torino, 1997, p. 307, 314.

decreto, ad una udienza preliminare nel contesto della quale veniva ad essere fissata l'udienza dell'art. 180 o 183 c. p. c., dopo la novella del 2005. Ed era a partire da quest'ultima che il convenuto incontrava le preclusioni alla formulazione di domande in via riconvenzionale e, a seguito della riforma del 2005, delle eccezioni riservate alla parte.

Ovviamente, nel periodo antecedente alla novella del 2005, poiché l'udienza di comparizione e quella di trattazione erano separate, una volta che la prima si era conclusa veniva ad essere fissata la prima udienza di trattazione[195], nella quale il creditore opponente, ai sensi dell'art. 183, quarto comma, versione anteriore al 2005, del c. p. c., poteva svolgere quelle attività rese eventualmente necessarie dalle iniziative assunte dal curatore nella precedente costituzione in giudizio. Sempre in tale sede venivano ad essere svolte tutte quelle altre attività e concessi i termini e contro termini che la disposizione sopra richiamata stabiliva.

---

[195] Art. 183 c. p. c., versione anteriore in vigore sino al d. l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80: "Nella prima udienza di trattazione il giudice istruttore interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione. La mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'art.116.

Le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale, il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata, e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116.

Il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

Nella stessa udienza l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. Può altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto. Entrambe le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate.

Se richiesto, il giudice fissa un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte. Concede altresì alle parti un successivo termine perentorio non superiore a trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dell'altra parte o per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime. Con la stessa ordinanza il giudice fissa l'udienza per i provvedimenti di cui all'art. 184".

Quest'ultima, al primo comma, prevedeva anche l'esperimento del tentativo di conciliazione anche se, c'era chi[196] riteneva che esso, nei giudizi di opposizione, non era configurabile.

Dopo di che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 183 vecchia versione, del c. p. c., veniva ad essere fissata l'udienza dedicata alle deduzioni istruttorie, la quale si articolava secondo quanto prevedeva l'art. 184 c. p. c.[197], nella versione anteriore alla legge 14 maggio 2005, n. 80. (a seguito della riforma, una volta che si era svolta l'unica udienza, ovvero quella di comparizione e trattazione della causa, ai sensi dell'art. 183, settimo comma, versione attuale, del c. p. c., si procedeva anche in tal caso alla fissazione dell'udienza dedicata all'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti ma essa si articolava secondo quanto prevede l'art. 184, versione attuale, del c. p. c.[198]).

Per quel concerne i profili istruttori, come già ho avuto modo di spigare a proposito dell'esame dell'art. 98 della legge fallimentare previgente, nel giudizio di opposizione trovava applicazione il principio sull'onere della prova sancito all'art. 2697 c. c. .

---

[196] Vedi PANZANI, in FABIANI-PANZANI, La riforma del processo civile e le procedure concorsuali, Padova, 1994, p. 118.

[197] Art. 184 c. p. c., versione anteriore in vigore sino alla legge 14 marzo 2005, n. 80: "Salva l'applicazione dell'art. 187 il giudice istruttore, se ritiene che siano ammissibili e rilevanti, ammette i mezzi di prova proposti; ovvero, su istanza di parte, rinvia ad altra udienza, assegnando un termine entro il quale le parti possono produrre documenti ed indicare nuovi mezzi di prova, nonché altro termine per l'eventuale indicazione di prova contraria.
I termini di cui al comma precedente sono perentori.
Nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi".

[198] A seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 80 del 2005 alla disposizione in commento, il giudice istruttore, quando deve provvedere sull'ammissibilità dei mezzi di prova richiesti, non ha il dovere di rinviare ad un'udienza nella quale decidere se e quali mezzi di prova ammettere in quanto, ai sensi dell'art. 183, settimo comma, versione attuale, del c. p. c., può pronunciarsi sull'ammissibilità anche mediante *ordinanza emessa fuori udienza*.
In ogni caso è con quest'ultima ordinanza, o con quella emessa nella udienza sopra citata, che il giudice fissa quella prevista ai sensi del novellato art. 184 c. p. c., nella quale si procede all'assunzione delle prove ammesse o, se non ammesse, si invitano le parti a precisare le conclusioni.

Inoltre, era il giudice delegato che, ai sensi del primo comma dell'art. 99 della legge fallimentare previgente, svolgeva le funzioni di giudice istruttore nel giudizio di opposizione.

Tale previsione normativa aveva suscitato forti dubbi di tenuta costituzionale in ragione dell'accentramento, nelle mani dello stesso giudice, delle funzioni di decidente, in sede di formazione dello stato passivo, e di istruttore nelle opposizioni.

Su tale questione, infatti, la Corte Costituzionale si era pronunciata in più occasioni in quanto diversi erano i principi costituzionali che, ogni volta, veniva addotti come lesi.

In particolare, con la prima pronuncia, del 12 novembre 1970, n. 158, la Corte Costituzionale[199] aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, primo comma, della legge fallimentare previgente, proposta dal giudice istruttore del Tribunale di Asti, in riferimento agli artt. 3, 101, 104 e 108 della Costituzione[200].

In sostanza ciò che veniva ad essere sostenuto dal giudice a quo era che il primo comma della disposizione in commento, affidando allo stesso giudice che ha approvato lo stato passivo l'istruttoria della causa di opposizione, gli impediva di adempiere all'obbligo di astensione di cui all'art. 51, punto 4, c. p. c. e creava, altresì, una disuguaglianza con gli altri giudici che avevano conosciuto della causa in un altro grado del processo.

La Consulta argomentava la sua decisione di infondatezza sulla base di diverse ragioni: innanzitutto aveva precisato che l'obbligo di astensione previsto nei confronti del giudice, nella disposizione di rito sopra citata, si riferiva al caso in cui egli doveva conoscere della stessa causa in una sede di gravame e non ad un'ipotesi, come quella di

---

[199] Corte Costituzionale 12 novembre 1970, n. 158, in www.cortecostituzionale.it.

[200] Gli artt. 101, 104 e 108 della Costituzione si riferiscono all'indipendenza del giudice dagli altri poteri dello Stato. L'esigenza obbiettiva, sottesa a tale disposizione, è quella sottrarre il giudice ad ogni vincolo nei confronti di altri poteri.

specie, in cui il giudice era chiamato ad un riesame della sua pronuncia in una fase ulteriore, dello stesso grado di giudizio, a motivo di opposizione; inoltre aveva rilevato che era la legge stessa ad escludere, in modo razionale, l'esistenza di ragioni di convenienza tali da impedire al giudice delegato di esplicare la funzione istruttoria. E ciò in ragione del fatto che il processo fallimentare è ispirato al principio della concentrazione, presso i suoi organi, di ogni controversia che ne deriva. Con la conseguenza, quindi, che collegamenti ed interferenze processuali risultano essere inevitabili e come tali non rilevabili agli effetti della legittimazione del giudice in quanto prevalente risulta essere l'esigenza di portare allo stesso organo giurisdizionale tutto il procedimento e di ridurlo ad unità; infine, aggiungeva la Corte, l'attività istruttoria relativa alla causa di opposizione allo stato passivo non era incompatibile con quella svolta, in precedenza, dal giudice delegato perché in quest'ultima, già all'epoca, egli era competente ad apportare modificazioni allo stato passivo da lui predisposto, a seguito delle contestazioni e controversie avvenute nell'udienza di verificazione, di modo che, nella fase istruttoria della causa di opposizione, il soggetto medesimo non faceva altro che continuare a ricercare ogni dato di controllo della situazione creditoria. Si trovava, quindi, nella stessa condizione in cui era quando, nell'udienza di verificazione, procedeva (e tutt'ora procede) all'istruzione delle contestazioni sullo stato provvisorio che egli aveva predisposto, con la sola differenza che, in questo secondo caso, egli preparava (prepara) una sua pronuncia, mentre ex art. 99, della legge fallimentare previgente, avviava il processo verso la pronuncia del tribunale.

Con riferimento, poi, al profilo della non imparzialità del giudice che il primo comma della disposizione in commento, secondo il giudice a quo, profilava, la Consulta aveva precisato che il giudice istruttore poteva partecipare alla formazione del giudizio finale in quanto la sua appartenenza all'ordine giudiziario, e le garanzie costituzionali che ne

assistono lo stato giuridico, lo ponevano in grado di operare, sempre, con assoluta obbiettività. Dunque, le ordinanze che il giudice delegato emetteva nella sede istruttoria, anche se motivate, non potevano pregiudicare mai la pronuncia del tribunale.

Era sulla base di tali argomentazioni che la Corte aveva fondato la sua decisione.

Come anticipavo, l'organo di legittimità delle leggi era più volte intervenuto su tale questione ed anche con la successiva sentenza, del 23 aprile 1975, n. 94[201], la Consulta aveva ribadito l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 99 della legge fallimentare previgente, in riferimento agli artt. 101, 102, 108, 3 e 24 della Costituzione.

Più specificatamente, per quanto riguarda la violazione dei precetti costituzionali d'imparzialità e d'indipendenza del giudice, la Corte aveva ripreso le argomentazioni che aveva affermato nella sentenza del 1970, sopra esaminata; in particolare l'appartenenza all'ordine giudiziario del giudice delegato, e conseguentemente le garanzie costituzionali che ne discendono, lo ponevano in grado di operare sempre con assoluta obbiettività.

Con riferimento, invece, alla violazione del diritto di difesa del creditore opponente, la Consulta aveva rilevato che, una volta escluso che la partecipazione del giudice delegato ai giudizi di opposizione allo stato passivo pregiudicava l'imparzialità e la libertà della decisione, non si vedeva quale pregiudizio potessero risentire le parti private in ordine all'esercizio del diritto di difesa, posto che nessuna limitazione era apposta, dalla legge, all'esplicazione della loro attività processuale.

Il tema oggetto di discussione, anche in tempi più recenti, era stato nuovamente sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale.

---

[201] Corte Costituzionale 23 aprile 1975, n. 94, in www.cortecostituzionale.it.

In particolare, con ordinanza del 07 luglio 1998, n. 304[202], essa si era pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, primo comma, della legge fallimentare previgente, promossa dal Tribunale di Vicenza, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione.
Il giudice a quo, nel caso di specie, riteneva che il fatto che la legge consentisse al giudice delegato, del fallimento, di svolgere le funzioni di giudice istruttore, della causa di opposizione allo stato passivo, era incostituzionale in ragione delle decisioni, riguardanti le incompatibilità nel processo penale, che la stessa Corte aveva pronunciato.
(sentenza 432/1995, sulla partecipazione al dibattimento del giudice per le indagini preliminari che abbia applicato una misura cautelare personale; sentenza 439/1993, sulla partecipazione al giudizio dibattimentale del giudice per le indagini preliminari che abbia rigettato la richiesta di applicazione della pena concordata; sentenza 453/1994, circa la partecipazione al giudizio del giudice per le indagini preliminari che abbia rigettato la domanda di oblazione).
Quest'ultima, anche in questa occasione, aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale rilevando la netta distinzione esistente tra processo civile e quello penale: aveva *escluso* che la cognizione sommaria, in ambito civile, potesse pregiudicare, in linea di principio, la partecipazione del giudice decidente al successivo giudizio di merito a cognizione piena in quanto, poiché condizione necessaria per l'incompatibilità endoprocessuale è la preesistenza di valutazioni ricadenti sulla medesima res judicanda, quest'ultima, nella specie, non era ravvisabile. E ciò, motivava la Corte, in ragione della particolare sommarietà della cognizione, del giudice delegato, nella fase di verificazione dei crediti.

---

[202] Corte Costituzionale 07 luglio 1998, n. 304, in www.cortecostituzionale.it.

È altresì opportuno precisare che, la stessa Corte Costituzionale, nel 2005, con sentenza del 23 dicembre, n. 460[203], aveva elargito un'interpretazione dell'art 51, punto 4 del c. p. c., non più strettamente letterale in quanto aveva statuito che "per altro grado del processo ben poteva intendersi anche il procedimento che si era svolto davanti al medesimo ufficio giudiziario quando, per le caratteristiche decisorie e potenzialmente definitive del provvedimento che chiudeva la prima fase, e per la sostanziale identità di valutazioni da compiersi in entrambe le fasi, nel rispetto del principio del contraddittorio, anche se realizzato con modalità de formalizzate, il secondo assumeva il valore di vera e propria impugnazione".

Tuttavia, come già ho spiegato nel paragrafo precedente, una simile impostazione, per espressa enunciazione della Corte, poteva essere riferita solo all'ipotesi di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento.

Essa, infatti, aveva affermato che la sostanziale natura impugnativa dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, non si riscontrava anche nel caso dell'opposizione allo stato passivo. E ciò in ragione della particolare sommarietà della cognizione, del giudice delegato, nella fase di verificazione dei crediti. La sommarietà di quest'ultima, a differenza di quella che caratterizzava il procedimento per la dichiarazione di fallimento, andava intesa nel senso della parzialità e superficialità e non già della de formalizzazione.

Dunque, evidenziava la Corte, la diversa intensità della cognizione del giudice delegato nella fase di verifica dei crediti, nel senso di cui sopra, rispetto a quella piena del successivo giudizio di opposizione, non solo dimostrava che quest'ultima non ricadeva sulla medesima res iudicanda, ma confermava la natura non impugnativa della seconda fase.

---

[203] Corte Costituzionale 23 dicembre 2005, n. 460, in www.cortecostituzionale.it.

Con la conseguenza quindi che, nel caso di opposizione allo stato passivo, era inapplicabile la disciplina dell'astensione prevista all'art. 51, punto 4, del c. p. c..

Sulla base di tali argomentazioni non si configurava, nel regime previgente, l'incompatibilità del giudice delegato nel giudizio di opposizione allo stato passivo, alla cui formazione, il soggetto in questione, aveva svolto funzioni di decidente.

Tale pronuncia non era stata condivisa dalla dottrina[204]: essa riteneva che anche il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento aveva natura impugnativa in quanto, la vocazione alla stabilità della decisione assunta al termine della prima fase, sarebbe emblematicamente dimostrativa della necessità di qualificare in termini d'impugnazione il successivo giudizio deputato al controllo.

Dunque, appurato che, nel sistema previgente, era stata affermata l'inapplicabilità della disciplina dell'astensione, di cui al punto 4 dell'art. 51 c. p. c., il giudice delegato, in sede di opposizione allo stato passivo, perdeva i poteri che aveva nella fase precedente, per svolgere esclusivamente il ruolo di istruttore.

Pertanto, come espressamente statuito dalla Corte di Cassazione[205], egli non aveva il potere di decidere sulla domanda di opposizione, nel caso di specie non poteva dichiarare l'inammissibilità per inosservanza del termine e, conseguentemente, di modificare lo stato passivo dichiarato esecutivo ex art. 97 della legge fallimentare previgente. E ciò in ragione del fatto che il ricorso proposto dal creditore escluso o ammesso con riserva, a norma dell'art. 98 della legge fallimentare previgente, introduceva un giudizio contenzioso devoluto alla cognizione del tribunale in sede collegiale. Il potere di decidere sull'opposizione spettava, in via esclusiva, a quest'ultimo.

---

[204] Vedi Nota di M. FABIANI, in *Foro it*., 2006, I, p. 639.

[205] Corte di Cassazione 28 giugno 1985, n. 3868, in *Il fall*., 1986, p. 156.
Vedi anche Trib. Roma 30 gennaio 1987, in *Il fall*., 1987, p. 543.

Di conseguenza, nell'ipotesi in cui il giudice delegato sindacava sulla relativa domanda, la sua pronuncia, avendo natura e portata decisionale sul diritto soggettivo fatto valere, in via contenziosa, dal creditore opponente, restava ricorribile in Cassazione ex art. 111 della Costituzione, in quanto non altrimenti impugnabile.

In particolare, l'eventuale provvedimento emesso dal g. d. non era reclamabile ai sensi dell'art. 26, legge fallimentare previgente, poiché esso era incardinato nell'attività cognitiva e soggiacente, quindi, alle regole del processo contenzioso[206].

Il secondo comma dell'art. 99, legge fallimentare previgente, prevedeva che il giudice delegato, nel caso in cui alcune opposizioni erano mature per la decisione, provvedeva, con ordinanza, alla loro separazione. Era pacifico che una simile valutazione era rimessa alla discrezionalità del g. d. istruttore[207].

Tuttavia, nella prassi, ciascuna causa di opposizione veniva trattata e definita in modo autonomo.

Per quanto riguarda la fase decisionale del giudizio di opposizione, la funzione giudicante, già all'epoca, era esercitata dal Tribunale in composizione collegiale.

Tale disciplina non ha subito modifiche a seguito della riforma avvenuta con legge 26 novembre 1990, n. 353, né con la riforma, avvenuta con d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, che ha introdotto, nell'ordinamento processuale, il giudice unico di primo grado.

In particolare, la prima normativa, nel prevedere che, di regola, il tribunale funziona quale organo monocratico, ha espressamente escluso alcuni casi nei quali, invece, è stato mantenuto l'esercizio collegiale. E fra questi vi sono anche i giudizi di opposizione a stato

---

[206] Vedi Corte di Cassazione 28 settembre 1994, n. 7902, in *Il fall*., 1995, p. 369.
Nel caso di specie, il giudice delegato aveva dichiarato inammissibile la seconda opposizione.
Vedi anche Corte di Cassazione 28 giugno 1985, n. 3868, *ivi*; Corte di Cassazione 09 settembre 1997, n. 8771, in *Giust. Civ. Mass*., 1997, p. 1657.

[207] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p.338.

passivo, oltre che a quelli d'impugnazione, revocazione e quelli conseguenti a dichiarazioni tardive di crediti. Ciò è quanto, attualmente, è previsto all'art. 48, secondo comma, punto 5, dell'ordinamento giudiziario, approvato con r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

L'altra normativa, "Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado", ha inserito, invece, un nuovo articolo nel codice di procedura civile, ovvero il 50 bis, nel quale, al punto 2, si prevede che il tribunale giudica in composizione collegiale nelle cause di opposizione, impugnazione, revocazione e in quelle conseguenti a dichiarazioni tardive di crediti.

Poiché il primo comma dell'art. 99, legge fallimentare previgente, prevedeva che il giudice delegato doveva provvedere a fissare l'udienza di discussione, davanti al collegio, a norma dell'art. 189 codice di procedura civile, tale richiamo comportava l'applicabilità della nuova disciplina, introdotta con legge 26 novembre 1990, n. 353, in ordine sia alla rimessione della causa al collegio che alle attività successive che dovevano, infatti, conformarsi agli artt. 190 ss, novellati, del codice di procedura civile. Fra questi veniva ricompreso anche l'art. 275, secondo comma, c. p. c. con la conseguenza, quindi, che le parti avevano la possibilità di chiedere, al momento delle precisazioni delle conclusioni, che la causa fosse discussa oralmente dinnanzi al collegio.

Anche nell'ipotesi in cui alcune delle cause rimesse al collegio non erano mature per la decisione, quest'ultimo provvedeva ai sensi dell'art. 279 c. p. c., ovvero, con ordinanza, disponeva i necessari provvedimenti istruttori[208].

In tal caso, il tribunale, ai sensi dell'art. 99, quarto comma, c. p. c., poteva disporre l'ammissione provvisoria al passivo, in tutto o in parte,

[208] Vedi S. SATTA, *Op. ult. cit.*, p. 340.

del credito contestato. Secondo l'interpretazione tradizionale[209] tale provvedimento aveva effetti analoghi all'ammissione con riserva disposta dal g. d., tanto che l'ammissione provvisoria al passivo era rilevante sia ai fini della determinazione dei creditori ammessi a votare nel concordato[210], sia in ordine all'accantonamento delle somme in sede di ripartizione parziale.

Il provvedimento con il quale il collegio disponeva l'ammissione provvisoria, del credito contestato, al passivo era rimesso alla discrezionalità di quest'ultimo[211] ed assumeva la veste formale di ordinanza[212]. Conseguentemente, ai sensi dell'art. 279, quarto comma c. p. c., esso era soggetto al potere di revoca e di modifica da parte del tribunale.

Inoltre non era necessaria l'istanza di parte, ai fini dell'ammissione provvisoria, del credito contestato, al passivo in quanto essa era implicita nella stessa domanda di ammissione del credito sotto forma di opposizione[213].

Ai sensi del terzo comma della disposizione in commento, tutte le opposizioni mature per la decisione erano definite con un'unica sentenza. In tal caso la pronuncia, benché unica, conteneva distinte decisioni sulle diverse opposizione proposte. E ciò era stato affermato dalla Corte di Cassazione in diverse pronunce, nelle quali aveva statuito che, una simile interpretazione normativa discendeva dal fatto che, tale disciplina rispondeva a mere esigenze di opportunità e celerità

---

[209] Vedi S. SATTA, *ibidem.*

[210] Art. 127, primo comma, legge fallimentare previgente: "Hanno diritto al voto nel concordato i creditori ammessi al passivo, anche se con riserva o provvisoriamente".

[211] Vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1482.

[212] M. MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, 1991, p. 844.

[213] In tal senso vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 340 ss; in senso contrario vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1482 ss.

processuale; pertanto le eventuali e successive impugnazioni erano autonome per ciascuna delle parti e la tempestiva impugnazione di una di esse non rendeva legittima quella incidentale tardiva dell'altra.

In particolare, nella sentenza 02 marzo 1995, n. 2402[214], il ricorrente sosteneva che le distinte opposizioni erano state riunite non per motivi di mera economia processuale, ma perché, avendo oggetto unico, avrebbero potuto dar luogo a giudicati contrastanti. In tal modo la causa era divenuta inscindibile, con le conseguenze processuali che, ex artt. 331 ss c. p. c, una simile ipotesi comporta in fase d'impugnazione.

Più dettagliatamente, l'art. 334 c. p. c. consente alle parti, contro le quali è stata proposta impugnazione e *quelle chiamate ad integrare il contraddittorio a norma dell'art. 331*, di proporre impugnazione incidentale anche quando per esse è decorso il termine o hanno fatto acquiescenza alla sentenza.

La Corte ritenne che una simile premessa, innanzitutto, era priva di dimostrazione; inoltre aggiunse che, anche qualora fosse esatta, le due cause di opposizione sarebbero state riunite in base al mero rilievo che la decisione di entrambe derivava dalla risoluzione della medesima questione giuridica. Di conseguenza, tale riunione avrebbe integrato un'ipotesi di litisconsorzio facoltativo, ai sensi dell'art. 103 c. p. c., e cioè "quando tra le cause esiste connessione per l'oggetto o per il titolo dal quale dipendono oppure quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni".

Poiché il litisconsorzio facoltativo, proprio perché tale, riguarda cause scindibili, il provvedimento del giudice che riunisce tali cause, e la conseguente unica sentenza, non eliminano la scindibilità.

In tal caso, rilevava la Corte, si versa in ipotesi di litisconsorzio processuale su cause scindibili e la sentenza che le definisce è solo formalmente unica, perché, in realtà, consta di tante pronunce quante

---

[214] Vedi Corte di Cassazione 02 marzo 1995, n. 2402, in *Giust. Civ*., 1995, I, p.2100; vedi anche Corte di Cassazione 07 luglio 1998, n. 6584, in *Giust. Civ. Mass*., 1998, p. 1477.

sono le cause, che conservano, anche nella fase d'impugnazione, la loro autonomia.

Era sulla base di tali considerazioni che la Cassazione aveva dichiarato l'infondatezza del motivo fatto valere dal ricorrente ed affermato, in generale, che la sentenza, pronunciata ex art. 99, terzo comma, della legge fallimentare previgente, benché unica, conteneva distinte decisioni sulle diverse opposizioni e, pertanto, le eventuali e successive impugnazioni erano autonome per ciascuna delle parti.

Era opinione dominante[215] che l'ammissione o l'esclusione del credito pronunciate con sentenza, a seguito dell'opposizione, avevano efficacia ultrafallimentare, ovvero erano opponibili al fallito tornato in bonis, ed acquistavano forza di cosa giudicata.

Con riferimento, invece, al decreto, non impugnato, di esecutività dello stato passivo, emesso ex art. 97 della legge fallimentare previgente, la giurisprudenza[216] era costante nel riconoscere ad esso un'efficacia preclusiva, *nell'ambito della procedura fallimentare*, di ogni questione relativa all'esistenza del credito, alla sua entità, alla validità ed efficacia del titolo da cui esso deriva ed all'esistenza delle eventuali cause di prelazione. Nello stesso tempo escludeva che esso potesse avere, in sede extrafallimentare, gli effetti di una decisione, tra singolo creditore e debitore, avente ad oggetto il credito ammesso o escluso.

Il quinto comma dell'art. 99 della legge fallimentare previgente, prevedeva che la sentenza con la quale il tribunale aveva deciso in ordine alla ammissione o esclusione del credito oggetto di opposizione, doveva essere affissa alla porta del tribunale nel termine di otto giorni dalla pubblicazione.

---

[215] Vedi Corte di Cassazione 15 settembre 2006, n. 19940, in *Giust. Civ. Mass*., 2006, 9.
In dottrina vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1443; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 462 ss..

[216] Vedi Corte di Cassazione 01 ottobre 1997, n. 9580, in *Giust. Civ. Mass*., 1997, p. 1827; Corte di Cassazione 03 febbraio 1987, n. 952, in *Il fall*., 1987, p. 600.

Si riteneva che tale termine non aveva natura perentoria e che fosse sufficiente l'affissione della sentenza per estratto e non per copia integrale[217].

Inoltre, il medesimo comma in commento, prevedeva anche che la sentenza era provvisoriamente esecutiva.

A tal riguardo si erano delineati due diversi orientamenti circa il modo con cui doveva essere interpretato il concetto di "esecutorietà provvisoria": da un lato c'era chi[218] riteneva che, con tale espressione, il legislatore voleva intendere che la sentenza produceva gli effetti dell'ammissione provvisoria al passivo. E ciò in ragione del fatto che non era pensabile che, in pendenza del termine per appellare, il creditore ammesso avesse diritto di partecipare alla ripartizione dell'attivo; dall'altro lato, invece, c'era chi[219] riteneva che l'esecutività provvisoria della sentenza consentiva l'immediata partecipazione del creditore ammesso al procedimento di riparto, ferma, però, la facoltà del giudice, implicita nel sistema, di imporre un'opportuna cauzione.

Continuando l'esame dell'art. 99 della legge fallimentare previgente, al sesto comma il legislatore aveva previsto che, i termini per proporre appello e ricorso in Cassazione contro la sentenza resa su opposizioni allo stato passivo, decorrevano dall'affissione della sentenza.

Tuttavia, la Corte Costituzionale, con sentenza 20 novembre 1980, n. 152[220], aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale comma per violazione dell'art. 24, secondo comma, della Costituzione.

---

[217] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 340; sul secondo profilo era contra R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1485.

[218] Vedi S. SATTA, *Ivi*, p. 340 ss.

[219] Vedi L. LANFRANCHI, *La verificazione del passivo nel fallimento*, Milano, 1979, p. 548.

[220] Corte Costituzionale 27 novembre 1980, n. 152, www.cortecostituzionale.it. Con tale pronuncia la Consulta ha affermato che " la decorrenza del termine per l'appello e il ricorso per cassazione contro la sentenza resa su opposizione allo stato passivo dalla data della relativa affissione viola il diritto di difesa in giudizio, in quanto non ricorrono esigenze di difficoltà d'identificazione dei soggetti interessati attesa la già

Poiché la Consulta, con la decisione sopra citata, era andata ad incidere sul dies a quo ma non sul termine in quanto tale, la giurisprudenza era concorde nel ritenere che la riduzione dei termini ordinari di impugnazione prevista all'art. 99, ovvero quindici giorni per proporre appello e trenta giorni per il ricorso in cassazione, non restava esclusa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale. E ciò in ragione del fatto che tale abbreviazione non pregiudicava, in concreto, il diritto di difesa delle parti poiché trovava un fondamento giustificativo nelle obbiettive esigenze di celerità del giudizio.

Inoltre tali termini, dato il silenzio della Consulta, erano fatti decorrere, sulla base di diverse pronunce della Corte di Cassazione, dalla *notificazione della sentenza* in ragione del carattere di lex generalis che deve attribuirsi alla norma dell'art. 326 c. p. c., in assenza di disciplina particolare da parte della legge fallimentare.

Nel caso, invece, di mancata notificazione trovava applicazione il termine annuale, decorrente dalla pubblicazione, ai sensi dell'art. 327 c. p. c.[221].

In dottrina c'era chi[222] sosteneva che il termine previsto dalla norma in esame decorreva dalla comunicazione dell'avvenuta pubblicazione

---

avvenuta identificazione delle parti soccombenti e vincitrici. Perciò è illegittimo costituzionalmente, in riferimento all'art. 24, l'art. 99, quinto comma della legge fallimentare, nella parte in cui fa decorrere i termini per appellare e per il ricorso in cassazione dalla affissione della sentenza resa su opposizione allo stato passivo".

[221] In riferimento sia alla non esclusione della riduzione dei termini ordinari previsti all'art. 99 della legge fallimentare previgente, sia all'applicabilità degli artt. 326 e 327 c. p. c. vedi Corte di Cassazione 19 agosto 1998, n. 8174, in *Giust. Civ. Mass*., 1998, p. 1729; Corte di Cassazione 04 novembre 1997, n. 10782, in *Il fall*., 1998, p. 1053.

Con quest'ultima pronuncia la Corte di Cassazione ha anche precisato che "la comunicazione, ad opera della cancelleria, alle parti costituite, della pubblicazione della sentenza a norma dell'art. 133 c. p. c., anche se effettuata in forma integrale e mediante notificazione, non può incidere sulla decorrenza del termine prevista dall'art. 326 c. p. c. , perché la notificazione idonea, a questo fine, è solo quella fatta ad istanza di parte, ex art. 285 c. p. c., la quale soltanto ha la capacità di esprimere la volontà di porre fine al processo mettendo in moto i termini per l'impugnazione, sia nei confronti della parte alla quale è stata notificata la sentenza, sia per la parte che ha notificato la stessa".

Vedi anche Corte di Cassazione 28 febbraio 1996, n. 1591, in *Il fall*., 1996, p. 962.

della sentenza da parte del cancelliere ai procuratori delle parti, a norma dell'art. 136 c. p. c..

La Corte Costituzionale, con ordinanza del 23 maggio 1990, n. 271[223], era dovuta nuovamente intervenire sul sesto comma dell'art. 99 della legge fallimentare previgente ma, in quella occasione, aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, del comma in commento.

Nel caso di specie il ricorrente sosteneva che, poiché l'appello avverso le sentenze pronunciate nei giudizi di dichiarazione tardiva del credito, ex art. 101 della legge fallimentare previgente, per costante giurisprudenza, era soggetto al termine ordinario di trenta giorni previsto dal codice di procedura civile, e non al termine di quindici giorni, previsto dall'art. 99, per l'appello avverso le sentenze rese in materia di opposizione allo stato passivo, formato a seguito di tempestive domande di ammissione, essendo identica, nelle due ipotesi, l'esigenza di celerità in ordine all'accertamento del passivo, non appariva ragionevole una diversa regolamentazione dei termini per impugnare.

La Consulta aveva statuito che "l'opposizione allo stato passivo e l'insinuazione tardiva, già all'epoca, dovevano essere considerati istituti nettamente differenti sul piano funzionale e strutturale e che, in particolare, le esigenze di celerità ed urgenza che caratterizzavano i giudizi di opposizione (che tendevano, e tutt'ora tendono, a far partecipare alla ripartizione dell'attivo sia i creditori ammessi dal giudice delegato che quelli ammessi in sede contenziosa), erano meno avvertite in tema di domande di insinuazione tardiva (che potevano, e tutt'ora possono, essere proposte fino a che non siano esaurite tutte le operazioni di ripartizione dell'attivo e, che consentono ai creditori, se accolte, solo la partecipazione alle ripartizioni successive alla loro

---

[222] Vedi RAGUSA MAGGIORE, *Passivo*, *Enc. D.*, Milano 1982, p. 218.

[223] Vedi Corte Costituzionale 23 maggio 1990, n. 271, in www.cortecostituzionale.it.

ammissione); inoltre, continuava la Corte, se l'esigenza di celerità ricorreva anche nei giudizi di insinuazione tardiva, questa poteva semmai valere al fine di estendere a questi il termine abbreviato previsto per i giudizi di opposizione e, non già al fine inverso.

Era sulla base di tali argomentazioni che essa ritenne che il sesto comma dell'art. 99 della legge fallimentare previgente non si poneva in contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

Per quanto riguarda il profilo della legittimazione attiva, il creditore opponente, in caso di sua soccombenza, era legittimato a proporre appello. Era, invece, discusso se il curatore era legittimato ad impugnare la sentenza che accoglieva l'opposizione allo stato passivo[224].

La Cassazione[225] aveva altresì statuito che, lo speciale regime impugnativo previsto nell'art. 99, riguardava solo le disposizioni della sentenza, pronunziata in sede di opposizione allo stato passivo, relative alla o non ammissione del credito al passivo. Conseguentemente era stato deciso che, se la sentenza aveva pronunciato anche su domande ordinarie che erano state inserite nel giudizio di opposizione, essa era soggetta, relativamente a quest'ultime statuizioni, al regime di impugnazione ordinario.

Per quanto riguarda, invece, la disciplina delle spese nel giudizio di opposizione, trovava applicazione il principio comune della soccombenza[226].

Tuttavia, una volta che il fallito soccombente era stato condannato al pagamento delle spese queste, comunque, già all'epoca, costituivano un debito di massa da soddisfare in prededuzione.

---

[224] Vedi A. M. ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, p. 412.

[225] Vedi Corte di Cassazione 11 gennaio 1979, n. 190, in *Foro it*., 1979, I, p. 2433.

[226] R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1482.

Per concludere l'esame dell'art. 99 della legge fallimentare previgente, il settimo ed ultimo comma, abrogato dall'art. 160 del d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51[227], nel vigore della disposizione, era applicato, generalmente, solo alle controversie che , ove non devolute alla competenza funzionale del Tribunale, sarebbero rientrate nella competenza per valore o per materia del pretore[228]. Solo quest'ultime, quindi, erano escluse dall'appello.

A seguito dell'abrogazione, pertanto, non c'erano più casi di opposizione a stato passivo in cui non era ammesso l'appello.

Sul modello dell'opposizione contro il decreto di accertamento dello stato passivo, di cui agli artt. 98 e 99, i quali costituivano il sistema previgente delle impugnazioni che avevano ad oggetto il credito escluso o ammesso con riserva, in sede di verificazione dei crediti, è intervenuto il legislatore, dapprima con D. Lgs. n. 5 del 2006[229] e, successivamente, con D. Lgs. n. 169 del 2007[230]. Con questi interventi normativi si è contribuito a delineare quello che è il regime attuale delle impugnative fallimentari.

1.2. L'impugnazione dei crediti ammessi (art. 100) e la revocazione (art. 102)

L'art. 100[231] della legge fallimentare previgente disciplinava l'istituto "dell'impugnazione dei crediti ammessi".

---

[227] *D. lgs 19 febbraio 1998, n. 51*, "Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado".

[228] Vedi Corte di Cassazione 26 marzo 1980, n. 2003, in *Il fall*., 1980, p. 668.

[229] *D. Lgs. 9 gennaio 2006, n.5*, Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'art. 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80.

[230] *D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5 bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80.

Per quel che concerne la sua natura giuridica, secondo alcuni[232] costituiva un rimedio analogo a quello dell'opposizione, ovvero un giudizio a cognizione piena ed esauriente che mirava a produrre una modificazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo; per altri[233], invece, il giudizio d'impugnazione era assimilabile a quelli che possono sorgere, nel corso dell'espropriazione forzata[234], al momento della distribuzione delle somme ricavate.

Attraverso l'impugnazione promossa ai sensi dell'art. 100 della legge fallimentare previgente, già all'epoca, poteva essere fatto valere qualunque motivo di esclusione, totale o parziale, del credito ammesso allo stato passivo o delle garanzie che lo assistono[235].

---

[231] Art. 100, legge fallimentare previgente: "Entro quindici giorni dal deposito dello stato passivo in cancelleria ciascun creditore può impugnare i crediti ammessi, con ricorso al giudice delegato.
Il giudice fissa con decreto l'udienza in cui le parti e il curatore devono comparire davanti a lui, nonché il termine perentorio per la notificazione del ricorso e del decreto al curatore ed ai creditori i cui crediti vengono impugnati. Le parti si costituiscono a norma dell'art. 98, terzo comma.
Se all'udienza le parti non raggiungono l'accordo, il giudice dispone con ordinanza non impugnabile che in caso di ripartizione siano accantonate le quote spettanti ai creditori contestati.
Per l'istruzione e la decisione delle impugnazioni si applicano le disposizioni dell'articolo precedente e il giudizio deve essere riunito a quello delle opposizioni".

[232] Vedi P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 444; M. MONTANARI, in *Le procedure concorsuali*, a cura di G.U. TEDESCHI, I, 2, Torino, p. 864.

[233] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 344 ss.; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1494.

[234] L'art. 512 c. p. c. prevede che, se in sede di distribuzione, sorgono controversie tra i creditori concorrenti, circa la sussistenza o l'ammontare di uno o più crediti o circa la sussistenza di diritti di prelazione, il giudice dell'esecuzione, sentite le parti e compiuti i necessari accertamenti, provvede con ordinanza.

[235] Vedi Corte di Cassazione 26 luglio 1994, n. 6954, in *Giust. Civ. Mass*., 1994, p. 1009.
Con tale sentenza la Corte aveva altresì affermato che "l'eventuale difetto di motivazione del decreto di ammissione al passivo non implica la nullità di quest'ultimo e, conseguentemente, il creditore impugnante deve provvedere a provare la fondatezza della sua contestazione. Nel caso di specie, il ricorrente sosteneva che in ragione del fatto che il decreto che rende esecutivo lo stato passivo non era motivato, ciò era sufficiente a giustificare l'accoglimento dell'impugnazione".
Vedi Corte di Cassazione 26 gennaio 1988, n. 659, in *Giust. Civ*., 1988, I, p. 928.

I creditori, quindi, potevano, ad esempio, sollevare le eccezioni che avrebbe potuto sollevare il debitore[236].

Tuttavia al creditore era preclusa la possibilità di fondare la propria impugnazione su azioni o eccezioni che la legge riservava al curatore[237].

La Corte di Cassazione, con sentenza 04 giugno 1986, n. 3742[238], aveva altresì statuito che il creditore impugnante, sul presupposto della qualità di terzo, poteva invocare la mancanza di data certa, ai sensi dell'art. 2704 c. c.[239], dell'anteriorità del titolo, in base al quale il creditore aveva ottenuto l'ammissione al passivo, rispetto alla dichiarazione di fallimento, senza che sussistesse alcun motivo che permettesse di ritenere precluso tale potere. E ciò in ragione del fatto che il curatore, se considerato parte e non terzo, in quanto, era questa

---

Tale pronuncia viene ad essere richiamata dalla stessa Corte in quella precedente.

[236] In dottrina vedi S. SATTA, *ivi*, p. 346.
In giurisprudenza vedi Corte di Cassazione 13 dicembre 1994, n. 10613, in *Giust. Civ. Mass*., 1994, fasc. 12.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "l'impugnazione dei crediti ammessi, di cui all'art. 100 legge fallimentare, dà luogo ad un giudizio di cognizione di natura contenziosa, ordinato alla verifica dell'esistenza e dell'ammontare del credito ammesso attraverso la contestazione della validità dell'accertamento sommario del giudice delegato, nel quale l'impugnante è legittimato a far valere tutti i possibili motivi di esclusione, totale o parziale, del credito stesso o delle prelazioni riconosciute e tutte le eccezioni che sarebbero spettate al debitore. Di conseguenza la struttura del procedimento comporta la piena applicazione del principio dell'onere della prova, onde non è il creditore ammesso a dover fornire nuovamente la prova del suo credito, già assistito dalla favorevole valutazione espressa dal giudice della verifica, ma il creditore impugnante a dover provare la fondatezza della sua contestazione".
In senso contrario vedi Trib. Monza 04 febbraio 1993, in *Il fall*., 1993, p. 556, che riserva l'eccezione al solo curatore.

[237] Vedi Trib. Orvieto 06 febbraio 1995, in *Il fall*.,1995, p. 1144.

[238] Vedi Corte di Cassazione 04 giugno 1986, n. 3742, in *Dir. Fall*., 1987, II, p. 37.

[239] *Art. 2704 codice civile*: "La data della scrittura privata della quale non è autenticata la sottoscrizione non è certa e computabile riguardo ai terzi, se non dal giorno in cui la scrittura è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto dalla scrittura è riprodotto in atti pubblici o, infine, dal giorno in cui si è verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento".

questione dibattuta, non poteva contestare la certezza della data secondo la previsione del codice civile.

Conseguentemente, a fronte di tale contestazione, spettava al creditore opposto fornire la dimostrazione, tramite i fatti contemplati dal citato art. 2704 c. c., dell'anteriorità della data, rispetto alla dichiarazione di fallimento, del titolo in base al quale aveva ottenuto l'ammissione al passivo.

Per quanto riguarda il profilo della legittimazione attiva, poiché la norma in commento faceva riferimento a "ciascun creditore", era pacifico che, il *creditore ammesso senza riserva*, già all'epoca, era legittimato a proporre impugnazione[240].

Anche al *creditore non ammesso*, fin dall'origine, era riconosciuto il potere d'impugnare a condizione che, contemporaneamente, avesse proposto opposizione ai sensi dell'art. 98 della legge fallimentare previgente[241].

Tuttavia, nel caso di rigetto dell'opposizione, ciò rendeva inammissibile l'impugnazione. Conseguentemente, data la portata pregiudiziale del giudizio di opposizione, era applicabile l'istituto della sospensione necessaria del giudizio di impugnazione ex art. 295 [242]c. p. c.. [243]

---

[240] Vedi Corte Appello Milano 26 ottobre 1982, in *Il fall*., 1983, p. 513.

[241] In dottrina vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 344; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 447.
In giurisprudenza vedi Trib. Palermo 21 marzo 1986, in *Il fall*., 1987, p. 510.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "il creditore escluso e che abbia proposto opposizione allo stato passivo del fallimento è legittimato ad esperire impugnazione dei crediti ammessi, ai sensi dell'art. 100 r. d. 16 marzo 1942, n. 267;
Vedi anche Trib. Genova 02 agosto 1976, in *G. comm*., 1977, II, p. 513.
In senso contrario vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1490.

[242] *Art. 295 c. p. c*.: "Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa".

[243] Vedi S. SATTA, *ibidem*.

Analoga soluzione era stata prospettata per il *creditore ammesso con riserva al passivo*[244]. Pertanto egli era legittimato a proporre impugnazione ex art. 100 a condizione che, contemporaneamente, avesse proposto opposizione ex art. 98 e quest'ultima fosse accolta.

Ai creditori insinuati tardivamente, invece, non era riconosciuta, secondo l'orientamento prevalente[245], la legittimazione attiva.

Tuttavia, secondo una soluzione meno rigorosa[246], i creditori ammessi in via tardiva avevano il potere di proporre impugnazione, esclusivamente, contro i crediti riconosciuti posteriormente alla loro ammissione.

Con riferimento, invece, alla posizione del *curatore*, egli non era legittimato ad impugnare i crediti ammessi allo stato passivo[247].

A tal riguardo, ritengo necessario esaminare una pronuncia della Corte di Cassazione in quanto esemplificativa della questione in esame.

---

[244] Vedi Trib. Genova 02 agosto 1976, in *G. comm*., 1977, II, p. 513.
In senso contrario R. PROVINCIALI, *ivi*, p. 1496 ss.

[245] Vedi R. PROVINCIALI, ibidem;
In giurisprudenza vedi Trib. Genova 23 settembre 1987, in *Il fall*., 1988, p. 479.

[246] Vedi Trib. Orvieto 20 giugno 1997, in *Il fall*., 1998, p. 301.

[247] In dottrina vedi S. SATTA, *ivi*, p. 345; R. PROVINCIALI, *ivi*, p. 1493.
In giurisprudenza vedi Corte di Cassazione 14 maggio 1981, n.3172, in *Giust. Civ. Mass*., 1981, fasc. 5.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "la disposizione dell'art. 100 della legge fallimentare previgente che esclude la legittimazione del fallito e del curatore all'impugnazione dei crediti ammessi, limitandola ai soli creditori, manifestamente non si pone in contrasto né con l'art. 3 della Costituzione, non potendo invocarsi il principio d'uguaglianza per accumunare la posizione di tutti i cittadini a quella del fallito, né con l'art. 24 della Costituzione, che impone l'attribuzione ad ogni soggetto di identici strumenti processuali per la tutela dei propri diritti, in quanto è comunque assicurata al fallito la possibilità di contestare i crediti ammessi, sia in sede di formazione dello stato passivo (art. 95), sia nell'adunanza fissata per la sua verificazione (art. 16, punto 5), senza tacere, poi, che il provvedimento emesso dal giudice delegato ha una sua efficacia limitata all'interno della procedura concorsuale e per i fini di tale procedura, con la conseguenza che tale provvedimento, se positivo, non discende per il singolo creditore un titolo per fondare una pretesa esecutiva individuale, al termine della procedura, mentre se negativo, non è escluso il diritto del creditore di far valere il suo credito nei confronti del fallito, tornato in bonis".
Vedi anche Corte di Cassazione 06 marzo 1979, n. 1392, in *Giur. Comm*., 1980, II, p.30.

Il riferimento è alla sentenza 27 luglio 1994, n. 7024[248], con la quale la Corte aveva statuito che, riconfermando ciò che già aveva affermato con sentenza del 26 gennaio 1988, n. 659, ovvero che il curatore non era legittimato a proporre impugnazione ex art. 100 della legge fallimentare previgente, prendeva le distanze da quello che aveva affermato con una precedente sentenza, del 30 maggio 1974, n. 1547.

Con quest'ultima essa aveva ritenuto che il curatore partecipava al giudizio de quo "come parte a tutti gli effetti" e perciò con libertà, al pari delle altre parti, di svolgere tutte le attività, iniziative e conclusioni che rientravano nell'ambito delle finalità affidategli dalla legge.

Le ragioni di tale allontanamento risiedevano nel fatto che ciò che la Corte aveva statuito nella decisione appena indicata non si conciliava con ciò che aveva, in termini generali, affermato in altre pronunce, nelle quali aveva ritenuto che, nel sistema della legge fallimentare, lo stato passivo reso esecutivo non poteva essere modificato ad istanza del curatore, se non al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 102 della legge fallimentare previgente. Inoltre, la disposizione dell'art. 100 non si poneva in contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione, per il fatto di escludere la legittimazione del fallito e del curatore all'impugnazione dei crediti ammessi, limitandola ai soli creditori. (per la relativa argomentazione vedere sentenza 14 maggio 1981, n. 3172, indicata in nota).

Compiuta tale premessa, la Corte rilevava che, in sede di formazione e verifica dello stato passivo, ai diversi soggetti che vi partecipavano, già all'epoca, era assicurata la tutela degli interessi di cui erano portatori, e al curatore, in particolare, la facoltà di contestare, oppure no, i crediti di cui era chiesta l'ammissione.

In particolare, sulla base del confronto delle diverse ipotesi di contestazione dello stato passivo, essa rilevava che l'art. 98 attribuiva

---

[248] Vedi Corte di Cassazione 27 luglio 1994, n. 7024, in *Giust. Civ. Mass*., 1994, p. 1016.

la legittimazione a fare opposizione ai soli creditori esclusi o ammessi con riserva e la legittimazione passiva al curatore, quale parte con pienezza dei poteri, trattandosi di una controversia che vedeva (e tutt'ora vede) contrapposti l'interesse del singolo creditore all'ammissione e quello contrario della massa, globalmente considerato; nel giudizio di revocazione dei crediti ammessi, in cui erano contrapposti gli stessi interessi, l'art. 102 attribuiva (e tutt'ora attribuisce) la legittimazione attiva al curatore e quella passiva al creditore ammesso, pur se la tutela dell'interesse della massa veniva, già nel regime previgente, rafforzata con la legittimazione attiva attribuita anche a ciascun creditore, giustificata dalle particolari ragioni poste alla base della contestazione, con la conseguenza che il curatore, non avendo potuto svolgere le contestazioni consentitegli, nell'interesse della massa, in sede di viziata formazione dello stato passivo, assumeva la qualità di parte con pienezza dei poteri d'iniziativa o d'impugnazione, sia che avesse egli stesso proposto la domanda sia che fosse intervenuto nel giudizio di revocazione instaurato da un creditore.

Diversa era, invece, la disciplina dell'impugnazione dei crediti ammessi dettata dall'art. 100, che attribuiva la legittimazione all'impugnazione, contro il credito ammesso, a ciascun creditore e non al curatore al quale, il ricorso e decreto di fissazione dell'udienza dovevano essere notificati affinchè la sentenza fosse opponibile alla massa. Ciò si spiegava con la considerazione che, nella valutazione legislativa degli interessi in contestazione e delle modalità della loro tutela, si era ritenuto sufficiente attribuire, da un lato, la legittimazione attiva a ciascun creditore, quale portatore non solo del suo interesse alla riduzione dell'ammontare complessivo del passivo, ma anche dell'interesse di tutti gli altri creditori e dell'interesse pubblico che sovrasta il fallimento; dall'altro, la legittimazione passiva al solo

creditore contestato che era il vero interessato a contrastare l'altrui impugnazione.

Dal confronto delle diverse ipotesi ora descritte, ed in particolare della disciplina di cui all'art. 100 e quella dettata all'art. 102, appare chiaro che la posizione del curatore di fronte agli interessi in contestazione, e conseguentemente la sua posizione nel processo, erano diversamente configurate.

Alla luce di tali considerazioni la Corte riteneva che l'art. 100 esigeva la presenza in causa del curatore, non già per farne una parte sullo stesso piano del creditore ammesso e del creditore impugnante, che erano gli essenziali antagonisti della vicenda processuale in esame, ma per i fini che si sono prima indicati, ovvero per rendere la sentenza opponibile alla massa.

Sulla base di tali argomentazioni la Corte statuiva che il curatore, pur libero di svolgere le sue deduzioni nell'ambito di un processo ritualmente instaurato e pendente, non poteva fare sua l'impugnazione dello stato passivo.

La legittimazione attiva, già all'epoca, era negata al fallito in ragione dell'impostazione di fondo delle regole fallimentari che escludono iniziative processuali del fallito[249].

Inoltre era altresì escluso al fallito il potere di proporre reclamo, ex art. 26 della legge fallimentare previgente, contro lo stato passivo.

La Corte di Cassazione[250] aveva motivato questa esclusione affermando che, nella disciplina fallimentare, erano specificatamente regolate, agli artt. 98, 100 e 102, le modalità d'impugnazione dello stato passivo e l'individuazione dei soggetti legittimati all'una o all'altra impugnativa.

---

[249] Vedi Corte di Cassazione 22 gennaio 1997, in *Il fall*., 1997, p. 1084.
In dottrina vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1494.

[250] Vedi Corte di Cassazione 26 gennaio 1996, n. 609, in *Il fall*., 1996, p. 751.

Le differenze tra le varie forme di opposizione allo stato passivo e il reclamo ex art. 26 legge fallimentare, delineavano mezzi tra di loro non sovrapponibili né sostituibili e, ciò non solo perché solo la prima forma di impugnativa si svolgeva con un procedimento a cognizione piena, ma anche per le diverse modalità e gradi d'impugnativa consentiti nell'uno e nell'altro caso, nonché per l'incidenza che un provvedimento sul reclamo poteva avere sui diritti dei creditori che già erano stati riconosciuti in base ad uno stato passivo che, in quanto non impugnato ex art. 98 e ss della legge fallimentare, avrebbe determinato preclusione.

È opportuno precisare che sulla questione in esame, ovvero del riconoscimento, al fallito, del potere di proporre impugnazione ex art. 100 della legge fallimentare previgente, era intervenuta anche la Corte Costituzionale, con sentenza del 15 aprile 1992, n. 205[251].

La Consulta aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 100, nella parte in cui non prevedeva la legittimazione del fallito alla impugnazione dei crediti ammessi, anche quando l'accertamento del passivo era pregiudiziale al giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, proposto dallo stesso fallito, in riferimento all'art. 24 della Costituzione.

Il giudice a quo, in particolare, riteneva che una volta che, in virtù della ritenuta efficacia endofallimentare del provvedimento di accertamento dello stato passivo, era impedito al fallito di contestare i crediti ammessi, ne restava automaticamente pregiudicata l'opposizione al fallimento, ove quest'ultima proprio a quella contestazione in tesi si correlava.

La Corte aveva statuito che, anche nel caso in cui si riteneva corretta una simile interpretazione, la correlativa questione di costituzionalità era comunque inammissibile in ragione dei limiti entro i quali è

---

[251] Vedi Corte Costituzionale 15 aprile 1992, n. 205, in www.cortecostituzionale.it.

consentita l'adozione di decisioni additive, come quella nella specie richiesta.

Una decisione di tipo additivo, in linea di principio, è consentita soltanto quando la soluzione di adeguamento non debba essere frutto di una valutazione discrezionale, ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte, in realtà, proceda ad un'estensione logicamente necessitata e spesso implicita della potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata.

Nella specie, invece, erano plurime le scelte astrattamente possibili e pertanto, l'intervento richiesto alla Corte non poteva esercitarsi, spettando la relativa scelta al legislatore.

L'interesse ad impugnare del creditore era stato individuato, secondo un orientamento giurisprudenziale[252], oltre che nella tutela del proprio credito, pregiudicato dal concorso di altro creditore non avente diritto all'ammissione al passivo, nel più generale fine pubblicistico di evitare dolose od erronee alterazioni del passivo.

Secondo, invece, un orientamento della giurisprudenza di merito[253], l'interesse ad agire del creditore impugnante era limitato alla propria tutela individuale e non ad interessi di carattere generale, ovvero della massa dei creditori.

Per quanto riguarda il profilo della legittimazione passiva, ai sensi dell'art. 100 della legge fallimentare previgente, essa, già all'epoca, veniva riconosciuta ai creditori ammessi allo stato passivo con il decreto di esecutività ex art. 97.

---

[252] Vedi Corte di Cassazione 27 luglio 1994, n. 7024, in *Giust. Civ. Mass*., 1994, p. 1016. Ampliamente esaminata a proposito dell'esclusione della legittimazione attiva del curatore a proporre impugnazione a norma dell'art. 100, legge fallimentare previgente.
Vedi anche Corte di Cassazione 04 giugno 1986, n. 3742, in *Giust. Civ. Mass*., 1986, fasc. 6.

[253] Vedi Trib. Torino 07 gennaio 1988, in *Il fall*., 1989, p. 37; Trib. Orvieto 06 febbraio 1995, *Il fall*., 1995, p. 1144.

In questa categoria venivano ricompresi anche i creditori ammessi con riserva[254] e quelli ammessi tardivamente ex art. 101 della legge fallimentare previgente[255].

La norma in commento, al secondo comma, prevedeva che il creditore impugnante doveva chiamare in giudizio anche il curatore, il quale, peraltro, non assumeva, nel processo, una posizione antagonista a quella dell'attore[256].

A proposito del *ruolo del curatore nel giudizio di impugnazione*, la Corte di Cassazione, come già ho avuto modo di spiegare nel momento in cui ho esaminato la questione relativa al riconoscimento o meno, in capo al curatore, della legittimazione a proporre impugnazione a norma dell'art. 100, nel corso del tempo, aveva mutato il proprio orientamento. Con la sentenza 27 luglio 1994, n. 7024[257], già ampliamente esaminata nel paragrafo corrente, essa aveva ricostruito le tappe evolutive del suo pensiero, con riferimento al tema in esame, ed era giunta ad affermare che il curatore, pur libero di svolgere le sue deduzioni nell'ambito di un processo ritualmente instaurato e pendente, non poteva far sua l'impugnazione dello stato passivo da

---

[254] Vedi P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 447.

[255] Vedi Corte di Cassazione 08 agosto 1997, n. 7401, in *Giust. Civ. Mass*., 1997, p. 1383; Corte di Cassazione 15 luglio 1988, n. 4672, in *Dir. Fall*., 1989, II, p. 8.
Con quest'ultima pronuncia la Corte ha affermato che "l'impugnazione di cui all'art. 100 della legge fallimentare previgente è ammissibile anche per i crediti ammessi in accoglimento delle dichiarazioni tardive, previste e regolate dall'art. 101. E ciò sulla base del rilievo che la struttura dei due procedimenti, quello dell'insinuazione tempestiva e quello della insinuazione tardiva, sia sostanzialmente conforme e non vi siano fondati motivi, neppure di ordine letterale, a sostegno della tesi dell'inammissibilità dell'impugnazione di cui all'art. 100 della legge fallimentare avverso il provvedimento di ammissione emesso a norma del successivo art. 101, in caso di dichiarazione tardiva di crediti.
La ratio dell'art. 100 è quella di concedere ai creditori concorsuali una forma di portata generale di difesa contro l'ammissione di crediti inesistenti, nel senso che qualsiasi credito ammesso è impugnabile, da parte degli altri creditori, per cui era superfluo, nell'art. 101, fare richiamo a tale norma".

[256] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p.345.

[257] Vedi Corte di Cassazione 27 luglio 1994, n. 7024, in *Giust. Civ. Mass*., 1994, p. 1016.

altri proposta e cioè, non poteva recuperare, attraverso l'appropriazione dell'altrui impugnazione, una legittimazione che la legge, in via di principio, non gli attribuiva.

Con riguardo all'instaurazione del procedimento di impugnazione, la norma in commento prevedeva espressamente che esso si proponeva mediante ricorso. Per quel che concerne il suo contenuto, anche in tale ipotesi, esso doveva possedere i requisiti formali previsti dall'art. 125 c. p. c., ovvero l'indicazione dell'ufficio giudiziario, delle parti, dell'oggetto, delle ragioni della domanda e delle conclusioni, salvo che la legge disponga altrimenti.

Conseguentemente, anche in tale ambito, il ricorso, a differenza che dell'atto di citazione, non conteneva l'indicazione dell'avvertimento al convenuto che, la costituzione oltre i termini stabiliti dall'art. 166 c. p. c., implicava le decadenze di cui all'art. 167 c. p. c., in ordine alla formulazione di eventuali domande riconvenzionali e, a seguito della riforma del 2005, delle eccezioni di merito e di rito riservate alla parte.

Tuttavia, con specifico riguardo all'impugnazione, era opinione unanime che il ricorso doveva contenere, a pena di nullità, i relativi motivi[258].

L'art. 100, sempre al primo comma, prevedeva altresì che il relativo giudizio doveva essere introdotto entro quindici giorni dal deposito dello stato passivo in cancelleria.

Sulla decorrenza dei termini, tuttavia, era intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza 16 aprile 1986, n. 102[259], con la quale era intervenuta anche sull'art. 98 della legge fallimentare previgente.

---

[258] Vedi Trib Monza 05 novembre 1991, in *Il fall*., 1992, p.831.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "ai fini di una valida impugnazione dei crediti ammessi, ex art. 100 della legge fallimentare, è sufficiente che il ricorrente esponga, nell'atto introduttivo del giudizio, una sintetica esposizione dei fatti e dei motivi di diritto che sorreggono la pretesa fatta valere".
In dottrina vedi R. PROVINCIALI, III, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 1496.

[259] Vedi Corte Costituzionale 16 aprile 1986, n. 102, in www.cortecostituzionale.it.

Proprio in conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 24, secondo comma della Costituzione, dell'art. 98, la Consulta aveva statuito l'illegittimità costituzionale dell'art. 100, primo comma, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87[260].
Il secondo comma dell'art. 27 della legge citata, prevede che l'organo di legittimità costituzionale deve dichiarare quali sono le altre disposizioni legislative la cui illegittimità deriva, come conseguenza, dalla decisione adottata.
Pertanto, la Corte Costituzionale, con la sentenza in commento, aveva statuito che ciascun creditore poteva impugnare i crediti ammessi, entro quindici giorni, *dalla data di ricezione delle raccomandate con avviso di ricevimento* con le quali il curatore doveva dare notizia, dell'avvenuto deposito, ai creditori che avevano presentato domanda di ammissione al passivo.
Sulla questione della decorrenza dei termini per proporre impugnazione, la Consulta era dovuta intervenire, nuovamente, con sentenza 10 dicembre 1990, n. 538[261].
Con tale pronuncia essa aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 100 della legge fallimentare previgente, nella parte in cui non prevedeva che i creditori ammessi allo stato passivo, potevano proporre impugnazione avverso i decreti di ammissione tardiva al passivo, emanati ex art. 101, terzo comma, entro quindici giorni dalla *data di ricezione della raccomandata* con avviso di ricevimento, con la quale il curatore doveva dare notizia, a ciascuno di essi, dell'avvenuto deposito del decreto di variazione dello stato passivo[262].

---

[260] *Legge 11 marzo 1953, n. 87*, "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale".

[261] Vedi Corte Costituzionale 10 dicembre 1990, n. 538, in www.cortecostituzionale.it.

[262] Prima dell'intervento della Corte Costituzionale, il termine per proporre l'impugnazione contro i creditori ammessi tardivamente, decorreva dal momento del deposito in cancelleria dello stato passivo, aggiornato, a seguito del decreto di

La Corte aveva motivato questa sua decisione affermando che le ragioni di tutela del diritto di difesa e di attuazione della garanzia di esso, sancito dall'art. 24 della Costituzione, sussistevano anche in relazione all'impugnazione dei crediti ammessi al passivo sulla base di richieste tardive.

La statuizione della Corte Costituzionale n. 152 del 1980, sull'illegittimità costituzionale dell'art. 99, sesto comma, nella parte relativa alla decorrenza dei termini per proporre appello e ricorso in cassazione, era stata estesa anche all'impugnazione avverso le sentenze rese nel giudizio promosso ex art. 100 della legge fallimentare previgente[263].

Conseguentemente, il termine per proporre appello e ricorso in cassazione, contro le sentenze rese su impugnazione allo stato passivo, non decorreva dall'affissione di quest'ultime.

La giurisprudenza[264] era concorde nel ritenere che, anche nel giudizio d'impugnazione, trovava applicazione l'istituto della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, disposta dalla legge 07 ottobre 1969, n. 742.

Nel procedimento d'impugnazione dei crediti ammessi al passivo era necessario il patrocinio di un procuratore legalmente esercente[265].

Tuttavia, secondo un diverso orientamento, il ricorrente poteva anche conferire la procura al difensore dopo la notifica del ricorso, ma pur sempre anteriormente alla costituzione in giudizio[266].

---

ammissione tardiva del credito, pronunciato dal giudice delegato, ai sensi dell'art. 101, terzo comma, della legge fallimentare previgente.

[263] Vedi TEDESCHI, in *Nuove leggi civili commentate*, 1981, p. 380.

[264] Vedi Trib. Roma 27 dicembre 1984, in *Il fall*., 1985, p. 682.

[265] Vedi Trib. Velletri 21 aprile 1990, in *Il fall*., 1990, p. 1056.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "il ricorso per impugnazione dei crediti ammessi, ai sensi dell'art. 100 della legge fallimentare, sottoscritto personalmente dal solo creditore deve ritenersi giuridicamente inesistente ed il vizio non può essere sanato dalla successiva costituzione della parte a mezzo di procuratore legale".

Inoltre, la procura rilasciata al difensore per la proposizione della domanda di insinuazione, ma con riferimento ad ogni fase del giudizio, era efficace anche per proporre l'impugnazione dei crediti ammessi al passivo fallimentare[267].

Continuando con l'esame dell'art. 100, della legge fallimentare previgente, il secondo comma prevedeva che il giudice delegato doveva provvedere alla fissazione dell'udienza di comparizione, nonché del termine perentorio entro il quale il creditore impugnante doveva notificare ricorso e relativo decreto al curatore e ai creditori i cui crediti venivano impugnati.

Per quanto riguarda l'analisi di tale comma, le considerazione fatte a proposito dell'art. 98, secondo e terzo comma, valgono anche per tale disposizione.

In particolare, la Corte Costituzionale, con sentenza 24 aprile 1986, n. 120[268], aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, anche dell'art 100 della legge fallimentare previgente, nella parte in cui non prevedeva, nei confronti del creditore impugnante, la comunicazione del decreto con il quale il giudice delegato fissava l'udienza.

Con la medesima pronuncia la Consulta aveva altresì statuito l'illegittimità costituzionale dell'art. 100, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, anche nella parte in cui non prevedeva che il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, dovevano essere notificati al curatore ed al creditore impugnato almeno quindici giorni prima dell'udienza.

Quanto al luogo nel quale doveva effettuarsi la notificazione, al creditore contestato, del ricorso, unitamente al decreto di fissazione

---

[266] Vedi Corte di Cassazione 06 marzo 1979, n. 1392, in *Giur. Comm*., 1980, II, p. 30.

[267] Vedi Corte di Cassazione 06 marzo 1979, n. 1392, *ibidem*.

[268] Vedi Corte Costituzionale 24 aprile 1986, n. 120, in www.cortecostituzionale.it.

dell'udienza, esso era stato individuato nel domicilio che il soggetto in questione aveva eletto nella domanda di insinuazione al passivo[269].

Nel secondo comma della disposizione in commento il legislatore faceva espresso riferimento ad un inciso nel quale si prevedeva che "le parti si costituivano a norma dell'art. 98, terzo comma, della legge fallimentare previgente".

Quest'ultima disposizione fissava un termine che, secondo l'opinione prevalente, valeva soltanto per il creditore impugnante, non per il curatore né per il creditore contestato. Per quest'ultimi, quindi, la costituzione in giudizio doveva ritenersi tempestiva anche se compiuta direttamente all'udienza di comparizione[270].

Era questione discussa se, nel giudizio d'impugnazione, la prima udienza di comparizione di cui all'art. 180 c. p. c. o, a seguito della riforma del 2005, l'unica udienza di cui all'art. 183, fosse l'udienza di comparizione delle parti fissata dal giudice delegato[271], oppure la prima udienza successiva all'insuccesso di quel tentativo di conciliazione presupposto dal terzo comma della norma in commento[272].

Con riguardo al terzo comma dell'art. 100 della legge fallimentare previgente, costituiva oggetto di discussione il significato da attribuire all'accordo, raggiunto dalle parti, alla prima udienza: da un lato, c'era chi riteneva che l'accordo non era vincolante per il giudice, il quale, quindi, poteva, rimettere la causa a decisione se era convinto che risultavano elementi in base ai quali il credito doveva essere escluso[273];

---

[269] Vedi BONFATTI, in *Trattato Ragusa Maggiore- Costa*, III, Torino, p. 348.

[270] Vedi BONFATTI, in *Trattato Ragusa Maggiore- Costa*, *ivi*, p. 349.

[271] Vedi BONFATTI, in *Trattato Ragusa Maggiore- Costa*, *ivi*, p. 349 ss.

[272] Vedi PANZANI, in PANZANI- FABIANI, *La riforma del processo civile e le procedure concorsuali*, Padova, 1994, p. 87.

[273] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 347; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1496 ss.

dall'altro lato, invece, c'era chi riteneva che, l'accordo raggiunto dalle parti, impediva al giudice di proseguire nella causa in quanto l'accordo produceva l'estinzione del giudizio d'impugnazione e lo stato passivo, per ciò che concerneva la pretesa contestata, diventava definitivo.[274]

Il terzo comma della norma in commento prevedeva, altresì, che, in caso di prosecuzione del giudizio, il giudice delegato doveva disporre l'accantonamento delle quote, spettanti ai creditori contestati, in caso di ripartizione.

A tale riguardo, era oggetto di diatriba se il relativo provvedimento aveva carattere obbligatorio e vincolante[275] oppure fosse meramente facoltativo e discrezionale[276].

Infine, con riferimento alla decisione ed istruzione del giudizio d'impugnazione, in ragione del quarto ed ultimo comma dell'art. 100, trovavano applicazione le norme contenute all'art. 99, precedentemente esaminate.

Il creditore ammesso al passivo, nel giudizio di cui all'art.100, promosso da altro creditore, secondo un orientamento, non era tenuto a fornire, nuovamente, la prova del proprio credito, poiché spettava al creditore impugnante provare la fondatezza della sua contestazione.[277]

---

[274] Vedi P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 447.

[275] In tale senso vedi P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, *ibidem*.

[276] Vedi Trib. Monza 02 giugno 1992, in *Il fall*., 1993, p. 384.

[277] In giurisprudenza vedi Corte di Cassazione 13 dicembre 1994, n. 10613, in *Giust. Civ. Mass.*, 1994, fasc. 12.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "l'impugnazione dei crediti ammessi, di cui all'art. 100 della legge fallimentare, dà luogo ad un giudizio di cognizione di natura contenziosa, ordinato alla verifica dell'esistenza e dell'ammontare del credito ammesso, attraverso la contestazione della validità dell'accertamento sommario del giudice delegato, nel quale l'impugnante è legittimato a far valere tutti i possibili motivi di esclusione, totale o parziale, del credito stesso o delle prelazioni riconosciute e tutte le eccezioni che sarebbero spettate al debitore. Di conseguenza, la natura e la struttura del procedimento comportano la piena applicazione del principio dell'onere della prova, onde non è il creditore ammesso a dover fornire, nuovamente, la prova del suo credito, già assistito dalla favorevole valutazione espressa dal giudice della verifica, ma il creditore impugnante a dover provare la fondatezza della sua contestazione".

Una contraria opinione, invece, riteneva che la condizione processuale del creditore impugnante potesse essere assimilata a quella dell'opponente a decreto ingiuntivo[278].

Poiché nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo si ha un'inversione dell'iniziativa processuale, ciò fa sì che si inverta anche il contenuto degli atti introduttivi, per cui l'atto di opposizione conterrà i fatti modificativi, impeditivi ed estintivi; l'atto del creditore opposto, invece, farà riferimento ai fatti costitutivi del diritto fatto valere con il decreto ingiuntivo e concorrenti a quelli già dedotti con la richiesta di quest'ultimo.

Tuttavia, con riferimento all'onere della prova, anche se il processo è stato instaurato con un'inversione dell'iniziativa processuale, in realtà la dizione dell'art. 2697 c. c. risulta essere corretta poiché il legislatore ha affermato che è "chi fa valere in giudizio il diritto che deve provare i fatti costitutivi, e chi nega l'esistenza del diritto provare le eccezioni". L'onere della prova, quindi, si distribuisce non secondo la posizione formale di attore e convenuto, ma secondo la posizione sostanziale.

Alla luce di tale considerazione, coloro che ritenevano che la condizione processuale del creditore impugnante dovesse essere assimilata a quella dell'opponente, del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, finivano per ritenere che il creditore impugnato doveva, nuovamente, provare la fondatezza del proprio credito nel giudizio di impugnazione.

Vedi anche Corte di Cassazione 26 luglio 1994, n. 6954, in *Giust. Civ. Mass*., 1994, p. 1009.

Tale pronuncia è stata già oggetto di esame nel paragrafo corrente nella parte in cui ho esaminato i motivi che il creditore impugnante può far valere con il giudizio d'impugnazione.

Vedi anche Trib. Milano 26 marzo 1979, in *Il fall*., 1980, p. 145.

In dottrina vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1495; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, ivi, p. 510.

[278] Vedi Trib. Roma 25 marzo 1993, in *Dir. Fall*., 1993, II, p. 877.

Per quanto riguarda i rimedi esperibili contro la sentenza che decideva sulle impugnazioni, essi erano gli stessi di quelli previsti contro la sentenza che decideva sull'opposizione.

Pertanto, anche in tale ambito, rinvio alle considerazione fatte nel momento in cui ho esaminato l'art. 99, legge fallimentare previgente.

Anche con specifico riferimento al giudizio d'impugnazione, la sentenza che decideva simultaneamente su più cause, pur essendo formalmente unica, in realtà, era costituita da una pluralità di pronunce, ciascuna delle quali assoggettata al rispettivo regime d'impugnazione[279].

Sul tema delle spese[280], era consolidato che, in caso di accoglimento dell'impugnativa, l'attore aveva diritto di ripeterle dal creditore illegittimamente ammesso al passivo, mentre, nell'ipotesi di soccombenza, l'attore era tenuto a rimborsarle al creditore impugnato.

Con riferimento al curatore, invece, era consolidato che esso poteva subire una condanna alle spese solo nel caso in cui aveva assunto delle conclusioni sulla domanda proposta dal ricorrente ed era risultato soccombente; non, invece, nel caso di mancanza di sue attività processuali che potessero aver stimolato attività difensiva delle parti.

Concluso l'esame dell'art. 100 della legge fallimentare previgente, è possibile passare all'analisi dell'ultimo rimedio esperibile contro il decreto dello stato passivo emesso dal giudice delegato, ovvero "l'istanza di revocazione contro crediti ammessi".

La disciplina di tale istituto era contenuta nell'art. 102 della legge fallimentare previgente[281].

---

[279] Vedi Corte di Cassazione 18 maggio 1996, n. 4605, in *Il fall*., 1997, p. 29.

[280] BONFATTI, in *Trattato Ragusa Maggiore- Costa*, III, Torino, 1997, p. 353.

[281] *Art. 102, legge fallimentare previgente*: "Se prima che sia chiuso il fallimento si scopre che l'ammissione d'un credito o d'una garanzia è stata determinata da falsità, dolo, errore essenziale di fatto, o si rinvengono documenti decisivi prima ignorati, il curatore o qualunque creditore può proporre domanda di revocazione del decreto del giudice delegato o della sentenza del tribunale, relativamente al credito o alla garanzia oggetto dell'impugnativa.

L'istanza di revocazione fallimentare poteva essere proposta solo contro il decreto di ammissione positiva, di un credito o di una garanzia, pronunciato dal giudice delegato ai sensi dell'art. 97 della legge fallimentare previgente, oppure contro la sentenza, con contenuto di ammissione, emanata dal tribunale o dalla Corte d'Appello nei giudizi previsti dagli artt. 98- 100, della suddetta legge[282].

Dopo la riforma del codice di procedura civile, attuata dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, taluni[283] avevano ritenuto che, alla luce dell'art. 391 bis del c. p. c.[284], erano suscettibili di revocazione fallimentare anche le sentenze, con contenuto di ammissione, rese dalla Corte di Cassazione.

L'istanza si propone con ricorso al giudice delegato. Il giudice fissa con decreto l'udienza per la comparizione davanti a sé delle parti, nonché il termine perentorio per la notificazione del ricorso e del decreto alle parti e al curatore. Quindi provvede all'istruzione della causa.
Il curatore può intervenire in giudizio.
Finchè la controversia non sia definitivamente decisa il giudice può disporre che siano accantonate in caso di ripartizione le quote spettanti ai creditori i cui crediti sono stati impugnati.
Se il fallimento si chiude senza che la contestazione sia stata decisa, il giudizio continua dinnanzi allo stesso tribunale.

[282] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 351 ss.; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 455.
In giurisprudenza vedi Corte Cassazione 22 luglio 1995, n. 8051, in Giust. Civ., 1996, I, p. 1058.
In tale pronuncia la Corte ha affermato che"la revocazione fallimentare introduce un giudizio di cognizione, il cui oggetto principale è costituito dall'accertamento dei fatti idonei a dimostrare che l'ammissione di un credito o di una garanzia allo stato passivo di un fallimento è stata determinata da falsità, dolo od errore. Di conseguenza il processo, anche se volto a ribaltare la decisione definitiva endofallimentare del giudice delegato, del Tribunale o della Corte d'Appello (*da ammettersi nonostante il silenzio della legge*), s'instaura, sin dall'inizio, come un qualsiasi processo di cognizione, ordinaria, sottomesso alle regole processuali proprie della legge fallimentare".

[283] Vedi BONFATTI, in *Trattato Ragusa Maggiore- Costa*, III, Torino, 1997, p. 392.

[284] L'art. 391 bis c. p. c., inserito dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, introduce la possibilità di impugnare per revocazione le sentenze della Cassazione viziate da errori di fatto.

L'istanza di revocazione fallimentare non poteva, nel sistema previgente, essere proposta contro il provvedimento di esclusione del credito o della garanzia[285].

In tal caso, pertanto, era consentito ricorrere alla revocazione ordinaria o proporre una successiva domanda di insinuazione tardiva ma, al di fuori da tale ipotesi, era escluso che il rimedio della revocazione fallimentare coesistesse con la revocazione di cui all'art. 395 c. p. c. in quanto, la norma in commento, assorbiva le ipotesi previste nel codice di rito[286].

La Corte di Cassazione, con sentenza 01 giugno 1990, n. 5154[287], era andata a definire l'ambito di applicazione della norma in esame ed aveva statuito che l'art. 102 della legge fallimentare previgente che consentiva l'esclusione dallo stato passivo, dopo la definitività del medesimo e purchè la procedura non era ancora chiusa, del creditore che "si scopriva" privo di titolo di partecipazione, trovava applicazione tanto per emendare errori attinenti alla sussistenza del credito, quanto per correggere errori circa la determinazione del quantum, purchè, in entrambi i casi, gli errori stessi discendessero da vizio di percezione della realtà fattuale (non di giudizio) e tale vizio fosse ricollegabile a falsità, dolo, errore essenziale, oppure ignoranza di documenti decisivi successivamente rinvenuti.

---

[285] Vedi P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, *ibidem*; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1511.

[286] Vedi M. MONTANARI, in *Le procedure concorsuali*, a cura di *G. U. TEDESCHI*, I, 2, Torino, 1996, p. 930.
A sostegno della autonomia della revocazione fallimentare rispetto a quella ordinaria, vedi Corte di Cassazione 22 luglio 1995, n. 8051, in *Giust. Civ*., 1996, I, p. 1058.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "l'istituto della revocazione contro i crediti ammessi, di cui all'art. 102 della legge fallimentare previgente, costituisce un rimedio processuale, proprio della procedura fallimentare, distinto ed autonomo rispetto a quello della revocazione ordinaria, di cui all'art. 395 c. p. c., senza che per qualche analogia l'uno istituto possa ritenersi sostituibile all'altro, soprattutto in relazione alle regole giuridiche processuali che disciplinano separatamente la revocazione fallimentare da quella ordinaria".

[287] Vedi Corte di Cassazione 01 giugno 1990, n. 5154, in *Il fall*., 1990, p. 1201.

Il rimedio oggetto di analisi, già all'epoca, aveva carattere straordinario rispetto all'impugnazione dell'art. 100 della legge fallimentare previgente. Di conseguenza, era proponibile, e ammissibile, solo quando i motivi posti a fondamento dell'istanza di revocazione non si erano potuti far valere con l'impugnazione ordinaria prevista all'art. 100[288].

Da ciò derivava che il ricorrente aveva l'onere di provare che l'errore era stato scoperto dopo la scadenza del termine perentorio per l'impugnazione di cui all'art. 100 della legge fallimentare previgente[289].

A tale riguardo era stato rilevato che il curatore, poiché non era legittimato a proporre impugnazione ex art. 100, si trovava in una situazione di vantaggio rispetto ai creditori in quanto poteva dedurre il motivo di revocazione senza limiti[290].

Nel regime previgente, l'opinione dominante[291], riteneva che l'istituto in esame fondeva insieme le due impugnazioni della revocazione, di

---

[288] Vedi Corte Cassazione 18 aprile 1994, n. 3702, in *Il fall*., 1994, p. 852.
Corte di Cassazione 03 dicembre 1993, n. 12006, in *Il fall*., 1994, p. 569.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "l'istanza per la revocazione dei crediti ammessi, di cui all'art. 102 della legge fallimentare, costituisce un rimedio straordinario per il caso in cui la pronuncia, ormai definitiva sull'accertamento dei crediti concorrenti, sia stata determinata da una decisione erronea cagionata da uno dei fatti indicati nella norma innanzi citata. *Si tratta di uno strumento azionabile soltanto quando i vizi del provvedimento di ammissione non si siano potuti far valere con l'impugnazione ordinaria, al fine di tutelare il principio della parità di trattamento fra i creditori.* Principio che sarebbe gravemente vulnerato se dovesse rimanere intangibile un credito la cui ammissione sia stata il frutto della slealtà di un creditore verso altri, di un errore del giudice o di un'apparente situazione successivamente contraddetta dal reperimento di un documento decisivo".
Vedi anche Trib. Monza 03 maggio 1997, in *Il fall*., 1998, p. 198.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "la proponibilità della revocazione del credito ammesso, ai sensi dell'art. 102, sino al momento della chiusura del fallimento, è subordinata alla prova che l'errore sia stato scoperto dall'interessato dopo la scadenza del termine perentorio per l'impugnazione di cui all'art. 100 della legge fallimentare".

[289] Vedi Trib. Monza 03 maggio 1997, *ibidem*;

[290] Vedi BONFATTI, in *Giur. Comm*., 1980, II, p. 39 ss.

[291] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 351 ss.

cui all'art. 395 c. p. c., e l'opposizione di terzo revocatoria, disciplinata all'art. 404, secondo comma, c. p. c.[292].

In particolare, i sostenitori di tale orientamento ritenevano che se l'istanza di revocazione era proposta dal creditore per dolo ai propri danni, essa s'identificava con l'opposizione di terzo revocatoria; se, invece, essa veniva proposta dal creditore, per gli altri motivi indicati all'art. 102, o dal curatore, la revocazione equivaleva alla revocazione di cui all'art. 395 c. p. c..

Per quanto riguarda il tema della legittimazione attiva, la norma in commento, al primo comma, faceva espresso riferimento a "*qualunque creditore*". Tale espressione veniva interpretata, dall'indirizzo dominante[293], in senso restrittivo, di conseguenza erano legittimati a proporre l'istanza di revocazione soltanto i creditori concorrenti, in quanto solo i creditori ammessi al passivo, secondo tale esegesi, potevano ricevere pregiudizio dal fatto che, insieme ad essi, concorreva un soggetto privo della qualità di creditore o di un creditore privilegiato.

Taluni[294], invece, ritenevano che erano legittimati a proporre istanza di revocazione i creditori che, per lo meno, avevano presentato domanda

---

[292] *Art. 404, secondo comma, c. p. c.*: "Gli aventi causa e i creditori di una delle parti possono fare opposizione alla sentenza, quando è l'effetto del dolo o collusione a loro danno".

[293] Vedi Corte Cassazione 18 aprile 1994, n. 3702, in *Il fall*., 1994, p. 852.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "l'istanza di revocazione ha il carattere d'impugnazione straordinaria, volta al risultato che l'esecuzione collettiva vada a favore dei creditori effettivi. Anche se tale finalità sia stata posta dal legislatore in un interesse a rilevanza pubblica, tale interesse si concretizza nei soggetti che in effetti partecipino al concorso fallimentare, e cioè nei creditori ammessi. Conseguente è il rilievo che, nella sistematica della concorsualità, solo un creditore ammesso, in quanto partecipe al concorso, è portatore di un interesse concreto ed attuale atto a legittimarlo all'istanza di cui all'art. 102 della legge fallimentare previgente".
In dottrina vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1513.

[294] Vedi M. MONTANARI, in *Le procedure concorsuali*, a cura di *G. U. TEDESCHI*, I, 2, Torino, 1996, p. 932.

di insinuazione al passivo, anche se quest'ultima era sub iudice, ovvero ancora oggetto di giudizio del giudice.

Era pacifico che l'istanza di revocazione proposta da un creditore privilegiato contro l'ammissione di un credito in via chirografaria, fosse inammissibile per difetto di interesse ad agire[295].

Per espressa previsione normativa, già all'epoca, la legittimazione attiva era riconosciuta anche al *curatore*.

Era questo l'unico caso, nel regime previgente, in cui il curatore, dopo l'esecutività dello stato passivo, era legittimato ad impugnare l'ammissione di un credito disposta dal giudice delegato, oppure dal tribunale o dalla Corte d'Appello.

Con riferimento alla posizione del fallito, la Corte di Cassazione, con sentenza 14 aprile 1983, n. 2599[296], aveva statuito la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dell'art. 102 della legge fallimentare previgente, che escludeva la legittimazione processuale del fallito nell'azione di revocazione di ammissione di un credito al passivo del fallimento, poiché tale disciplina era perfettamente conciliabile con il principio costituzionale dell'uguaglianza, in quanto era prevista per particolari situazioni soggettive in cui versano alcuni cittadini, i falliti, nonché con il principio ex art. 24 citato, non implicante che la tutela giudiziaria debba essere sempre accordata nella stessa misura e con le stesse modalità di procedimento.

Di conseguenza, già nel regime previgente, era esclusa la legittimazione attiva del fallito.

Per quanto riguarda, invece, il profilo della legittimazione passiva, sicuramente legittimato passivo, nel giudizio di revocazione, già

---

[295] Vedi M. MONTANARI, in *Le procedure concorsuali*, a cura *di G. U. TEDESCHI*, ivi, p. 934 ss.

[296] Vedi Corte di Cassazione 14 aprile 1983, n. 2599, in *Giust. Civ. Mass*., 1983, fasc. 4.

all'epoca, era il *creditore della cui pretesa si contestava, con il rimedio in questione, l'ammissione.*

Il terzo comma dell'art. 102 della legge fallimentare previgente, consentiva al curatore di intervenire nel giudizio di revocazione promosso da un creditore.

Tale disposizione veniva ad essere interpretata in diverso modo, in quanto diversi erano i significati che venivano ad essere attribuiti all'intervento del curatore: secondo l'opinione prevalente[297], il curatore assumeva la veste di contraddittore necessario in ragione del fatto che, il secondo comma della disposizione in esame, prevedeva che il ricorso e il decreto dovevano essere notificati al curatore in un termine perentorio. In tale prospettiva, quindi, il curatore poteva prendere parte concretamente al processo oppure rimanere inattivo e, quindi, essere dichiarato legittimamente contumace. Altri[298], invece, ritenevano che il creditore agente in revocazione doveva chiamare in giudizio il curatore solo perché la sentenza facesse stato nei suoi confronti. Solo se quest'ultimo interveniva, modificava la sua posizione processuale assumendo la qualità di impugnante.

Un'altra opinione[299], infine, interpretava il terzo comma in commento nel senso che la norma prevedeva una semplice facoltà del curatore, per cui l'obbligo della notificazione, di cui al secondo comma, si risolveva in una mera denuncia di lite, diretta a consentire l'intervento in giudizio del curatore, per cui la mancata costituzione in termini di quest'ultimo non comportava la dichiarazione di contumacia, perché non era considerato parte necessaria nel relativo giudizio.

---

[297] Vedi M. MONTANARI, in *Le procedure concorsuali*, a cura di *G. U. TEDESCHI*, *ibidem*; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 456.

[298] Vedi A. M. ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, p. 437.

[299] Vedi CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, Padova, 1975, p. 188ss.

Già nel regime previgente non era riconosciuta la legittimazione passiva al fallito, a meno che, dal giudizio d'impugnazione, non potesse discendere una imputazione di bancarotta, ai sensi dell'art. 43, secondo comma, della legge fallimentare[300].

Continuando con l'esame dell'art. 102 della legge fallimentare previgente, la norma prevedeva espressamente i motivi di revocazione, i quali, anche dopo la riforma del r. d. 267 del 1942, sono rimasti immutati.

In particolare, i soggetti legittimati potevano proporre l'istanza di revocazione nei casi in cui veniva scoperto che, l'ammissione di un credito o di una garanzia, era stata determinata da *falsità*, *dolo*, *errore essenziale di fatto* oppure perché erano stati *rinvenuti documenti decisivi, prima ignorati.*

Per quanto riguarda il concetto di falsità, già gli Autori dell'epoca, nonché la giurisprudenza,[301] ricorrevano ai criteri informatori indicati al punto 2 dell'art. 395 c. p. c[302]. e, pertanto, ritenevano che il requisito della falsità andava ricercato soltanto nelle prove in base alle quali la pronuncia del giudice era stata emessa.

Inoltre la falsità, a differenza di quanto stabilito per la revocazione comune, già nel regime previgente, non doveva essere necessariamente dichiarata prima del giudizio di revocazione in quanto poteva essere accertata anche nello stesso giudizio[303]. Di conseguenza, secondo la

---

[300] Vedi BONSIGNORI, in *Dir. Fall*., 1976, II, p. 695.

[301] Vedi Trib. Genova 18 gennaio 1962, in *Dir. Fall*., 1962, II, p. 495.
In dottrina vedi G. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, II, Napoli, 1974, p. 624.

[302] Art. 395, punto due, c. p. c.: "Le sentenze pronunciate in grado di appello o in un unico grado, possono essere impugnate per revocazione se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza".

[303] Vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1514 ss.

disciplina fallimentare di cui all'art. 102 del r. d. citato, poteva aversi processo cumulato di revocazione e di dichiarazione di falsità.

Taluni[304], tuttavia, condividevano tale opinione solo nel caso di revocazione contro il decreto del g. d., di cui all'art. 97 della legge fallimentare previgente, poiché nell'ipotesi in cui tale rimedio veniva ad essere esperito contro la sentenza conclusiva dei giudizi promossi ex artt. 98 e 100 della suddetta legge, la prova della falsità doveva essere dichiarata prima del relativo procedimento.

Con riferimento, invece, alla figura del dolo, ad esso erano ricondotti i vizi descritti al punto 1 e 6 dell'art. 395 c. p. c.[305], oltre a quello previsto al secondo comma dell'art. 404 c. p. c. [306]..

Conseguentemente, la fattispecie del dolo revocatorio, rilevante ex art. 102 della legge fallimentare previgente, poteva discendere, rispettivamente, dal dolo di una parte in danno dell'altra, dal dolo del giudice o, infine, dal dolo o collusione delle parti in danno di terzi[307].

In particolare, relativamente al dolo di una parte in danno dell'altra, tale ipotesi si realizzava nel caso in cui venivano ad essere messi in opera espedienti tali da far apparire, artificiosamente, una situazione

---

[304] Vedi App. Genova 13 novembre 1962, in *Dir. Fall*., 1963, II, p. 79.

[305] Art. 395, punto 1, c. p. c.: "Le sentenze pronunciate in grado di appello o in un unico grado possono essere impugnate per revocazione, se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra.
Art. 395, punto 6, c. p. c.: "Le sentenze pronunciate in grado di appello o in un unico grado possono essere impugnate per revocazione, se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato.

[306] La collusione rilevante ai sensi dell'art. 404, secondo comma c. p. c., consiste in una condotta processuale, concordata fra le parti, al fine di far emettere dal giudice un provvedimento che faccia apparire esistente una realtà sostanziale che invece le parti sono d'accordo, fra loro, di non tener per buona.
Il dolo rilevante ex art. 404, secondo comma, invece, consiste in una condotta processuale, che può essere anche solo della parte soccombente, con la quale si vuole effettivamente l'alterazione fraudolenta, con il mezzo processuale, della realtà sostanziale a danno del terzo, al contrario della collusione, nella quale le parti sono d'accordo di non tenere per buono, nei loro rapporti, quanto statuirà il giudice.

[307] Vedi BONFATTI, in *Trattato Ragusa Maggiore- Costa*, III, Torino, 1997, p. 396.

diversa da quella reale, ingannando, in tal modo, gli organi fallimentari con conseguente danno alla massa dei creditori.

L'errore essenziale di fatto era dovuto ad una falsa percezione materiale che aveva indotto il giudice a ritenere la sussistenza o l'insussistenza di un fatto, influente ai fini della decisione, che, invece, non esisteva o, rispettivamente, esisteva[308].

Non poteva, quindi, costituire un'istanza legittima di revocazione l'errore dovuto ad un'erronea valutazione ed interpretazione delle risultanze processuali[309].

Inoltre, secondo l'opinione prevalente, l'errore di fatto rilevante ex art. 102, a differenza di quello legittimante la revocazione comune, non

---

[308] Vedi Corte Cassazione 01 giugno 1990, n. 5154, in *Il fall*., 1990, p. 1201.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "la domanda di revocazione, proposta ex art. 102, è ammissibile in quanto il curatore, solo successivamente, aveva potuto riscontrare una situazione diversa da quella conosciuta all'epoca della formazione dello stato passivo, in ragione del fatto che le affermazioni del creditore ammesso, in ordine all'effettuazione di un prestito in misura pari all'importo di assegni emessi in favore del fallito, erano parzialmente inesatte, perché una porzione della relativa somma andava ad estinguere debiti del versante.
La Corte ritiene che, nella questione in esame, la revocazione è ammissibile in quanto è ravvisabile *l'errore essenziale di fatto, il quale si caratterizza nella scoperta dell'errore nell'apprezzamento dei fatti e non dell'errore nel giudizio sulla portata giuridica dei fatti stessi"*.
Vedi anche Trib. Torino 30 maggio 1985, in *Il fall*., 1986, p. 546.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "la revocazione di un credito ammesso per errore essenziale di fatto è ammissibile se questo consiste in una percezione inesatta della realtà delle cose costituente il motivo essenziale della decisione assunta, di conseguenza il credito sarebbe stato escluso qualora la verità fosse stata conosciuta.
Vedi Trib. Velletri 04 maggio 1993, in *Il fall*., 1994, p. 81.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "l'errore essenziale di fatto, previsto all'art. 102, quale motivo di revocazione dei crediti ammessi, deve concretarsi non già in un inesatto apprezzamento del materiale probatorio od in una errata valutazione giuridica di un fatto, ma in una falsa percezione della realtà da parte del giudice, determinante rispetto all'ammissione del credito contestato".

[309] Vedi Trib. Genova 11 maggio 1985, in *Giur. Comm*., 1985, II, p. 812.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "la domanda di revocazione, ex art. 102 della legge fallimentare, presuppone non semplicemente un'erronea valutazione delle risultanze documentali, ma un vero e proprio errore di fatto conseguente ad una falsa rappresentazione della realtà".
Vedi anche Trib. Velletri 04 maggio 1993, *ibidem.*

doveva necessariamente risultare dagli atti o documenti della causa, ma poteva essere provato con ogni mezzo ammesso dalla legge[310].

Infine, l'ultimo motivo di revocazione al quale la norma faceva riferimento, era rappresentato dal rinvenimento di documenti decisivi.

Secondi alcuni Autori dell'epoca[311], per documento non doveva intendersi solo la scrittura in quanto anche la scoperta di altre prove, diverse dai documenti, potevano dar luogo a revocazione fallimentare, diversamente da quanto previsto per la revocazione ordinaria, ex art. 395, punto 3, del c. p. c..

La decisività del documento s'identificava con l'idoneità dello stesso a determinare una modificazione del provvedimento di ammissione contestato. Quest'ultima, per lo più, poteva consistere non solo nell'esclusione del credito o delle garanzie, ma anche in una riduzione dell'importo già ammesso o in una trasformazione della posizione, da privilegiata a chirografaria[312].

---

[310] Vedi Trib. Torino 30 maggio 1985, in *Il fall*., 1986, p. 546.
In dottrina vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1516.
In senso contrario vedi Corte di Cassazione 22 gennaio 1980, n. 491, in *Giust. Civ. Mass*., 1980, fasc. 1.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "l'errore di fatto, giustificativo dell'istanza di revocazione, a norma dell'art. 395 n.4 c. p. c., deve emergere dal raffronto fra la realtà affermata dal giudice e quella risultante dagli atti di causa, mentre resta inammissibile la produzione, in sede di revocazione medesima, di documenti rispetto ai quali sussisterebbe l'errore affermato".

[311] Vedi R. PROVINCIALI, Trattato di diritto fallimentare, *ivi*, p. 1517.

[312] Vedi Corte Cassazione 10 giugno 1981, n. 3752, in *Giust. Civ*., 1981, I, p. 2583.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "la revocazione fallimentare è mezzo d'impugnazione straordinario parzialmente diverso dal rimedio di carattere generale regolato dall'art. 395 c. p. c.. In particolare, per quanto riguarda l'ipotesi del rinvenimento di documenti decisivi, l'ammissibilità di tale revocazione fallimentare postula la decisività dei documenti stessi, cioè l'astratta idoneità dei fatti documentati a determinare una modificazione del provvedimento impugnato, in senso favorevole alla parte istante (curatore o creditore), nonché la circostanza che quest'ultima ne ignorasse, in precedenza, l'esistenza. Tuttavia, mentre ai sensi dell'art. 395, punto 3 del c. p. c., la ragione dell'ignoranza deve identificarsi nella causa di forza maggiore o dell'avversario, nella disciplina fallimentare, invece, già all'epoca, l'ignoranza spiegava rilievo anche nel caso in cui era ascrivibile a negligenza della parte istante".

Inoltre, già nel regime previgente, e a differenza della disciplina prevista al punto 3 dell'art. 395 del c. p. c.[313], era opinione consolidata che, anche se la norma parlava di rinvenimento, non occorreva che i documenti venissero scoperti successivamente all'ammissione del credito, in quanto era sufficiente il venir meno di quello stato di ignoranza, in ordine alla loro esistenza, che aveva impedito, alla parte istante, di porre in essere la tempestiva produzione del documento o la richiesta di esibizione, ai sensi dell'art. 210 c. p. c.[314].

La Corte di Cassazione, nella sentenza 01 giugno 1992, n. 6614[315], aveva statuito che lo stato soggettivo dell'ignoranza dei documenti rinvenuti, doveva essere accertato esclusivamente con riferimento ai soggetti legittimati all'azione.

Nel caso di specie, infatti, essa aveva affermato che era sufficiente che i documenti erano stati ignorati dal curatore, senza che potesse essere rilevante l'eventuale conoscenza che ne poteva aver avuto il debitore fallito.

Il procedimento di revocazione, come espressamente prevedeva il secondo comma dell'art. 102 della legge fallimentare previgente, si proponeva con ricorso al g. d..

Il giudizio veniva ad essere introdotto in tale modo sia nel caso in cui il provvedimento contestato era il decreto di esecutorietà dello stato

---

[313] *Art. 395, punto tre, c. p. c.*: "Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado, possono essere impugnate per revocazione se dopo la sentenza sono stati ritrovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario".

[314] Vedi Corte Cassazione 10 giugno 1981, n. 3752, *ibidem*.
Per la diversità tra disciplina fallimentare e quella ordinaria, in ordine alle cause che hanno determinato l'ignoranza e la mancata produzione in giudizio dei documenti, in quanto la seconda esige che i documenti ritrovati non siano stati prodotti in giudizio "per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario", mentre, invece, la prima prescinde dall'indagine della cause, vedi U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, p. 673.

[315] Vedi Corte Cassazione 01 giugno 1992, n. 6614, in *Foro it*., 1992, I, p. 2658.

passivo, sia nell'ipotesi in cui, oggetto di revocazione, era la sentenza del tribunale o della Corte d'Appello[316].

Di conseguenza, con riguardo alla competenza, la norma in esame derogava alla disciplina generale in quanto, il primo comma dell'art. 398 c. p. c., prevede che la revocazione si propone sempre davanti allo stesso giudice che ha emesso la sentenza impugnata.

Per quanto riguarda il contenuto del ricorso, esso doveva contenere, per un verso, gli elementi di cui all'art. 125 c. p. c. e dall'altro, in ragione dell'art. 398, secondo comma, c. p. c. che prevede che la citazione deve contenere il motivo della revocazione, l'indicazione specifica dei motivi dell'impugnazione. La parte, poi, per proporre l'istanza di revocazione, doveva essere rappresentata da un procuratore legalmente esercente[317].

Inoltre, secondo l'orientamento prevalente[318], e differentemente dalla disciplina ordinaria[319], il rimedio in commento era proponibile fino al

---

[316] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 352.

[317] Vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1518.

[318] Vedi Corte Cassazione 10 giugno 1981, n. 3752, in *Giust. Civ*., 1981, I, p. 2583.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato anche che "l'azione di revocazione dei crediti ammessi, prevista dall'art. 102 della legge fallimentare per i casi in cui si scopra che l'ammissione medesima è stata determinata da falsità, dolo od errore essenziale di fatto, ovvero si rinvengono documenti decisivi prima ignorati, integra un mezzo d'impugnazione straordinario, parzialmente diverso dal corrispondente rimedio di carattere generale regolato dagli artt. 395 ss c. p. c., in quanto è esperibile per tutta la durata del procedimento concorsuale, *senza l'osservanza di un termine da detta scoperta o da detto recupero*".
Vedi anche Trib. Verona 19 marzo 1991, in *Giur. Merito*, 1991, p. 707.
Con tale pronuncia il Tribunale ha affermato che "il ricorso per revocazione del provvedimento di ammissione di un credito al passivo fallimentare, è proponibile fino alla chiusura del fallimento, a norma dell'art. 102 della legge fallimentare, non operando il termine di decadenza di trenta giorni, dalla scoperta del motivo di revocazione, previsto dal combinato disposto degli artt. 325 e 326 c. p. c.".
In dottrina vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 353.

[319] La revocazione straordinaria di cui all'art. 395, punti 1, 2, 3 e 6, ovvero la revocazione proposta a seguito della scoperta del dolo, della falsità della prova e dei documenti decisivi, ai sensi dell'art. 326 c. p. c., deve essere proposta nel termine di trenta giorni dalla scoperta dei fatti menzionati.
L'errore di fatto, invece, nella disciplina generale, costituisce motivo di revocazione ordinaria e, quindi, il termine di trenta giorni e di un anno, per la relativa

momento della chiusura del fallimento[320], senza, quindi, prevedere la statuizione di alcun termine rispetto al momento della scoperta della falsità, del dolo, dell'errore di fatto o del recupero dei documenti.

Dopo la chiusura del fallimento, la revocazione non poteva essere più proposta e trovavano applicazione le norme ordinarie del codice di procedura civile, in tema di revocazione ed opposizione di terzo, rispettivamente gli artt. 395 e 404[321].

Il g. d., una volta ricevuta l'istanza di revocazione, ex del secondo comma della disposizione in commento, provvedeva alla fissazione, con decreto, dell'udienza per la comparizione davanti a sé delle parti, nonché del termine, perentorio, per la notificazione del ricorso e del decreto alle parti e al curatore.

Tale comma era stato oggetto di forti dubbi di tenuta costituzionale, in relazione all'art. 24 della Costituzione, nella parte in cui non prevedeva uno strumento di conoscibilità del momento iniziale, a partire dal quale decorreva il termine, perentorio, per la notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza.

A tal riguardo era stato rilevato che la questione si presentava in termini coincidenti con quelli prospettati dalla Corte Costituzionale che, con sentenza del 24 aprile 1980, n. 120, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 98, secondo comma, e, conseguentemente, dell'art. 100, secondo comma, della legge fallimentare previgente.[322]

---

proposizione, decorre, rispettivamente, dalla notificazione e pubblicazione della sentenza, ai sensi degli artt. 326 e 327 c. p. c..

[320] Ai sensi dell'art. 119, primo comma, della legge fallimentare, già nel regime previgente, la chiusura del fallimento è dichiarata con decreto motivato del tribunale su istanza del curatore o del debitore ovvero d'ufficio, pubblicato nelle forme prescritte nell'art. 17.

[321] Vedi S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 353.

[322] Vedi A. M. ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, p. 440.

Per quanto concerne il termine di comparizione, trovavano applicazione le norme della disciplina del giudizio di primo grado, considerato che, la disposizione in esame, non faceva espresso riferimento all'onere della costituzione in giudizio, almeno cinque giorni prima dell'udienza, di cui all'art. 98, terzo comma, della legge fallimentare previgente.

A tal riguardo è opportuno precisare che, per quanto riguarda il coordinamento tra disciplina fallimentare e il regime preclusivo introdotto, nel codice di rito, dalla legge n. 353 del 1990, valevano le stesse considerazioni svolte, nel paragrafo precedente, a proposito dell'opposizione dei creditori esclusi o ammessi con riserva.

Anche con riferimento all'esercizio collegiale della funzione giudicante, da parte del Tribunale, nei giudizi di revocazione, rinvio a quanto detto, nel paragrafo precedente, nella parte in cui ho esaminato la fase decisionale del giudizio di opposizione, di cui all'art. 99 della legge fallimentare previgente.

In particolare, anche nei giudizi di cui all'art. 102, della suddetta legge, trovava applicazione il nuovo art. 48, secondo comma, numero 5, dell'ordinamento giudiziario, rimasto inalterato anche a seguito della riforma processuale, avvenuta con d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, che ha introdotto il giudice unico di primo grado, ovvero la figura del tribunale in composizione monocratica.

Quanto al problema dell'immediata esecutività della sentenza di revocazione, dato il silenzio della legge, da un lato c'era chi[323] riteneva applicabile l'art. 282 c. p. c. e, quindi, la pronuncia era provvisoriamente esecutiva tra le parti; dall'altro lato, invece, c'era chi[324] sosteneva che, in ragione del quarto comma della norma in commento, era esclusa l'esecutività provvisoria tanto della sentenza di revocazione di primo grado, quanto di quelle rese nei gradi successivi.

---

[323] Vedi TARZIA, in *Riv. Dir. Proc*., 1992, p. 743.

[324] Vedi FABIANI, *in Il fall*., 1992, p. 1251.

Il quarto comma, infatti, prevedeva che il giudice poteva disporre l'accantonamento, in caso di ripartizione, delle quote spettanti ai creditori, i cui crediti erano stati impugnati, fino a che la controversia non era definitivamente decisa.

Su tale aspetto era intervenuta la Corte di Cassazione, con sentenza 07 marzo 1986, n. 1547[325], con la quale aveva affermato che la competenza a statuire l'accantonamento delle somme, spettanti ai creditori contestati, era riservata, dall'art. 102, quarto comma della legge fallimentare previgente, al giudice istruttore del giudizio di revocazione, e non al giudice delegato del fallimento, anche se le due funzioni si cumulavano nella persona dello stesso magistrato.

Restava affidato al secondo il compito di adottare, *nel decreto approvativo del piano di riparto*, le disposizioni esecutive dell'accantonamento, se già disposto[326].

In ordine alle spese del giudizio, trovava applicazione il criterio della soccombenza di cui all'art. 91 c. p. c.[327].

Il quinto ed ultimo comma dell'art. 102 prevedeva che, nel caso di chiusura del fallimento che, già nel regime previgente, veniva dichiarata con decreto motivato del tribunale, se il giudizio di revocazione non era stato ancora deciso, esso continuava dinnanzi allo stesso tribunale.

Dunque, poiché il presupposto necessario per la continuazione del giudizio in questione era l'effettiva pendenza dello stesso, alcuni ritenevano che la pendenza era determinata dal fatto che il giudice

---

[325] Vedi Corte Cassazione 07 marzo 1986, n. 1547, in *Giust. Civ. Mass*., 1986, fasc. 3.

[326] *L'art. 113, punto due*, già nel regime previgente imponeva al giudice delegato di stabilire le modalità dell'accantonamento e del deposito delle quote assegnate ai creditori per i quali era stato ordinato l'accantonamento delle quote.
In mancanza, il creditore interessato aveva il diritto di prelevare le somme assegnategli nel decreto di approvazione e di esecutività del piano di riparto.

[327] Vedi A. M. ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, p. 441.

delegato, prima della chiusura, doveva essersi pronunciato sull'istanza di revocazione, ai sensi del secondo comma dell'art. 102; altri, invece, identificavano la pendenza sin dal deposito, in cancelleria, del ricorso introduttivo[328].

Per la distribuzione delle somme accantonate ex del quarto comma, nel caso in cui il giudizio di revocazione non si era ancora concluso, a seguito della chiusura del fallimento, era prevista l'applicazione analogica dell'art. 117, secondo comma[329], della legge fallimentare previgente. Pertanto, le quote spettanti ai creditori i cui crediti erano stati impugnati, dovevano essere depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato, perché, una volta che l'impugnazione era decisa, venivano ad essere versate ai creditori cui spettavano oppure fatte oggetto di riparto supplementare fra gli altri creditori[330].

In ordine al regime delle impugnazioni, a tal proposito è utile citare una sentenza della Corte di Cassazione, ovvero la pronuncia del 22 luglio 1995, numero 8051[331].

In essa era statuito che il giudizio di revocazione, fin dall'inizio, si instaurava come un qualsiasi processo di cognizione ordinaria, sottomesso alle regole processuali della legge fallimentare. Contro la sentenza di primo grado, conclusiva del giudizio di revocazione, era, quindi, possibile proporre l'appello e il ricorso in cassazione, nei termini stabiliti dagli artt. 325 e 326 c. p. c..

Di conseguenza, sempre nella pronuncia in questione, era previsto che, la sentenza di appello, con la quale il giudice di secondo grado aveva

---

[328] Vedi A. M. ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, *ibidem*.

[329] *Art. 117, secondo comma*: "Nel riparto finale vengono distribuiti anche gli accantonamenti precedentemente fatti. Tuttavia, nel caso previsto dal numero tre dell'art. 113, se la condizione non si è ancora verificata, la somma è depositata nei modi stabiliti dal giudice delegato, perché a suo tempo possa essere o versata ai creditori cui spetta o fatta oggetto di riparto supplementare fra gli altri creditori".

[330] Vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1520.

[331] Vedi Corte Cassazione 22 luglio 1995, n. 8052, in Giust. Civ., 1996, I, p. 1058.

deciso sulla revocazione fallimentare contenuta in un provvedimento giurisdizionale emesso da altro giudice, era impugnabile per revocazione, ai sensi dell'art. 395 c. p. c., senza che potesse essere invocato il divieto di cui all'art. 403 c. p. c., il quale vieta di impugnare per revocazione, la sentenza di revocazione.

Tale statuizione trovava il suo fondamento giustificativo nel fatto che l'istanza di revocazione proposta, ex art. 395 c. p. c., contro la sentenza del giudice di appello, aveva ad oggetto non i fatti "propri"del giudizio della revocazione fallimentare, ma i fatti nuovi e diversi attinenti al processo di gravame.

Il divieto di cui all'art. 403 c. p. c., aggiungeva la Corte, riguarda la pronuncia del giudice di appello che abbia già deciso in relazione alla revocazione della propria sentenza. E ciò in ragione del principio del "ne bis in idem", secondo il quale non è possibile esprimere, due volte, un giudizio sullo stesso argomento.

Con la conclusione dell'esame dell'istituto della revocazione fallimentare, di cui all'art. 102, della legge fallimentare previgente, ho terminato l'analisi dei rimedi previsti contro il decreto di esecutività dello stato passivo.

Tuttavia, anche sul modello normativo dell'impugnazione dei crediti ammessi, di cui all'art. 100, nonché dell'istanza di revocazione contro i crediti ammessi, di cui all'art. 102, è intervenuto il legislatore della riforma, dapprima con D. lgs. 09 gennaio 2006, n. 5 e, successivamente, con D. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, andando a definire, ulteriormente, il quadro del regime attuale delle impugnative fallimentari.

1.3. il reclamo contro il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento

L'art. 22, della legge fallimentare previgente, prevedeva che "*il Tribunale, che respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento, provvede con decreto motivato.*

Contro il decreto il creditore istante può, entro quindici giorni dalla comunicazione, proporre reclamo alla corte d'appello, la quale provvede in camera di consiglio, sentiti il creditore istante e il debitore.

Se la corte d'appello accoglie il ricorso, rimette d'ufficio gli atti al tribunale per la dichiarazione di fallimento". [332]

Dalla lettura della norma si deduceva che, già nella disciplina previgente, nel caso di decisione negativa, il Tribunale adottava un provvedimento che assumeva la forma del decreto. Esso doveva essere motivato e comunicato alle parti.

Al creditore istante, infatti, era riconosciuta la facoltà di proporre reclamo alla corte d'appello, ma la fase di gravame si svolgeva sempre nel solco della cognizione sommaria in quanto il giudice di secondo grado procedeva in camera di consiglio. Risultava essere del tutto evidente che, a differenza di quanto accadeva nel caso di Sentenza dichiarativa di fallimento, nell'ipotesi di rigetto della relativa istanza non si prevedeva l'eventualità di una cognizione piena.

Ci si trovava di fronte ad un caso nel quale sia la fase per la dichiarazione di fallimento, di cui all'art. 15 della legge fallimentare previgente,[333] che quella successiva di gravame, ex art. 22 della suddetta legge, si svolgevano nella forma sommaria[334].

---

[332] Art. 22, versione originaria, del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

[333] *Art. 15*, versione originaria, della legge fallimentare: "Il tribunale, prima di dichiarare il fallimento, può ordinare la comparizione dell'imprenditore in Camera di Consiglio e sentirlo anche in confronto dei creditori istanti".

[334] Vedi Corte Cassazione 13 settembre 1985, n. 4685, in *Giust. Civ. Mass*., 1985, fasc. 8-9.

Di conseguenza anche dinanzi alla corte di appello veniva ad essere seguito un procedimento che si attuava secondo le regole proprie del rito camerale, ovvero degli artt. 737 e seguenti del codice di procedura civile: "i provvedimenti che devono essere pronunciati in camera di consiglio hanno la forma del decreto, il giudice nel relativo procedimento può assumere informazioni[335] e i decreti possono essere in ogni tempo modificati o revocati".[336]

Per la dottrina,[337] il fatto che il Tribunale, in caso di decisione negativa, adottava un provvedimento nella forma del decreto si poneva in assoluta coerenza con le caratteristiche tipiche del rito camerale, rispetto a quanto non faceva la sentenza dichiarativa di fallimento. La ragione che, secondo l'opinione unanime degli Autori dell'epoca, giustificava una simile diversità di forma risiedeva nel fatto che, mentre alla sentenza veniva riconosciuta l'idoneità al giudicato, in quanto essa andava ad incidere sui diritti soggettivi e sullo stesso status del debitore, al decreto, invece, non era attribuita l'idoneità al giudicato in quanto, in capo ai legittimati attivi, non esisteva un diritto soggettivo a chiedere il fallimento, di conseguenza anche il relativo

---

Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "il provvedimento, con il quale la Corte d'Appello, respingendo il reclamo proposto ai sensi dell'art. 22 della legge fallimentare, confermi il decreto del tribunale di rigetto dell'istanza di fallimento, è privo di contenuto decisorio e di carattere definitivo, e conclude un procedimento di tipo camerale".
In dottrina vedi R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, p. 641.

[335] Vedi Corte Appello Roma 17 novembre 1953, in *Dir. Fall*., 1953, II, p. 713; Corte Appello Napoli 31 luglio 1965, in *Dir. Fall*., 1965, II, p. 608.
In entrambe le pronunce è affermata l'ammissibilità della richiesta d'ufficio d'informazioni, quindi si afferma il principio secondo il quale, anche nel giudizio presso la Corte d'Appello susseguente a reclamo, vige il principio inquisitorio.

[336] Il rito camerale disciplinato agli artt. 737 e ss. del codice di procedura civile, per le caratteristiche delineate, è nato per essere applicato all'ambito della volontaria giurisdizione. In realtà la sua applicazione è stata estesa anche alla tutela dei diritti.

[337] Vedi M.FERRO, *la legge fallimentare, commentario teorico pratico*, II, Padova, 2011, p.22; F. CANAZZA, sub art 22, *Lo Cascio*, 2008, p.175; C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Il Sole 24 ore S. p. A., 2007, p. 86.

provvedimento, non andando ad incidere su diritti soggettivi, assumeva, legittimamente, la forma del decreto.

Il creditore istante, quindi, in caso di rigetto dell'istanza di fallimento, poteva proporre reclamo, ex art. 22, oppure riproporre la domanda, nella speranza che il Tribunale revocasse il precedente diniego.

Anche la giurisprudenza di legittimità, in prevalenza, riteneva che il decreto non era idoneo all'efficacia di giudicato. A titolo esemplificativo è opportuno citare la sentenza 27 novembre 2001, n. 15018[338], con la quale la Corte di Cassazione aveva statuito che sul decreto emesso dalla Corte d'Appello, ex art. 22 della legge fallimentare previgente, non poteva configurarsi il giudicato in quanto "non esisteva un diritto del creditore al fallimento del proprio debitore, in stato d'insolvenza, ma solo una legittimazione del creditore a proporre istanza di fallimento dell'imprenditore insolvente. La Corte, inoltre, aggiungeva che l'insolvenza dell'impresa, come già aveva rilevato la dottrina, era un fatto che interessava tutti: interessava l'ordinamento, perché l'impresa fa parte dell'organizzazione economica generale e, quindi, il suo dissesto incideva su quest'ultima, richiedendo la necessaria eliminazione dell'impresa; interessava i creditori, per la possibile disintegrazione del patrimonio del debitore insolvente e per la possibile violazione della par condicio creditorum; interessava lo stesso debitore che non voleva aggravare il proprio dissesto, né vedere disperso il suo patrimonio nel disordine di una miriade di azioni esecutive individuali. La Corte aveva concluso affermando che, in questa pluralità d'interessi coinvolti, l'istanza di fallimento non implicava nessuna valutazione sul diritto del creditore a partecipare al concorso (valutazione che verrà effettuata soltanto nel momento in cui il creditore presenti la domanda di ammissione al passivo) e la sua posizione veniva valutata soltanto incidentalmente, ai fini della legittimazione all'istanza di fallimento. La riprova di ciò

[338] Corte di Cassazione 27 novembre 2001, n. 15018, in *Foro it*. , 2002, I, p.374

stava nel fatto che era sempre possibile che, il credito vantato dall'istante per il fallimento, venisse poi escluso dallo stato passivo in sede di verifica".

Era sulla base di tali argomentazioni che la Suprema Corte aveva sostenuto la tesi della inattitudine al giudicato del decreto emesso dalla Corte d'Appello, a seguito del reclamo proposto contro il provvedimento di rigetto dell'istanza di fallimento, pronunciato dal tribunale.

L'inattitudine al giudicato comportava l'impossibilità di configurare una preclusione da cosa giudicata con riferimento al credito fatto valere, alla qualità, in capo al debitore, di soggetto fallibile ed allo stato d'insolvenza dello stesso. Di conseguenza, dopo un provvedimento di rigetto emesso ai sensi dell'art. 22, era possibile dichiarare il fallimento, d'ufficio o su istanza di un diverso creditore, sulla base della medesima situazione. Anche il medesimo creditore poteva riproporre l'istanza di fallimento fondata, non solo su elementi sopravvenuti o preesistenti e non dedotti, ma anche su di una prospettazione identica a quella respinta.

Pertanto, tale provvedimento non poteva essere oggetto di ricorso straordinario in cassazione, ex art. 111[339] Costituzione, in quanto privo dei caratteri della decisorietà e della definitività. Questi attributi erano stati definiti dalla stessa Corte di Cassazione nella pronuncia precedente, nella quale aveva affermato che essi si sostanziano, rispettivamente, "nella risoluzione di una controversia su diritti soggettivi" e "nell'attitudine del provvedimento a pregiudicare, con l'efficacia propria del giudicato[340], quei diritti".

---

[339] *Ex art. 111 Costituzione* i provvedimenti giurisdizionali aventi forma diversa da quella della sentenza sono impugnabili con il ricorso straorinario in Cassazione soltanto quando presentano i caratteri della decisorietà e della definitività.

[340] *Ex art. 2909 c.c*. la cosa giudicata fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.

Era sulla base di tali definizioni che la Suprema Corte, nel caso di specie, aveva ritenuto fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale, in quanto relativo ad un provvedimento privo di natura decisoria. In definitiva, con tale pronuncia, l'organo competente aveva negato la ricorribilità per Cassazione, in via straordinaria, tanto del provvedimento di rigetto quanto del provvedimento di accoglimento del reclamo, emesso dalla Corte d'Appello, avverso il decreto del tribunale che ha respinto l'istanza di fallimento.

È opportuno precisare che, se l'orientamento sopra esposto era quello prevalente nella giurisprudenza di legittimità, nello stesso tempo, non erano mancate pronunce di segno opposto. Tuttavia quest'ultime erano rimaste isolate. A tal proposito è opportuno citare la sentenza del 18 gennaio 2000, n. 474[341], con la quale la Corte di Cassazione aveva affermato che, il decreto con il quale la Corte d'Appello rigettava il reclamo, proposto contro il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento emesso dal Tribunale, era idoneo a conseguire l'efficacia di giudicato sulla base di diverse ragioni: "anzitutto aveva riconosciuto carattere sostanzialmente contenzioso alla procedura e ciò sulla base della sentenza della Corte Costituzionale 20 luglio 1999, n. 328[342], con la

---

[341] Corte di Cassazione 18 gennaio 2000, n. 474, in *Foro it.* , 2000, I, p. 2232

[342] Corte Costituzionale 20 luglio 1999, n. 328, in *Dir. Fall.* , 1999, II, p. 673.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che, "in ragione del principio di parità delle armi, la legittimazione a proporre reclamo avverso il decreto di rigetto del ricorso per la dichiarazione di fallimento deve essere riconosciuta al debitore, nei cui confronti l'istanza è proposta, negli stessi termini in cui è riconosciuta al creditore istante in quanto il provvedimento negativo non appare necessariamente limitato al rigetto del ricorso per la dichiarazione di fallimento ma può abbracciare anche la statuizione, consequenziale a detto rigetto, su eventuali domande proposte dal debitore, ovvero la condanna al rimborso delle spese o al risarcimento del danno per responsabilità processuale aggravata. È in relazione a tale più ampio contenuto che, il precludere al debitore la legittimazione al reclamo accordandola, invece, al creditore, veniva, secondo quanto dichiarato dalla Consulta, a determinare un evidente e ingiustificato squilibrio tra le parti in causa. Il principio sancito dall'art. 3, comma 1, Cost., posto in correlazione con quello di cui all'art. 24 Cost., implica necessariamente, come ha affermato la Corte in tale sentenza, la piena uguaglianza delle parti stesse dinanzi al giudice ed impone al legislatore di disciplinare la distribuzione di poteri, doveri ed oneri processuali secondo criteri di pieno equilibrio. Tali considerazioni, ha concluso la Corte, non possono non valere anche riguardo al procedimento, di natura

quale essa aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, secondo comma, della legge fallimentare, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non attribuiva al debitore, nei cui confronti era stato proposto ricorso per la dichiarazione di fallimento, la legittimazione a proporre reclamo alla corte di appello avverso il decreto di rigetto di tale ricorso, in relazione al mancato accoglimento delle domande proposte dallo stesso debitore, al fine di consentire la possibilità a quest'ultimo di proporre il reclamo sia in ordine al rimborso delle spese sia in ordine al risarcimento dei danni da responsabilità processuale aggravata; in secondo luogo aveva affermato che la facoltà attribuita al creditore di esercitare un'attività presso il Tribunale fallimentare al fine di conseguire un provvedimento giurisdizionale, nella specie la sanzione d'insolvenza, era espressione di un diritto di azione processuale e, quindi, il provvedimento che lo negava era attinente alla materia dei diritti; infine aveva previsto che se l'iniziativa del creditore non poteva esprimersi attraverso l'azione diretta a promuovere la procedura, in quanto il creditore non ne aveva la disponibilità, quindi era sulla base di presupposti di fatto che l'iniziativa del soggetto legittimato si dimostrava priva di fondamento, a diverse conclusioni si doveva giungere quando la proponibilità dell'istanza veniva negata in astratto, in relazione alla qualità del soggetto debitore[343], in quanto in tal caso era sulla base di profili di diritto e non di fatto, e come tali non suscettibili di mutevoli apprezzamenti, in relazione allo stato degli atti, che la proponibilità dell'istanza veniva ad essere negata".

---

sostanzialmente contenziosa, introdotto dal ricorso del creditore per la dichiarazione di fallimento, essendo indubbia la contrapposizione di posizione ed interesse tra il creditore istante ed il debitore che resiste all'istanza di fallimento".

[343] Nel caso di specie la Corte d'Appello aveva emesso il decreto di rigetto per mancanza del potere d'impulso da parte dello stesso creditore in ragione della qualificazione giuridica del debitore che s'identificava in una società cooperativa edilizia che aveva perseguito finalità esclusivamente mutualistiche e che, non avendo svolto attività commerciale in senso proprio, era stata ritenuta esente da ogni procedura concorsuale.

Era sulla base di tali ragioni che una parte della giurisprudenza non aveva condiviso la tesi della inattitudine al giudicato del decreto emesso dalla Corte d'Appello, ex art. 22 della legge fallimentare previgente. Di conseguenza quest'ultimo poteva essere oggetto di ricorso in cassazione ex art. 111 Costituzione. Tale orientamento minoritario era stato ripreso e, nello stesso tempo, criticato dalla stessa Corte di Cassazione nella sentenza n. 15018 del 2001[344]. Essa aveva espressamente dichiarato che "la ragione fondata sul carattere sostanzialmente contenzioso del procedimento, appariva fragile in quanto, tale argomentazione, veniva ad essere collegata, come si evince dalla sentenza della Corte Costituzionale sopra citata, alla contrapposizione di posizione ed interesse tra il creditore istante ed il debitore che resiste all'istanza di fallimento. Tuttavia, tale contrapposizione poteva manifestarsi anche nella giurisdizione volontaria, quindi, non consentiva, di per sé sola, di ricondurre il procedimento per la dichiarazione di fallimento alla giurisdizione contenziosa dei diritti; con riferimento alla seconda ragione, la Suprema Corte aveva affermato che quando sono in gioco diritti processuali, mancavano i caratteri della decisorietà e definitività poiché, in tal caso, l'efficacia della sentenza si produceva solo all'interno del processo, senza acquisire rilevanza al di fuori di esso. In particolare, essa aveva precisato che pur dovendosi riconoscere che alle norme che regolano il processo, corrispondono diritti soggettivi delle parti, tuttavia la pronuncia sull'osservanza o meno di tali norme non poteva assumere autonoma valenza decisoria, quando non vi era anche risoluzione di una controversia su diritti soggettivi. Tuttavia la Consulta aveva specificato che, quest'ultimo aspetto, operava solo sul piano della proponibilità del ricorso straordinario, essendo, invece, neutro sul piano della configurabilità di una preclusione da giudicato. Infine, rispetto all'ultima ragione, essa aveva dichiarato che la

[344] Vedi Corte Cassazione 27 novembre 2001, n. 15018, in *Foro it*., 2002, I, p. 374.

decisione di una questione di diritto, sulla base di elementi in concreto non controversi e non controvertibili, non valeva a trasformare in giurisdizione contenziosa su diritti soggettivi, una giurisdizione che tale in ipotesi non sia".

Continuando l'esame della scarna disciplina contenuta nell'art. 22 della legge fallimentare previgente, era opportuno sottolineare che se da un lato la legittimazione attiva era stata estesa al debitore, in ragione di quanto aveva statuito la Corte Costituzionale con sentenza n. 328 del 1999[345], dall'altro lato la giurisprudenza aveva negato una simile estensione al pubblico ministero. In particolare, con sentenza 26 maggio 1967, n. 1160[346], la Corte di Cassazione aveva statuito che "non era possibile attribuire al p.m. un potere d'azione, essendo stato ritenuto sufficiente il potere dato al tribunale di dichiarare, ex ufficio, il fallimento: potere che, prevalendo, rispetto all'iniziativa del p.m., aveva reso superflua l'attribuzione del potere d'azione a tale ufficio". Da ciò si desumeva che il p.m. non risultava essere titolare di una vera e propria azione per chiedere il fallimento[347] ma, piuttosto, solo di un potere di segnalazione diretto a provocare la dichiarazione di fallimento d'ufficio. Era sulla base di ciò che la giurisprudenza negava la legittimazione a reclamare al p.m.

---

[345] Vedi Corte Costituzionale 20 luglio 1999, n. 328, in *Dir. Fall*., 1999, II, p. 673, il cui contenuto è già stato oggetto di trattazione nella nota numero 342.

[346] Corte di Cassazione 26 maggio 1967, n. 1160, in *Foro it*., 1967, I, 1139.

[347] L'art. 7 della legge fallimentare previgente prevedeva che il p.m. doveva presentare istanza per la dichiarazione di fallimento nei casi in cui l'insolvenza risultava dalla fuga o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali d'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore. Tuttavia la giurisprudenza, vedi Corte di Cassazione, 15 dicembre 2001, n. 15407, in *Il Fall*, 2002, p.1295, aveva ritenuto che il p.m. aveva una iniziativa fallimentare di carattere generale in quanto l'art. 7 aveva la sola funzione di indicare quelle ipotesi nella quali la presentazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento doveva essere considerata doverosa per il p.m. La ragione che giustifica una simile interpretazione risiedeva proprio nel fatto che per la giurisprudenza di legittimità il p.m. non risultava essere titolare di un potere di azione in ordine alla richiesta di fallimento bensì di un potere di segnalazione al tribunale affinchè fosse quest'ultimo a provvedere d'ufficio.

Un'ulteriore questione che la giurisprudenza di legittimità, nel regime previgente, aveva dovuto affrontare era stata quella relativa alla statuizione delle spese ex artt. 91 e 96 del c. p. c.[348]

La Corte di Cassazione, con sentenza 20 novembre 1996, n. 10180[349], innanzitutto aveva ribadito che, la pronuncia in ordine alla statuizione delle spese, doveva essere compiuta dall'autorità giudiziaria ogniqualvolta che essa si trovava di fronte ad un provvedimento conclusivo di un procedimento, avente carattere, in senso lato, contenzioso, perché, essendo risolutivo di contrapposte posizioni, consentiva di individuare una parte vittoriosa ed una parte soccombente. Inoltre tale statuizione, come aveva precisato la stessa Corte, prescindeva dalla forma che il provvedimento assumeva.

Alla luce di tale criterio essa aveva stabilito che, il decreto con il quale la Corte d'Appello respingeva il ricorso proposto contro il provvedimento di rigetto dell'istanza di fallimento, emesso dal tribunale, doveva contenere la pronuncia sulle spese. E ciò in ragione del fatto che il decreto in questione risultava essere comunque conclusivo della procedura instaurata, nonostante era privo del carattere della decisorietà e della definitività e, quindi, consentiva, alla parte, di riproporre la domanda.

Inoltre, con riferimento al quesito della contenziosità della procedura, la stessa Corte aveva precisato che esso era riscontrabile, in quanto era indubbia la contrapposizione di posizione ed interesse tra il creditore istante ed il debitore che resiste all'istanza di fallimento.

Di conseguenza il decreto, per la parte relativa alla statuizione delle spese a carico del creditore istante, era ricorribile in Cassazione ex art.

---

[348] *Art. 91 c. p. c.*: "il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese"; Art. 96 c. p. c.: "se risulta che la parte soccombente ha agito ho resistito in giudizio con colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata".

[349] Corte di Cassazione 20 novembre 1996, n. 10180, in *Dir. Fall.* , 1997, II, p. 255.

111 Cost. in quanto aveva natura di pronuncia definitiva e decisoria su di un diritto soggettivo.

Il previgente testo normativo non aveva, altresì, impedito, alla giurisprudenza, di ritenere che il Tribunale, in caso di rigetto dell'istanza di fallimento, fosse tenuto a provvedere in ordine alla richiesta, formulata dal debitore, di condanna del creditore istante al rimborso delle spese processuali ed al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata.

A tale riguardo emblematica è la sentenza 28 febbraio 2000, n. 2216[350] della Corte di Cassazione, con la quale, essa, sì era pronunciata sul ricorso, proposto dal debitore, contro il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, emesso dal Tribunale. Quest'ultimo, nel caso di specie, respingeva il ricorso proposto dal creditore istante ma non provvedeva sulla istanza di condanna, al rimborso delle spese e al risarcimento dei danni, avanzata dallo stesso debitore.

Quest'ultimo aveva fatto valere, come motivo di ricorso, il fatto che il Tribunale, con il provvedimento di rigetto del ricorso, aveva chiuso davanti a sé il procedimento e, quindi, non avendo statuito in ordine alle spese, aveva omesso di applicare il principio generale affermato dall'art. 91 c. p. c.. Lo stesso debitore ricorrente aveva richiamato la decisione alla quale la stessa Corte era giunta con sentenza n. 10180 del 1996[351]: il decreto della Corte d'Appello che rigettava il reclamo del creditore, promosso contro il provvedimento di rigetto del tribunale, evidenziava la soccombenza di quest'ultimo perciò essa doveva provvedere in ordine alla domanda di rimborso delle spese processuali, proposta dal debitore. Inoltre, sotto quest'ultimo profilo, era consentito proporre ricorso in cassazione, ex art. 111 Cost., contro il decreto della corte d'appello in quanto, se in ordine alla fallibilità del debitore non lo si poteva considerare definitivo, la definitività la si

[350] Corte Cassazione 28 febbraio 2000, n. 2216, in *Foro it.* , 2000, I,2232.

[351] Corte Cassazione 20 novembre 1996, n. 10180, in *Dir. Fall.*, 1997, II, p. 255.

doveva riscontrare con riguardo alla specifica questione delle spese del procedimento che quel provvedimento esauriva.

Il collegio, nella sentenza in esame, aveva affermato che il ricorso straordinario in Cassazione, proposto dal debitore, era ammissibile in quanto, il decreto di rigetto emesso dal Tribunale, non era stato reclamato da parte del creditore ricorrente ed inoltre l'art. 22, nella sua formulazione originaria, non consentiva di estendere al debitore la legittimazione al reclamo. Di conseguenza, il decreto emesso dal Tribunale doveva considerarsi conclusivo del procedimento e, quindi, come tale, il relativo organo avrebbe dovuto pronunciarsi in ordine alle spese. Nella stessa sentenza in esame la Consulta aveva anche precisato che, nel caso di specie, non trovava applicazione il principio enunciato dalla Corte Costituzionale, con sentenza n. 328 del 1999[352], ovvero la legittimazione, in capo al debitore, di proporre reclamo, alla corte d'appello, avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, in relazione al mancato accoglimento delle domande proposte, dallo stesso debitore, nel giudizio d'istruttoria prefallimentare. E ciò perché, al tempo in cui fu pubblicato il decreto di rigetto del Tribunale e durante il termine previsto per proporre reclamo, ancora vigeva il disposto dell'art. 22, secondo comma, della legge fallimentare, preclusivo del reclamo del debitore. Inoltre, nella vicenda processuale in esame, non poteva nemmeno avere efficacia la sentenza della Consulta sopra citata in quanto, la retroattività delle pronunce di accoglimento della Corte Costituzionale, incontrano i limiti costituiti da quegli eventi idonei a produrre l'effetto di esaurimento di un rapporto o di una situazione giuridica, quindi, non soltanto la sentenza passata in giudicato, ma anche la prescrizione o la decadenza dall'esercizio di un potere. Per quanto riguarda la fattispecie in esame, la Suprema Corte aveva evidenziato che, la parte ricorrente, era irrimediabilmente decaduta dal potere di proporre reclamo, statuito in

[352] Corte Costituzionale 20 luglio 1999, n. 328, in *Dir. Fall*., 1999, II, p. 673.

quindici giorni dalla comunicazione del decreto di rigetto. L'unico rimedio che rimaneva era, appunto, quello del ricorso in cassazione straordinario. Rimedio che lo stesso organo aveva accolto con conseguente rinvio della causa al Tribunale, affinchè esso provvedesse sulle domande proposte ex art. 91 e 96 c. p. c..

Infine, nel terzo ed ultimo comma dell'art. 22 della legge fallimentare, già nel regime previgente, si prevedeva che "se la Corte d'appello accoglieva il ricorso, rimetteva d'ufficio gli atti al Tribunale per la dichiarazione di fallimento".

In caso di accoglimento, quindi, si veniva a delineare il c.d. regime duale in ragione del quale si affidava alla Corte d'Appello il judicium rescindens, ovvero l'accertamento dei presupposti della dichiarazione di fallimento, ed al tribunale il judicium rescissorium, ovvero la pronuncia costitutiva del fallimento.

Tale impostazione risultava essere condivisa dalla Dottrina dell'epoca[353].

In particolare, G. Ragusa Maggiore[354] aveva riflettuto su tale questione ed era giunto a sostenere che " le due pronunce, quella della corte d'appello e del tribunale, erano frammenti di un unico provvedimento. I due giudici non emettevano provvedimenti diversi, in quanto, entrambi, esercitavano poteri cognitivi. Tuttavia, il Tribunale, in più, era l'unico che poteva pronunciare una sentenza costitutiva. La sentenza dichiarativa, emessa su remissione, della Corte d'Appello era una sentenza soggettivamente ed oggettivamente complessa: sotto il profilo soggettivo, perché era la conseguenza di un controllo della corte che completava l'insufficiente accertamento del Tribunale, di

---

[353] Vedi F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012, p. 373; S.SATTA, *Diritto fallimentare*, 3^ ed. a cura di R. Vaccarella e F. P. Luiso, Padova, 1996, p. 77. Quest'ultimo sosteneva che si verificava qui "una forma di scissione del provvedimento dichiarativo, da un punto di vista meramente interno, in due provvedimenti, che corrispondevano all'elemento cognitivo ed a quello costitutivo".

[354] G. RAGUSA MAGGIORE, Complessità della sentenza del Tribunale che dichiara il fallimento su remissione della Corte d'Appello, in *Dir. Fall.* , 1993, II, p. 5 ss.

conseguenza i giudici dei due gradi si integravano nella pronuncia; oggettivamente complessa, poiché il contenuto della pronuncia della Corte precedeva e si aggiungeva alla pronuncia del Tribunale. Quest'ultimo non poteva sottrarsi al dovere di dichiarare il fallimento, poiché si veniva a creare un vincolo tra giudici in ordine alla statuizione sui presupposti del fallimento. In riferimento al fatto se il Tribunale era vincolato o meno anche nel caso di mutamento delle condizioni del soggetto passivo, mutazioni che non potevano che concernere la situazione d'insolvenza, egli aveva risposto, a coloro che ritenevano che il tribunale non era vincolato nel caso di mutamento delle relative condizioni, che la fattispecie in questione non mutava essenzialmente da quella che si verificava quando l'insolvenza cessava dopo l'audizione del debitore in camera di consiglio. Era opinione consolidata che il venir meno dell'insolvenza non impediva la dichiarazione di fallimento, poiché occorreva tener conto del momento anteriore alla convocazione del debitore. E ciò per molteplici ragioni, fra queste, l'esercizio della revocatoria fallimentare che si fonda sull'insolvenza anteriore al fallimento. Il Tribunale doveva, quindi, pronunciare il fallimento e così facendo ottemperava alla statuizione della corte in quanto era una norma cogente ad imporglielo".

Per quanto riguarda l'orientamento della Giurisprudenza sul punto in questione, la Corte di Cassazione[355] aveva sostenuto che, nel caso di accoglimento, la Corte d'appello, nel rimettere gli atti allo stesso Tribunale per la dichiarazione di fallimento, assolveva una funzione meramente processuale propedeutica a quest'ultima. Di conseguenza, il decreto di accoglimento emesso dalla Corte d'Appello non era impugnabile in Cassazione, ex art. 111 Cost. , in quanto risultava essere privo dei caratteri della decisorietà e definitività sul presupposto che, l'incidenza sui diritti soggettivi delle parti coinvolte, derivava dalla successiva sentenza dichiarativa di fallimento della quale il

[355] Corte Cassazione, 01 luglio 1994, n. 6261, in *Il Fall*, 1995, p. 157.

provvedimento della Corte d'Appello costituiva un momento, meramente processuale, propedeutico alla formazione della stessa.
La Suprema Corte, quindi, come evidenziato da un Autore dell'epoca,[356] aveva configurato una sorta di fattispecie a formazione progressiva in quanto la dichiarazione di fallimento, risultava dalla fusione del decreto della Corte d'Appello e della successiva sentenza del Tribunale.
E tale impostazione era da lui condivisa in quanto egli aveva ritenuto che, se il legislatore avesse attribuito alla Corte d'Appello il potere di dichiarare il fallimento, non sarebbe più stato possibile esperire il reclamo ex art. 18 della legge fallimentare, ma solo il ricorso per cassazione ex art. 360 c. p. c., privando, in tal modo, il fallito di una chance impugnatoria che, se da un lato, non era imposta dai principi costituzionali, dall'altro lato si rendeva opportuna in rapporto alle regole che governavano la dichiarazione di fallimento e alla gravità delle conseguenze di quest'ultima.
Inoltre la legge fallimentare, già nel sistema previgente, attribuiva al Tribunale la competenza funzionale in ordine alla dichiarazione di fallimento e del potere di provvedere alla nomina, revoca e sostituzione degli organi della procedura.
Terminato l'esame della disciplina previgente contenuta nell'art. 22 della legge fallimentare è opportuno sottolineare che, anche su tale istituto, è intervenuto il legislatore della riforma, anche se in modo meno incisivo rispetto agli istituti esaminati nei precedenti paragrafi.

1.4. Le impugnative degli atti degli organi fallimentari

Per comprendere la normativa che, nel sistema previgente, regolava le impugnative degli atti degli organi fallimentari,[357] è necessario

[356] F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012, p. 373.

compiere un discorso preliminare sull'intera disciplina concorsuale dell'epoca.

Il diritto concorsuale delle origini si ispirava al c.d. rito camerale puro, ovvero alle regole contenute negli artt. 737 e ss. del c. p. c..

Di conseguenza, la disciplina fallimentare si caratterizzava per il prevalente impulso ufficioso, le forme erano abbandonate alla discrezionalità del giudice e quest'ultimo esercitava la propria attività al fine di giungere con rapidità all'esito della procedura in quanto il sistema, si preoccupava di tutelare, in via preliminare, la normalità dei rapporti piuttosto che l'esercizio provvisorio dell'impresa.

Una simile impostazione si riscontrava oltre che nell'art. 15 della legge fallimentare, ovvero nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, soprattutto negli artt. 26 e 36 della legge fallimentare previgente[358]. Dalla lettura di entrambe le disposizioni scaturiva che contro gli atti di amministrazione del curatore e del giudice delegato, (rispetto a quest'ultimo, nel caso di atti giurisdizionali questi erano assoggettati all'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento ed alle opposizioni al decreto che rende esecutivo lo stato passivo, quindi si prevedevano diverse vie di sindacato giurisdizionale) qualunque interessato poteva instaurare una verifica giurisdizionale, nelle forme camerali, ai sensi degli artt. 36 e 26 della legge fallimentare previgente.

---

[357] Gli organi fallimentari s'identificano nel curatore, comitato dei creditori, giudice delegato e tribunale fallimentare.

[358] *Art. 26 legge fallimentare previgente*: "Contro i decreti del giudice delegato, salvo disposizione contraria, è ammesso reclamo al tribunale entro tre giorni dalla data del decreto, sia da parte del curatore, sia da parte del fallito, del comitato dei creditori e di chiunque vi abbia interesse. Il tribunale decide con decreto in camera di consiglio. Il ricorso non sospende l'esecuzione del decreto" .

Art. 36 legge fallimentare previgente: "Contro gli atti di amministrazione del curatore il fallito e ogni altro interessato possono reclamare al giudice delegato, che decide con decreto motivato. Contro il decreto del giudice delegato è ammesso ricorso al tribunale entro tre giorni dalla data del decreto medesimo. Il tribunale decide con decreto motivato, sentiti il curatore e il reclamante".

Per quanto riguarda, invece, i decreti emessi dal tribunale fallimentare, l'art. 23[359] della legge in questione, non consentiva di assoggettarli ad ulteriori impugnative, nemmeno in forme camerali.

La normativa in esame, quindi, si poneva in netto contrasto con i nuovi principi della Costituzione, in quanto lasciava le garanzie del contradditorio e della difesa alla piena discrezionalità del giudice: era quest'ultimo che, volta per volta, andava a statuire le forme attraverso le quali tali dettami dovevano attuarsi[360].

Di fronte ad una simile situazione era scontato l'intervento della Corte Costituzionale: è per tale ragione che si è reso necessario compiere tale discorso preliminare in quanto, nel ricostruire la normativa previgente che regolava le impugnative degli atti degli organi fallimentari, non si poteva non tenere di conto della giurisprudenza costituzionale e di legittimità dell'epoca.

Una prima questione sulla quale la Consulta era dovuta intervenire, era quella relativa al fatto che, molto spesso, le controversie che scaturivano dall'atto di amministrazione o di liquidazione del curatore, o del giudice delegato, coinvolgevano un vero e proprio diritto soggettivo che, tuttavia, veniva ad essere accertato secondo le regole proprie del rito camerale puro. Tale scenario si presentava nel caso di controversia nascente dai piani di riparto poiché, in tale ipotesi, entravano in gioco i diritti soggettivi di ciascun creditore, oppure in sede di liquidazione dei compensi al curatore, agli ausiliari ed ai

---

[359] *Art. 23 della legge fallimentare previgente*: "il tribunale che ha dichiarato il fallimento è investito dell'intera procedura fallimentare; provvede sulle controversie relative alla procedura stessa che non sono di competenza del giudice delegato; decide sui reclami contro i provvedimenti del giudice delegato. Il tribunale può in ogni tempo sentire in camera di consiglio il curatore, il fallito e il comitato dei creditori, e surrogare al giudice delegato un altro giudice. I provvedimenti del tribunale nelle materie previste da questo articolo sono pronunciati con decreto non soggetto a gravame" .

[360] Vedi C. CECCHELLA, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli- F. P. Luiso- E. Gabrielli, Torino, 2014, p. 10.

difensori poiché, anche in tale contesto, erano implicati i diritti nascenti dal contratto.

Ecco che allora la Corte Costituzionale, con il suo primo intervento, avvenuto con sentenza 9 luglio 1963, n. 118[361], aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 26, primo e secondo comma della legge fallimentare previgente, ex artt. 24, primo comma, e 111, secondo comma della Costituzione[362], interpretando la norma nel senso di escludere dalle forme camerali le controversie sui diritti, le quali, ovviamente, dovevano essere accertate secondo le forme ordinarie.

Tuttavia fu necessario un ulteriore intervento della Corte Costituzionale poiché, la Corte di Cassazione,[363] aveva continuato ad applicare il reclamo camerale, con l'unica possibilità di impugnare il decreto emesso dal tribunale dinanzi al giudice di legittimità, ai sensi dell'art. 111 Costituzione.

Ecco che allora il giudice di costituzionalità delle leggi, in relazione alle controversie in sede di riparto, con sentenza 23 marzo 1981, n. 42,

---

[361] Corte Costituzionale 9 luglio 1963, n. 118, in www.cortecostituzionale.it.
Con tale pronuncia la Consulta ha affermato che l'art. 26 della legge fallimentare previgente, riguardante il reclamo contro il decreto del giudice delegato al Tribunale, da proporre entro tre giorni, si riferisce soltanto ai poteri di direzione amministrativa del fallimento e s'ispira sia all'esigenza di rendere possibile una revisione dei provvedimenti del giudice, sia all'esigenza di rapidità, il che giustifica il carattere esecutorio del decreto, la brevità del termine per ricorrere e l'esaurimento del reclamo nell'ambito della procedura fallimentare. La stessa norma dell'art. 26 non si riferisce, invece, a provvedimenti emessi dal giudice delegato nell'esercizio di funzioni di cognizione riguardanti diritti soggettivi e ciò risulta: sia dalla struttura del reclamo, caratterizzato da elementi normalmente estranei alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi; sia dal raffronto con le forme e garanzie proprie della tutela dei diritti soggettivi. Queste, infatti, esigono la congruità dei termini di decadenza e comportano la decorrenza delle impugnazioni dalla conoscenza dell'atto impugnabile, in ragione della pretesa effettività del diritto di difesa.

[362] *Art. 111 Costituzione, versione originaria*: "Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra" .

[363] Corte di Cassazione 3 novembre 1981, n. 5784, in *Foro it*. , 1982.

aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 26 della legge fallimentare. A questa si aggiunse una successiva sentenza della Consulta, del 22 novembre 1985, n. 303[364], con la quale fu dichiarata l'incostituzionalità della norma in relazione alle controversie sui compensi, a qualunque incaricato, in sede fallimentare. Era con quest'ultima pronuncia che la Corte Costituzionale aveva dato generale rilevanza al principio, ovvero l'esclusione del rito camerale puro per l'accertamento di controversie, scaturenti da atti di amministrazione o di liquidazione del giudice delegato, che avevano ad oggetto diritti soggettivi.

Tuttavia, lo stesso organo costituzionale era dovuto ulteriormente intervenire in relazione al dies a quo, a partire dal quale iniziava a decorrere il termine per proporre il reclamo, in quanto risultava essere coincidente con la data del decreto da reclamare. Si trattava di un elemento che poteva non essere conosciuto dall'interessato con la dovuta diligenza. Questo fece sì che l'organo competente, sempre con sentenza 22 novembre 1985, n. 303[365], dichiarasse l'incostituzionalità dell'art. 26 della legge fallimentare, per contrasto con l'art. 24 della Costituzione, anche nella parte relativa al termine a partire dal quale era possibile proporre reclamo ed andando, così, a prevedere un dies a quo coincidente con la comunicazione dell'atto o del provvedimento. Questa volta la statuizione fu resa per i reclami proposti contro i decreti che andavano ad incidere sull'amministrazione di interessi poiché la stessa Corte, nella sentenza in esame, aveva ritenuto che "per i gravami proposti contro i decreti che andavano ad incidere sui diritti soggettivi, il problema in questione risultava essere svuotato di

---

[364] Corte Costituzionale 22 novembre 1985, n. 303, in *Giur. It.* , I, 1, p. 46.
Con tale pronuncia la Consulta aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 26 della legge fallimentare previgente, per contrasto con l'art. 24 , primo e secondo comma della Costituzione, nella parte in cui assoggettava il decreto, con il quale il giudice delegato liquidava il compenso, a qualsiasi incaricato, per l'opera prestata nell'interesse del fallimento, al reclamo camerale dinnanzi al tribunale.

[365] Corte Costituzionale 22 novembre 1985, n. 303, in *Giur. It.* , 1987, I, 2, p. 46.

contenuto, a seguito della declaratoria d'incostituzionalità che aveva coinvolto il reclamo". La terminologia adoperata si riferiva ad una declaratoria d'incostituzionalità che aveva un effetto totalizzante e non parziale.

Da tutte queste pronunce d'incostituzionalità derivava un duplice regime, a seconda che l'atto di gestione o di liquidazione, del patrimonio del fallito, andasse o meno ad incidere su di un diritto soggettivo: nel primo caso, la controversia avrebbe dovuto accertarsi con processo a cognizione piena di diritto comune in quanto, l'intenzione della Corte Costituzionale, era di eliminare il rito camerale puro dall'ambito della tutela dei diritti, nel secondo caso, invece, la controversia avrebbe dovuto seguire le forme camerali con la peculiarità che, il termine a partire dal quale era possibile proporre reclamo, coincideva con la comunicazione del provvedimento o dell'atto.

Di fronte ad un simile scenario la Corte di Cassazione aveva elaborato un primo indirizzo,[366] in ragione del quale si consentiva solo il ricorso straordinario ex art. 111 Costituzione. Questa impostazione sottraeva l'atto o il provvedimento ad un accertamento pieno del fatto poiché, secondo tale indirizzo, le pronunce d'incostituzionalità avrebbero abrogato il reclamo. Di conseguenza, si veniva a creare un sistema meno garantistico poiché era consentita una verifica del provvedimento solo per motivi di legittimità.

La giurisprudenza, tuttavia, aveva elaborato un ulteriore orientamento[367] secondo il quale, i decreti c.d. decisori del giudice

---

[366] Corte di Cassazione, sez. un. , 10 maggio 1982, n. 2879, in *Foro it*. , 1982, I, c. 2226.

[367] Tale orientamento si è venuto a delineare a partire dalla Corte di Cassazione, sez. un. , 9 aprile 1984, n. 2255, in *Foro it*., 1984, I, p. 2239.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "con la sentenza n. 42 del 1981 della Corte Costituzionale non è stato espunto dall'ordinamento l'art. 26 della legge fallimentare ma ne sono stati solo caducati alcuni aspetti pregiudizievoli. In particolare, non è venuta meno la sequenza decreto del giudice delegato-decreto del tribunale-ricorso per cassazione, ma il vuoto legislativo venutosi a creare dopo

delegato, ovvero quelli che avevano ad oggetto diritti soggettivi, erano sia reclamabili che ricorribili in cassazione, ex art. 111 della Costituzione. Le pronunce d'incostituzionalità, quindi, secondo tale indirizzo, non avevano abrogato il reclamo anche se esso doveva essere adattato ad alcune garanzie fondamentali. In tal modo si garantiva una piena verifica, dei decreti in questione, sia per motivi di legittimità che di merito.

Era questa la tendenza che si era consolidata e diffusa.

La stessa Corte di Cassazione, nella pronuncia 11 dicembre 1987, n. 9212[368], aveva individuato un primo correttivo da apportare al rito camerale, disciplinato dalla legge fallimentare, quando esso doveva essere applicato per l'accertamento dei decreti che andavano ad incidere sui diritti soggettivi, ovvero il termine per reclamare non era di tre giorni ma di dieci, come previsto all'art. 739 del c. p. c.,[369] e il dies a quo coincideva, in coerenza con la Corte Costituzionale, con la comunicazione del provvedimento da reclamare.

Un ulteriore adattamento fu quello della notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza a qualunque contro interessato,

---

l'intervento della Consulta deve colmarsi ricorrendo agli artt. 737-742 bis c. p. c.. Pertanto avverso il decreto decisorio del giudice delegato è consentito reclamo al tribunale entro il termine di dieci giorni di cui all'art. 739, comma due, prima parte, c. p. c., decorrenti dal deposito del decreto; il tribunale poi è tenuto ad osservare il principio del contraddittorio stabilito dall'art. 739 c. p. c. ed è obbligato a motivare il decreto. Contro il decreto del tribunale è ammesso ricorso per cassazione ex art. 111 Costituzione, secondo comma. La giurisprudenza successiva si è allineata a tale indirizzo.

Vedi anche Corte di Cassazione, sez. un. , 11 dicembre 1987, n. 9212, in *Il fall*., 1988, p. 328 ss.

Con tale pronuncia la Corte di Cassazione ha statuito che "l'istituto del reclamo come rimedio previsto dall'art. 26 legge fallimentare anche per i provvedimenti del giudice delegato con contenuto decisorio su diritti soggettivi, non è stato espunto dall'ordinamento giuridico per effetto delle sentenze della Corte Costituzionale n. 42 del 1981 e n. 303 del 1985 ma è rimasto in vigore secondo il procedimento individuato anche se assoggettato a correttivi" .

[368] Corte di Cassazione 11 dicembre 1987, n. 9212, *ibidem*.

[369] *Art. 739, secondo comma, codice di procedura civile*: "il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto, se è dato in confronto di una sola parte, o dalla notificazione se è dato in confronto di più parti.

previamente identificabile, a garanzia del contraddittorio. Si prevedeva anche l'espletamento di un minimo di istruttoria, se ciò risultava essere necessario. Questo ulteriore elemento trovava la sua giustificazione nel fatto che nell'ordinamento già esisteva il principio del contraddittorio, anche per i procedimenti che si svolgevano in camera di consiglio, quindi, ciò aveva portato la Giurisprudenza[370] ad imporre al tribunale l'obbligo di sentire, oltre al reclamante, anche il curatore, il fallito, il comitato dei creditori ed eventualmente altri contro interessati che ne facevano richiesta, a pena di nullità del provvedimento.

Tuttavia non tutti i giudici di legittimità erano d'accordo rispetto a quest'ultimo profilo. C'era, infatti, chi[371] aveva sostenuto che "non vi era dubbio che l'audizione delle parti in camera di consiglio era prevista espressamente nell'ordinamento, ma ciò non voleva significare che, in via generale ed in ogni caso, la mancata convocazione delle parti in camera di consiglio si risolveva di per sé e necessariamente in una violazione del diritto di difesa o del principio del contraddittorio. Detta violazione doveva essere accertata in concreto in relazione alla materia, al contenuto dell'atto introduttivo del procedimento, agli interessi coinvolti nel medesimo, alle modalità di svolgimento stabilite dall'organo collegiale ed alle concrete modalità di trattazione e di istruzione adottate".

Inoltre, sempre con riferimento a questo elemento, un'ultima puntualizzazione si rendeva necessaria in ordine alla identificazione

---

[370] Corte di Cassazione 22 febbraio 1992, n. 2196, in *Il fall*., 1992, p. 594.
Con tale pronuncia la Corte di Cassazione ha affermato che " in sede di procedimento di reclamo, regolato dall'art. 26 legge fallimentare, va osservato, a pena di nullità del provvedimento, il principio del contraddittorio che impone al tribunale l'obbligo di sentire, oltre al reclamante, il comitato dei creditori e gli altri contro interessati che ne fanno richiesta".

[371] Corte di Cassazione 16 ottobre 2001, n. 12594, in *Foro it*. , 2002, I, c. 77.
Con tale pronuncia la Corte di Cassazione ha statuito che " nel procedimento di reclamo ex art. 26 legge fallimentare, alle parti deve essere assicurato il diritto di difesa e quindi la possibilità di contraddire senza però che questo renda assolutamente necessaria, in difetto di specifica istanza, la convocazione delle parti stesse in camera di consiglio".

delle parti, rispetto alle quali si rendeva necessaria la notifica, del reclamo e del provvedimento, che ordinava la comparizione di esse, ai fini dell'osservanza del principio del contraddittorio.

In particolare, la Corte di Cassazione con sentenza 1 ottobre 1997, n. 9580[372], aveva affermato che "l'osservanza del principio del contraddittorio comportava che, il reclamo ed il provvedimento che ordinavano la comparizione delle parti per la decisione in camera di consiglio, dovevano essere notificati al curatore fallimentare ed ai soggetti che, con riferimento alla specifica materia che costituiva oggetto del giudizio, erano destinatari degli effetti della decisione . In ragione di ciò il giudice di legittimità escludeva, tra quest'ultimi, il comitato dei creditori[373] in quanto esso non aveva nessun potere di gestione attiva o di rappresentanza del fallimento, ma solo una funzione interna consultiva e di controllo. Nel caso di specie, poi, la Corte escludeva dai soggetti destinatari della notifica anche il fallito poiché, nel caso in esame, si discuteva in ordine al reclamo proposto avverso il provvedimento del giudice delegato, in tema di piano di riparto ed il fallito, non dovendo essere sentito nella relativa predisposizione, questo comportava come conseguenza che il provvedimento non producesse effetti nei confronti di quest'ultimo".

Infine, la Corte di Cassazione[374], sempre nell'ottica di adeguamento del rito camerale disciplinato nella legge fallimentare alle garanzie costituzionali laddove si era di fronte ad un decreto c.d. decisorio,

---

[372] Corte di Cassazione 1 ottobre 1997, n. 9580, in *Il fall*., 1998, p. 1225.

[373] Durante la disciplina previgente il comitato dei creditori deteneva solo funzioni meramente consultive e di controllo. Oggi, invece, l'organo fallimentare in questione detiene funzioni di amministrazione e di gestione indirette, in particolare tali funzioni le esercita nell'attività tutoria nei confronti degli atti di gestione compiuti dal curatore. Fra queste rientrano l'autorizzazione al piano di liquidazione predisposto dal curatore e all'autorizzazione, su istanza motivata del curatore, agli atti di straordinaria amministrazione.

[374] Corte di Cassazione 30 gennaio 1987, n. 878, in *Il fall*. 1987, p. 489.

aveva previsto che quest'ultimo doveva essere motivato, altrimenti, in caso di mancanza, si era di fronte ad una nullità denunciabile.

A conclusione di ciò risultava essere evidente che ciò che la Corte di Cassazione aveva compiuto, a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale, era l'elaborazione di un rito che, anche se si basava su di una cognizione sommaria dei fatti, tuttavia risultava essere aderente alle garanzie costituzionali.

Ovviamente tale elaborazione giurisprudenziale trovava applicazione con riguardo ai soli decreti c.d. decisori, ovvero quelli che andavano ad incidere sui diritti soggettivi, in quanto quelli ordinatori, ovvero gli atti che non erano idonei ad incidere su diritti ma piuttosto sull'amministrazione di interessi, erano assoggettati al rito camerale puro disciplinato nella legge fallimentare, con l'unica possibilità di proporre reclamo entro tre giorni dalla comunicazione del provvedimento e non dalla data di esso, in ragione della pronuncia della Corte Costituzionale. In quest'ultimo caso risultava essere altresì esclusa la possibilità di impugnazione, innanzi alla Corte di Cassazione ex art. 111 Costituzione, in quanto il decreto emesso dal Tribunale in sede di reclamo, ex art. 26 della legge fallimentare, risultava essere privo di natura decisoria. E ciò era stato espressamente affermato dal giudice di legittimità nella sentenza 22 maggio 1997, n. 4590[375], nella quale fu statuito che "la giurisprudenza di questa Corte, dopo la sentenza delle sezioni unite 9 aprile 1984, n. 2255[376], aveva elaborato un orientamento ermeneutico in base al quale, i provvedimenti del giudice delegato e del tribunale, nell'ambito del reclamo ex art. 26 legge fallimentare, andavano distinti a seconda che riguardassero atti interni alla procedura di carattere ordinatorio, inerenti la gestione del

---

[375] Corte di Cassazione 22 maggio 1997, n. 4590, in *Il fall*., 1998, p.147.
Nel caso di specie si fa riferimento a tre decreti del giudice delegato che costituiscono meri atti interni alla procedura fallimentare, quindi, hanno carattere ordinatorio.

[376] Corte di Cassazione, sez. un., 09 aprile 1984, n. 2255, in *Foro it*, 1984, I, p. 2239.

patrimonio fallimentare, oppure atti che presentavano i caratteri della definitività e decisorietà, intesi come idoneità ad incidere su diritti soggettivi. Nel primo caso, il decreto del giudice delegato era reclamabile al tribunale nel termine di tre giorni, decorrente dalla data di comunicazione del provvedimento, e il decreto emesso dal tribunale, in sede di reclamo, non poteva formare oggetto di ricorso per cassazione, nemmeno ai sensi art. 111 Costituzione, perché privo di natura decisoria".

Terminato l'esame della disciplina previgente sulle impugnative degli atti degli organi fallimentari, possiamo osservare che risultava essere del tutto evidente che lo scenario delineato dalla Corte di Cassazione, oltretutto non in perfetta linea con l'orientamento della Corte Costituzionale, in quanto l'intento di quest'ultima era quello di ricorrere alle forme ordinarie per l'accertamento di controversie che avevano ad oggetto diritti soggettivi, ben presto si sarebbe posto in contrasto con il nuovo art. 111 della Costituzione, in particolare con la garanzia del giusto processo regolato dalla legge[377].

Il rito camerale contenzioso andava a collidere con tale principio costituzionale in quanto, in via generale, si lasciava alla discrezionalità del giudice l'adattamento del rito alle garanzie costituzionali. In tal modo risultava essere alquanto difficile, poter parlare di processo precostituito per legge.

Ecco che il legislatore della riforma, anche in tale ambito, ha apportato rilevanti modifiche.

[377] Vedi C. CECCHELLA, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli- F. P. Luiso- E. Gabrielli, Torino, 2014, p. 14.

CAPITOLO 2

Le novità legislative introdotte, all'appello di diritto comune, con la legge 07 agosto 2012, n. 134.

Per comprendere il contenuto delle novità che la legge 07 agosto 2012, n. 134[378], ha apportato all'istituto dell'appello di diritto comune, è necessario andare a ricostruire la storicità di quest'ultimo, in quanto è stato oggetto di un'implacabile evoluzione, sia giurisprudenziale che legislativa.

Tale processo evolutivo è stato talmente incisivo che l'appello, oggi, ha un inquadramento sistematico diverso da quello delle origini, ovvero da gravame ad impugnativa in senso stretto.

Fatta tale considerazione generale, è possibile iniziare con l'esame della relativa disciplina.

L'art. 345 c. p. c. contiene la normativa relativa alla formulazione di domande ed eccezioni nuove, nonché dei mezzi di prova, nel giudizio di appello.

---

[378] *Legge 07 agosto 2012, n. 134*, di conversione, con modificazioni, dell'art. 54 del decreto- legge 22 giugno 2012, n. 83, recante "*Misure urgenti per la crescita del Paese*", in vigore da 12 agosto successivo.

L'art. 54 del citato decreto legge, è diviso in cinque commi: il primo comma contiene le novità normative introdotte; il comma 1- bis è volto a modificare l'art. 702 quater c. p. c., concernente il rito sommario di cognizione, con la previsione di ammissibilità di prove non più rilevanti, bensì indispensabili; i commi due e tre contengono la disciplina transitoria da applicarsi; il 3- bis esclude l'applicabilità delle nuove disposizioni al processo tributario.

Più specificatamente, per quanto riguarda le novità normative che il primo comma della disposizione in commento ha introdotto, esse si sostanziano nella modifica del primo comma dell'art. 342 c. p. c., in punto di specificità dei motivi d'appello; nella modifica dell'art. 345 c. p. c., con riferimento all'esclusione dell'ammissibilità delle prove indispensabili; nell'introduzione degli artt. 348 bis e 348 ter c. p. c.; nella modifica del punto cinque dell'art. 360 c. p. c., dettato per il giudizio di cassazione; nella modifica dell'art. 383 c. p. c., dettato anch'esso per il giudizio di cassazione; nella modifica dell'art. 434 c. p.c., concernente la disciplina del ricorso in appello; nell'introduzione dell'art. 436 bis c. p. c., che rinvia, per l'appello nel rito del lavoro, agli artt. 348 bis e 348 ter c. p. c.; nell'introduzione delle medesime novità normative al rito locatizio.

Tale disposizione, nella formulazione originaria, prevedeva il divieto di nuove domande e, in linea generale, anche di nuove eccezioni e prove in quanto, quest'ultime, erano ammesse solo "per gravi motivi".
Tale impostazione legislativa, a partire dal 1950, è stata sottoposta, come anticipato, ad una molteplicità di interventi normativi, primo fra tutti, la legge 14 luglio 1950, n. 581[379].
Con quest'ultima, il secondo grado di giudizio fu aperto alle novità in quanto era consentito, alle parti, proporre nuove eccezioni e dare svolgimento a nuove iniziative probatorie[380]. Il divieto, quindi, restava solo in ordine alla formulazione di nuove domande, al fine di consentire, secondo la prevalente opinione, la salvaguardia del doppio grado di giurisdizione[381].
Di conseguenza le parti, nel giudizio di appello ex art. 345 c. p. c., nella versione novellata nel 1950, da un lato, potevano formulare nuove eccezioni e mezzi di prova; dall'altro, non potevano ampliare l'oggetto del relativo giudizio, rispetto a quello di primo grado.
Inoltre, per ricostruire l'inquadramento storico dell'istituto in esame, è necessario esaminare anche l'art. 342 c. p. c. che contiene la disciplina relativa alla "Forma dell'appello"[382].

---

[379] *Legge 14 luglio 1950, n. 581*, di conversione del decreto- legge 05 maggio 1948, n. 483, recante "*Modificazioni ed aggiunte al codice di procedura civile*".

[380] *Art. 345 c.p. c., versione successiva alla novella del 1950*: "Nel giudizio d'Appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono rigettarsi d'ufficio. Possono però domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza stessa.
Le parti possono proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, ma se la deduzione poteva essere fatta in primo grado si applicano, per le spese del giudizio d'appello, le disposizioni dell'art. 92, salvo che si tratti del deferimento del giuramento decisorio".

[381] Vedi M. T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, vol. II, V ed., Milano, 1962, p. 240; P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, I, Torino, 1951, p. 446.

[382] Per la ricostruzione storica dell'appello in riferimento all'art. 342 c. p. c., vedi ALBERTO A. ROMANO, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ*., 2000, p. 1205 ss.

In particolare tale disposizione, nella versione originaria, prevedeva che "L'appello si propone con citazione contenente l'esposizione sommaria dei fatti ed i *motivi specifici dell'impugnazione*, nonché le indicazioni prescritte nell'art. 163 o 313 c. p. c., nel caso in cui l'appello doveva introdursi dinnanzi al pretore".

Nessuna incidenza testuale era stata apportata dalla novella del 1950, sopra cita, all'art. 342 c. p. c..

Tale disposizione costituì un'importante innovazione, in ordine all'onere di specificazione dei motivi in quanto, l'art. 486 del codice di procedura civile del 1865, non richiedeva tale specificazione[383].

La matrice di essa era legata al vecchio processo penale, in particolare all'art. 201 c. p. p. del 1930, il cui settimo comma disponeva che i motivi di impugnazione dovevano essere esposti specificamente.

La dottrina dell'epoca[384], in ragione del principio dispositivo al quale è informato il sistema del processo civile italiano, attribuiva ai motivi specifici dell'appello la funzione di *individuare le parti della sentenza* che l'appellante intendeva sottoporre al riesame del giudice di secondo grado.

Erano le parti, quindi, che, con l'atto di citazione, dovevano decidere in ordine al *se* e al *quanto* appellare: la specificazione dei motivi era, quindi, espressione dell'effetto devolutivo.

---

[383] Vedi D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, Torino, 1957, I, p. 584.

[384] La dottrina, tuttavia, sul punto era divisa: alcuni Autori ritenevano che i motivi d'appello s'identificavano nella individuazione generica dei capi della sentenza contestati e dedotti dall'appellante, con conseguente riemersione, dinanzi al giudice dell'impugnazione, del materiale di cognizione che a tale parte ineriva; altri, invece, sostenevano che non era sufficiente l'individuazione generica dei capi della sentenza in quanto i motivi dell'appello, s'identificavano nella specificazione delle singole questioni che il capo della sentenza, oggetto di contestazione, affrontava.
A sostegno dell'orientamento più concessivo vedi LIEBMAN, "*Parte" o "capo" di sentenza*, in *Riv. Dir. Proc*., 1964, p. 58; GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, in *Riv. Dir. Proc*., 1977, p. 412 ss.
Per l'orientamento più restrittivo vedi LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. Dis. Priv., sez. civ*., I, Torino, 1987, p. 367 ss..

Inoltre, nella disposizione in commento, si prevedeva anche che l'atto di appello doveva contenere "*l'esposizione sommaria dei fatti*". Tale requisito era interpretato dalla giurisprudenza dell'epoca[385] in modo non rigoroso, poiché essa riteneva che tale elemento non esigeva una specifica enunciazione, formalmente autonoma ed unitaria, ma, in quanto funzionale all'individuazione delle censure mosse dall'appellante, poteva emergere anche da un'illustrazione sommaria, purchè chiara ed univoca, tale da fornire al giudice dell'impugnazione gli elementi indispensabili per l'esatta individuazione delle domande rivoltegli, di modo da consentirgli di stabilire l'ambito del devolutum e le questioni sottoposte al riesame.

Sulla base dell'analisi di tali indici normativi, ovvero dell'art. 342 e 345 c. p. c., nella versione elaborata dalla novella del 1950, la dottrina processuale dell'epoca aveva definito l'inquadramento dell'appello come espressione di un mezzo di gravame[386] e non di una mera impugnazione: "si trattava di un rimedio a critica libera, con devoluzione automatica piena e destinato a concludersi in una pronuncia sostitutiva"[387].

---

[385] Vedi Corte di Cassazione 29 gennaio 1983, n. 820, in *Giust. Civ. mass*., 1983, fasc. 1.
Con tale pronuncia la Corte aveva affermato che " l'onere dell'esposizione sommaria dei fatti di causa nell'atto di appello, di cui all'art. 342 c. p. c., è soddisfatto quando, pur mancando in detto atto una parte narrativa di tali fatti, ad essi sia fatto riferimento nell'esposizione dei motivi dell'impugnazione in modo da consentire al giudice di acquisire, attraverso l'atto di gravame, senza valersi di altre fonti, gli elementi indispensabili per una precisa cognizione dei termini della controversia e dello svolgimento del processo".
Vedi anche Corte di Cassazione 22 giugno 1999, n. 6312, in *Giust. Civ. mass*., 1999, 1868.

[386] *Il termine gravame*, nel linguaggio giuridico, viene utilizzato per definire quei rimedi attraverso i quali la parte si limita a denunciare l'ingiustizia della sentenza, prescindendo da un vizio specifico di essa.
Al contrario*, il termine impugnativa* viene utilizzato per definire quei rimedi che presuppongono la denuncia di uno specifico vizio della sentenza.

[387] Cfr. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 583; vedi anche MORTARA, *Appello civile*, in *Digesto italiano*, I, Torino, passim.

Il giudizio d'appello, quindi, a seguito della riforma del 1950, costituiva una *rinnovazione del giudizio di primo grado sullo stesso oggetto*, nel quale le parti potevano formulare nuove eccezioni ed iniziative probatorie.

Tale modello di appello era legato ad un'idea d'impugnazione quale *novum judicium*.[388]

Tale impostazione, tuttavia, è stata alterata dal legislatore, dapprima con la legge 11 agosto 1973, n. 533[389], con riferimento al processo del lavoro, e, successivamente, con legge 26 novembre 1990, n. 353[390].

In relazione al primo intervento di riforma del processo civile, in particolare del rito del lavoro, il legislatore ha introdotto, ex artt. 416, 418, 419 e 420 c. p. c., un procedimento di primo grado assoggetto ad un rigido regime di preclusioni in coincidenza con gli atti introduttivi, per domande, eccezioni e prove. In ragione dei connotati che caratterizzano il primo grado di giudizio, il legislatore del 1973 ha fatto discendere un giudizio di appello che risulta essere chiuso ai nova, in ordine, non solo alla formulazione di nuove domande, ma anche di eccezioni e mezzi di prova[391].

---

[388] Un appello aperto ai nova è indiscutibilmente legato ad un'idea dell'impugnazione quale *novum judicium*; al contrario un appello chiuso alle novità è legato all'idea del secondo grado di giudizio quale *revisio prioris instantiae*.
Sul punto vedi S. SATTA, *Diritto processuale civile*, III ed., Padova, 1953, p. 295.

[389] *Legge 11 agosto 1973, n. 533*, "Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie".

[390] *Legge 26 novembre 1990, n. 353*, "Provvedimenti urgenti per il processo civile".

[391] In dottrina è stato rilevato che la scelta del legislatore di prevedere un giudizio di appello chiuso ai nova, in ragione del fatto che il primo grado di giudizio è stato assoggettato al principio di preclusione, non era necessitata in quanto un appello che riapre ai nova, non appare incoerente rispetto ad un giudizio precedente assoggettato a preclusioni. Una simile opinione trova il suo riscontro positivo nella disciplina del processo abbreviato di cui all'art. 702 bis c. p. c.: a fronte di un primo grado assoggettato a severe preclusioni, il legislatore ha previsto un giudizio di appello liberalizzato, almeno in relazione alle prove, ai sensi dell'art. 702 quater, versione originaria.
Sul punto vedi C. CECCHELLA, in *Le impugnazioni civili*, a cura di *F. P. LUISO-R. VACCARELLA*, Torino, 2013, p. 301.

Con il successivo intervento di riforma, avvenuto con legge 26 novembre 1990, n. 353 e riguardante il rito ordinario di diritto comune, il legislatore ha assoggettato anche quest'ultimo ad un sistema di preclusioni, per la formulazione di domande, eccezioni e mezzi di prova, e, relativamente al giudizio di appello, ha adottato un modello analogo a quello del rito del lavoro.

Ai sensi dell'art. 345 c. p. c.[392], infatti, nella versione novellata del 1990, le parti, nel giudizio d'appello, non potevano proporre domande nuove, né nuove eccezioni, non rilevabili d'ufficio, e mezzi di prova, a meno che il collegio non li riteneva indispensabili ai fini della decisione della causa, oppure la parte dimostrava di non averli potuti proporre o produrli, nel giudizio di primo grado, per causa ad essa non imputabile.

Ancor prima di passare all'esame della disciplina contenuta nella disposizione in commento, è possibile compiere una considerazione, ovvero, a partire dalla novella del 1990, l'appello viene ad essere legato all'idea del secondo grado di giudizio quale revisio priori istantiae in quanto, il relativo giudizio, viene ad essere chiuso alle novità[393].

Inoltre, è opportuno anche precisare che, la formulazione dell'art. 345 c. p. c. è rimasta pressoché inalterata a seguito della riforma legislativa, numero 134, del 07 agosto 2012.

In particolare, quest'ultima ha solo abrogato il riferimento al concetto d'indispensabilità a cui il legislatore del 1990 aveva fatto riferimento.

---

[392] *Art. 345 c. p. c., a seguito della legge 26 novembre 1990, n. 353*: " Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa.
Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio.
Non sono ammessi nuovi mezzi di prova, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio".

[393] Vedi S. SATTA, *Diritto processuale civile*, III ed., Padova, 1953, p. 295.

Attualmente, quindi, i nuovi mezzi di prova non sono ammissibili in appello, nemmeno se ritenuti indispensabili dal Collegio, ai fini della decisione della causa.

Le considerazioni che, di seguito, vado a compire, in ordine all'art. 345 c. p. c., sono, quindi, valide anche per la normativa attuale.

Per quanto riguarda il divieto di nuove domande, la ratio di tale limite, secondo l'opinione tradizionale consolidatasi fin dall'origine, in quanto un simile divieto, a prescindere dal modello adottato, è sempre stato previsto dall'ordinamento, risiede nella salvaguardia del doppio grado di giurisdizione[394].

L'eventuale proposizione di una nuova domanda comporta, per espressa previsione legislativa, la pronuncia di inammissibilità[395] della stessa, anche d'ufficio.

Tuttavia il problema principale è quello di stabilire quand'è che, la domanda formulata in appello deve essere considerata nuova e, come tale, inammissibile.

---

[394] Vedi A. PROTO PISANI, *Appunti sull'appello civile (alla stregua della legge n. 353/ 1990)*, in *Foro it*., 1994, V, c. 198 ss; C. CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, p. 149.

[395] La dottrina è pressoché unanime nel ritenere che la pronuncia d'inammissibilità non pregiudica la possibilità di proporre la domanda in un separato processo.
Sul punto vedi A. PROTO PISANI, *Appunti sull'appello civile*, *ivi*, c. 198; C. CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, *ibidem*; G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 432.
Una posizione contraria e più articolata è assunta da B. SASSANI, *Domande ed eccezioni nuove*, in C. CONSOLO- F. P. LUISO- B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile,* Milano, 1991, p. 383.
L'Autore riprende l'insegnamento di S. SATTA, in "*Le impugnazioni, estratto dal Commentario al codice di procedura civile*, libro II, parte II, Milano, 1962, p. 136", il quale distingueva tra domanda nuova, ma che comunque aveva una relazione con la domanda originaria, e domanda diversa, la quale non aveva nessun legame con la prima.
B. SASSANI sostiene che le domande nuove ma che, tuttavia, hanno una relazione con la domanda originaria costituiscono una modificazione di quest'ultima e, quindi, come tali, sono inammissibili in appello. La ratio di tale inammissibilità, però, viene ad essere individuata nell'ultrattività delle preclusioni previste in primo grado e non nella salvaguardia del doppio grado di giurisdizione. Di conseguenza, una tale inammissibilità comporta l'impossibilità, per la parte, di riproporre la domanda in un separato processo.
Nel caso, invece, di domanda diversa, l'inammissibilità di essa pronunciata dal giudice di appello, non impedisce alla parte di riproporre la domanda in un separato giudizio.

Secondo l'impostazione tradizionale, si ha domanda nuova in seconda istanza quando si verifica il mutamento di uno degli elementi soggettivi od oggettivi della domanda (personae, petitum, causa petendi)[396], mentre non si configura un'ipotesi di nuova domanda nel caso di "emendatio libelli", ovvero quando si incide sulla causa petendi in modo che risulti modificata soltanto l'interpretazione o la qualificazione del fatto costitutivo del diritto, oppure sul petitum, nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere[397].

Più dettagliatamente, i sostenitori di tale orientamento[398] ritengono ammissibili le modifiche del petitum in diminuzione, sia quantitativa che qualitativa; non ammissibili quelle in aumento.

In relazione, invece, al mutamento della causa petendi, i fautori di tale impostazione sono divisi: taluni sostengono che, per i diritti auto individuati, non costituisce nuova domanda, ma *mera emendatio*, l'allegazione di nuovi fatti principali, in quanto tali allegazioni non comportano un mutamento della sostanza oggettiva del processo che rimane il diritto individuato, puramente e semplicemente, con l'indicazione del bene della vita alla cui tutela è posto; Altri, invece, sempre con riferimento ai diritti auto individuati, ritengono che, poiché l'insieme dei fatti principali che costituiscono la causa petendi sono da annoverare tra gli elementi identificativi della domanda, l'allegazione

---

[396] Vedi C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XXI ed., Torino, 2011, p. 491; M. T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1962, p. 233 ss.; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, V ed., Padova, 2009, p. 629; C. CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, II ed., Padova, 2008, p. 150; G. BALENA, *Diritto processuale civile*, vol. II, III ed., Bari, 2006, p. 375.

[397] C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, *ibidem*; G. BALENA, *Diritto processuale civile*, *ibidem*.

[398] In dottrina vedi G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 431.
In giurisprudenza vedi Corte Cassazione 09 marzo 1989, n. 1236, in *Rep. Foro. It.*, 1989, voce *Appello civile*, n. 20.

di una fatto costitutivo nuovo comporta necessariamente una *mutatio* della domanda stessa.

Anche per quanto riguarda i diritti potestativi, gli assertori dell'impostazione tradizionale sono scissi in quanto da un lato, vi sono Autori che sostengono che l'allegazione di un nuovo fatto costitutivo identifichi una mera emendatio, in ragione del fatto che la domanda si individua con l'indicazione dell'effetto giuridico che si pretende di ottenere; dall'altro, invece, ce Chi ritiene che ogni fatto costitutivo integra una nuova domanda[399].

La dottrina, a seguito della riforma del 1990, ha esaminato la questione relativa alla configurazione o meno di una nuova domanda e, come tale, ammissibile o non in appello, ponendola in rapporto con le preclusioni di primo grado.

L'opinione, diffusa in dottrina e giurisprudenza, è che in appello non si possono superare le preclusioni già maturate in primo grado.

Di conseguenza, l'ambito dello ius novo rum in appello, con riferimento alle domande, ovvero alla possibilità, per le parti, di proporre davanti al giudice di secondo grado, per la prima volta, nuove domande, non sarebbe delimitato tanto dall'art. 345 c. p. c., ma dall'art. 183, sesto comma, c. p. c., che individua il termine ultimo per la precisazione e modificazione delle domande introduttive.

Lo ius novo rum, secondo tale opinione, è, quindi, limitato a quegli elementi di novità che non solo non individuano una domanda nuova, ma che non sono nemmeno assorbiti dalle preclusioni del primo grado di giudizio[400].

---

[399] Con riferimento alla configurazione o mene di domande nuove, aventi ad oggetto diritti auto individuati e potestativi, vedi A. MENGALI, in *Le impugnazioni civili*, *a cura di F. P. LUISO- R. VACCARELLA*, Torino, 2013, p. 238 ss..

[400] L'impostazione descritta nel testo, in dottrina, è seguita da C. MANDRIOLI, il quale ha utilizzato tale argomentazione per escludere l'ammissibilità in appello dell'allegazione di nuovi fatti, anche con riferimento ai diritti auto individuati. Vedi C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XXI ed., Torino, 2011, p. 492;
in linea con tale impostazione si pone anche C. CONSOLO, il quale afferma che se si ritenessero ammissibili, in sede di appello, ipotesi di emendatio libelli che si

Anche per la giurisprudenza prevalente, in secondo grado non si possono superare le preclusioni già maturate nel primo.

Essa, infatti, ritiene che l'allegazione di nuovi fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio è inammissibile.

In particolare, la Corte di Cassazione, in un'apposita pronuncia[401], ha statuito che "il mutamento della causa petendi determina un mutamento della domanda, tale da renderla inammissibile come domanda nuova in appello, nei casi in cui vengono alterati l'oggetto sostanziale dell'azione e i termini della controversia, mediante la prospettazione di nuove circostanze o situazioni giuridiche che, introducendo nel processo un nuovo tema d'indagine e decisione pongono in essere una pretesa nuova e diversa, per la sue intrinseca essenza, da quella fatta valere in primo grado. Una tale inammissibilità, quindi, non è configurabile tutte le volte in cui, *fermi tra il primo e il secondo grado i fatti costitutivi della pretesa azionata e le ragioni giuridiche ad esse ancorate*, vengono sollevate in appello delle ulteriori questioni di diritto, all'esame delle quali il giudice, salva la formazione del giudicato sul punto, sia comunque tenuto per il principio "iura novit curia"[402], essendo suo dovere ricercare le norme

---

risolvono nella deduzione di nuovi fatti a fondamento della domanda proposta in primo grado, si differenzierebbe in modo ingiustificato la posizione dell'attore, appellante, rispetto a quella del convenuto, appellato, in quanto si permetterebbe al primo, e non al secondo, di fondare, in appello, la propria pretesa su fatti non dedotti già nel primo grado di giudizio. È evidente che, anche per tale Autore, in appello non si possono superare le preclusioni già maturate in primo grado. Vedi C. CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, p. 152 ss..

Ce anche, in dottrina, chi non condivide l'impostazione prevalente descritta nel testo: fra questi si colloca G. BALENA, il quale ha affermato che, anche a seguito delle preclusioni introdotte nel primo grado di giudizio, l'allegazione di nuovi fatti in appello, che non comportano la configurazione di una nuova domanda, è ammissibile. Vedi G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Il giusto processo civile*, 2006, p. 107.

[401] Vedi Corte Cassazione 03 marzo 2008, n. 5741, in Giuda dir., 2008, pp. 22, 50.

[402] *Il principio iura novit curia* si sostanzia nel potere- dovere dell'organo giudicante di inquadrare giuridicamente la fattispecie in modo corretto, anche in difetto o in difformità rispetto alle norme richiamate dalle parti. Tale principio trova il suo fondamento normativo nell'art. 113 c. p. c., che sancisce la regola in base alla quale

giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame e porre a fondamento della decisione principi di diritto anche diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti. (nella specie, in applicazione del riferito principio, la Suprema Corte ha ritenuto insussistente la violazione dell'art. 345 c. p. c. atteso che il giudice di secondo grado, sollecitato alla verifica del rispetto delle distanze legali tra edifici, dalla domanda della parte attrice, con condanna del frontista alla parziale demolizione del fabbricato realizzato sulla proprietà, in violazione delle distanze previste dalla normativa urbanistica e da quella edilizia, era obbligato, indipendentemente dalle novità delle deduzioni sul punto formate dalla parte appellante, a rilevare l'illegittimità dell'adozione, da parte del comune, di un regolamento edilizio contrastante con l'art. 9 d. m. Lavori pubblici 02 aprile 1968, n. 1444 e ad applicare, in sostituzione delle norme illegittime, le disposizioni violate, in quanto automaticamente divenute parti integranti del successivo strumento urbanistico)".

Ciononostante, con riferimento alle controversie aventi ad oggetto diritti autodeterminati, non mancano pronunce che affermano l'ammissibilità, in appello, di nuovi fatti costitutivi a sostegno della domanda[403].

Per quanto riguarda, invece, le controversie aventi ad oggetto diritti potestativi, la giurisprudenza[404] tende a considerare nuova la domanda

---

il giudice deve applicare le norme di diritto al fine di decidere la controversia, salvo i casi in cui la legge consente la decisione secondo equità. (fonte: *www. Treccani.it*).

[403] Vedi a tal riguardo Corte Cassazione 05 ottobre 2009, n. 21257, in *Guida dir*., 2010, 9, p. 73; Corte Cassazione 24 maggio 2010, n. 12607, in *Dir. e giur. Agr*., 2011, 4, p. 292.
Quest'ultima pronuncia, nel caso di specie, faceva riferimento ad una domanda di primo grado di usucapione abbreviata, rispetto ad una domanda di appello di usucapione ordinaria.

[404] Vedi Corte Cassazione 24 ottobre 2007, n. 22329, in *Giust. Civ. mass*., 2007, 10.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "integra domanda nuova, la cui proposizione è inammissibile ai sensi dell'art. 345 c. p. c., la domanda di annullamento del contratto di vendita di un bene immobile per vizio del consenso, consistente nella asserita violenza morale, avanzata per la prima volta in sede di gravame al fine di realizzare la azionata pretesa e non già di contrastare le difese

al mutare della fattispecie costitutiva, pur restando immutato il petitum.

Infine, per completare il discorso relativo al generale divieto di proporre domande nuove in appello, lo stesso art. 345 c. p. c. prevede alcune eccezioni, in quanto il legislatore ha espressamente statuito che, nel secondo grado di giudizio, possono domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa.

La dottrina[405] ha rilevato che di fronte a tali domande, accessorie o consequenziali, il principio di economia processuale prevale su quello della salvaguardia del doppio grado di giurisdizione.

Oltre alle eccezioni che la stessa normativa individua, è possibile ricavarne altre in via interpretativa: il riferimento è alle sopravvenienze in fatto ed in diritto, rispetto alla precisazione delle conclusioni in primo grado, o che acquistano rilievo in base allo ius superveniens[406].

Sul punto la Dottrina è divisa in quanto, da un lato, vi sono Autori[407] che sostengono che rispetto a tali ipotesi non opera nessuna preclusione; dall'altro, invece, ce Chi[408] ritiene che, consentire alle

---

della controparte, là dove, in primo grado, si era agito per la risoluzione del contratto medesimo ovvero per il suo annullamento in base alla denuncia di un conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante".

[405] Sul punto vedi A. PROTO PISANI, *Appunti sull'appello civile (alla stregua della legge n. 353/1990)*, in *Foro it*., 1994, V, c. 198; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, V ed., Padova, 2009, p. 631.

[406] L'espressione *ius superveniens* si usa relativamente alla successione delle leggi nel tempo, per indicare una norma nuova, cioè sopravvenuta dopo l'instaurazione di un dato rapporto giuridico. Il nostro ordinamento dispone che la legge non ha effetto retroattivo. In materia civile, tuttavia, una legge ordinaria potrebbe derogare al principio ed avere effetti retroattivi. (fonte: www. *Brocardi.it*).

[407] Vedi C. CECCHELLA, *Attività delle parti: il divieto dei nova*, in R. VACCARELLA- B. CAPPONI- C. CECCHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, p. 293.
Egli ritiene che i fatti storici "cronologicamente successivi possono essere dedotti, siano essi eccezioni come fatti costitutivi ed egualmente i fatti storici preesistenti, quando diventino rilevanti solo a seguito dello ius superveniens".

[408] Relativamente allo ius superveniens, vedi F. P. LUISO, Appello nel diritto processuale civile, in Dig. Disc. Priv., sez. civ., I, 1987, p. 370.

parti di proporre nuove domande sulla base di tali elementi, pregiudica la ratio dell'art. 345 c. p. c., ovvero salvaguardare il doppio grado di giurisdizione. Sulla base di quest'ultimo principio, quelle domande dovrebbero essere proposte in un diverso processo.

Altra eccezione che deroga al divieto di nuove domande in appello e che si ricava in via interpretativa, è quella che deriva dall'intervento del terzo, nel secondo grado di giudizio, ex art. 344 c. p. c..

Poiché il terzo è legittimato a proporre domande, in virtù del principio della remissione in termini, posto alla salvaguardia del contraddittorio, anche le parti originarie sono ammesse a replicare con nuove domande, nuove eccezioni e nuovi mezzi di prova[409].

Continuando con l'esame dell'art. 345 c. p. c., al secondo comma il legislatore ha previsto che, in appello, non possono essere proposte nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio.

La norma, quindi, sancisce il divieto, in secondo grado, di proposizione delle eccezioni in senso stretto, cioè quelle che devono essere proposte, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta in primo grado, ex art. 167 c. p. c.[410].

A fronte di una simile impostazione, ciò su cui bisogna porre l'attenzione è sulle eccezioni in senso lato al fine di stabilire se, quest'ultime, possono o meno essere proposte, senza limiti, in appello.

Egli osserva che la norma sopravvenuta sarà applicabile solo ove rappresenti la regolamentazione dello stesso diritto controverso in primo grado.

[409] Vedi C. CECCHELLA, *Attività delle parti: il divieto dei nova*, in R. VACCARELLA- B. CAPPONI- C. CECCHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, *ivi*, p. 296; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, IV ed., Milano, 2009, p. 387.

[410] A proposito della *distinzione tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto*, se il legislatore non qualifica espressamente l'eccezione come riservata alla parte oppure rilevabile anche d'ufficio, si pone il problema di individuare un criterio che consenta di ascrivere l'eccezione all'una o all'altra categoria. L'opinione prevalente, in ragione dell'art. 112 c. p. c., al cui secondo comma prevede che "il giudice non può pronunciarsi d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti", ritiene che il giudice può pronunciare d'ufficio su tutte le eccezioni, tranne che su quelle riservate alle parti da espressa disposizione del legislatore. Sul punto vedi G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, pp. 150 ss. e 433.

La Dottrina, sul punto, risulta essere tutt'altro che unanime in quanto, i diversi orientamenti contrapposti, risentono della problematica relativa all'allegazione dei fatti nel processo, tra onere delle parti e poteri del giudice[411].

Secondo un primo orientamento[412], poichè i fatti estintivi, modificativi ed impeditivi non riservati al potere di eccezione della parte possono essere rilevati dal giudice in ogni stato e grado del processo di merito, allo stesso modo possono essere allegati dalle parti, per la prima volta, in appello, *pur se non risultanti dagli atti del giudizio di primo grado*.

Un indirizzo interpretativo rigorista[413] ritiene, invece, che il principio di allegazione, in base al quale solo al fatto allegato e provato il giudice può ricollegare l'effetto sostanziale previsto dalla legge, non può operare in modo diverso per le eccezioni in senso stretto e per le eccezioni in senso lato. Da ciò discende, sempre secondo i fautori di tale opinione, che, stante il generico dettato normativo, la salvezza delle eccezioni rilevabili d'ufficio in tanto opera, in quanto i fatti in cui quelle eccezioni si sostanziano siano già stati ritualmente e tempestivamente allegati nel giudizio di primo grado, ovvero non oltre la fase di trattazione ex art. 183 c. p. c..

---

[411] La problematica relativa all'allegazione dei fatti nel processo civile si sostanzia nello stabilire se l'attività di allegazione implica una dichiarazione di volontà o se, invece, siano configurabili delle c. d. allegazioni implicite tali che il giudice possa tenerne di conto, pur se la loro prova emerga semplicemente dagli atti.
Su tale problematica vedi D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2002, spec. pp. 235 ss. e 249 ss.
A seconda dell'impostazione che l'interprete adotta, ne discende una diversa ricostruzione in ordine al tema della possibilità o meno, per le parti, di proporre nuove eccezioni in senso lato nel giudizio di appello.

[412] In tal senso vedi G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 434 ss; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, V ed., 2009, p. 632.
Quest'ultimo ritiene che l'art. 345 c. p. c. non possa estendersi al di là delle ipotesi previste "come ogni norma che importi decadenze e restrizioni".

[413] Vedi C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, p. 210.

Infine, alcuni Autori[414] ritengono che i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi non allegati in primo grado e, tuttavia, emergenti dai documenti e dalle altre prove del processo di primo grado, possono essere rilevati dal giudice d'appello, mentre rimane, in ogni caso, preclusa alla parte l'allegazione di fatti del tutto nuovi.

Sulla base di tale soluzione, alle parti, nel giudizio di appello, è consentito stimolare il potere di rilievo officioso sull'eccezione in senso lato, già evidente in fatto, mentre resta vietata l'introduzione di nuovi fatti impeditivi, modificativi ed estintivi.

Quest'ultima ricostruzione può considerarsi intermedia rispetto alle altre due sopra esposte.

Anche la giurisprudenza, sul tema delle nuove eccezioni in senso lato nel giudizio di appello, appare divisa.

In particolare, due sono gli orientamenti che si riscontrano: da un lato i giudici hanno affermato che, "il generalizzato potere di rilevare d'ufficio l'eccezione, non implica il superamento del divieto di scienza privata del giudice e si traduce, esclusivamente, nell'attribuzione di rilevanza, ai fini della decisione di merito, a determinati fatti modificativi, impeditivi od estintivi: talora il giudice, anche ove ritenga esistente il fatto, può attribuirgli rilevanza solo se la parte ne fa richiesta; altra volta a tanto può provvedere anche in difetto di una tale richiesta; ma *in entrambi i casi è necessario e condizionante che il medesimo fatto risulti acquisito agli atti e provato alla stregua della specifica disciplina processuale dell'acquisizione.* Inoltre, la Suprema Corte, sempre nella medesima pronuncia, ha anche statuito che ipotizzare la possibilità di allegazione di fatti nuovi anche oltre i termini preclusivi, per la sola ragione che la rilevanza dei loro effetti non si iscrive nel novero delle eccezioni riservate alla parte, significherebbe compromettere il sistema delle preclusioni ed in

[414] Vedi C. CECCHELLA, *Attività delle parti: il divieto dei nova*, in R. VACCARELLA- B. CAPPONO- C. CECCHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XXI ed., Torino, 2011, p. 495.

particolare, la sua funzione di affidare, alla fase degli atti introduttivi del giudizio, la cristallizzazione dei temi controversi e delle relative istanze istruttorie[415]"; dall'altro lato, invece, non sono mancate pronunce, costituenti l'orientamento minoritario, che hanno affermato che "la deducibilità in appello di eccezioni in senso lato, non può essere condizionata dal fatto che le circostanze ad esse sottostanti siano già state introdotte nel giudizio di primo grado, perché i fatti operanti ipso iure, ovvero per il diritto stesso, possono essere assunti a tema del giudizio d'appello non solo se già acquisiti al contraddittorio delle parti nel precedente grado di giudizio, ma anche se, per la prima volta, allegati in appello ed accertati con i mezzi di prova che il giudice di secondo grado ritenga ammissibili e rilevanti"[416].

A seguito della riforma legislativa, 18 giugno 2009, n. 69[417], il legislatore ha inserito un inciso all'art. 115, primo comma, c. p. c., in base al quale il giudice deve porre a fondamento della decisione non solo le prove proposte dalle parti, ma, a seguito della novella, *anche i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita.*

Poiché anche il giudice di appello deve fare applicazione della disposizione in commento, in quanto collocata nel libro primo del codice di rito, e l'espressione "specifica contestazione" è interpretata[418], all'unanimità, nel senso della necessità che di fronte ai

---

[415] Vedi Corte Cassazione 03 febbraio 1998, n. 1099, sez. un., *Corr. Giur*., 1999, p. 1007 ss; conforme a tale orientamento anche Corte Cassazione 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it*., 2005, I, c. 2660.
Con quest'ultima pronuncia la Corte ha affermato che "l'eccezione di interruzione della prescrizione, in quanto eccezione in senso lato, può essere rilevata d'ufficio dal giudice in qualunque stato e grado del processo, *sulla base di prove ritualmente acquisite agli atti*".

[416] Vedi Corte Cassazione 24 maggio 2005, n. 10918, in *Riv. Dir. Proc*., 2005, p. 734 ss.

[417] *Legge 18 giugno 2009, n. 69*, "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile".

[418] Vedi F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. II, VI ed., Milano, 2011, p. 56; G. BALENA, *Dei poteri del giudice*, in *G. BALENA- R. CAPONI- A. CHIZZINI- S. MENCHINI*, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 35.

fatti allegati il convenuto proponga una diversa ricostruzione dei fatti, si pone un problema di coordinamento tra l'onere di specifica contestazione, di cui all'art. 115 c. p. c., e il divieto di nuove eccezioni che non siano rilevabili anche d'ufficio, ex art. 345 c. p. c..

Una contestazione specifica, sulla base dell'esegesi sopra esposta, si risolve nell'allegazione di un nuovo fatto il quale, se è da qualificarsi come eccezione in senso stretto, è da ritenere inammissibile ai sensi dell'art. 345 c. p. c.[419]; mentre, invece, se è da qualificarsi come fatto secondario, poiché è opinione prevalente[420] quella secondo la quale l'allegazione di tali fatti non è assoggettata ad alcuna preclusione, nemmeno in primo grado, essa è da ritenere ammissibile.

Ovviamente il verificarsi dell'una o dell'altra ipotesi dipenderà dal fatto oggetto di contestazione nel caso concreto.

Il legislatore, al terzo ed ultimo comma dell'art. 345 c. p.c., esamina il tema dei nuovi mezzi di prova in appello.

A tal riguardo è opportuno compiere alcune precisazioni preliminari: innanzitutto, in sede di conversione del d. l. 22 giugno 2012, n. 83, nella legge 07 agosto 2012, n. 134, è stato abrogato il riferimento al concetto d'indispensabilità che, tuttavia, è rimasto per il rito del lavoro, ex art. 437 c. p. c.. Inoltre, con la riforma del 18 giugno 2009, n. 69, è stato introdotto un inciso all'art. in commento in base al quale il legislatore ha previsto che, il divieto di ammissione di nuovi mezzi di

---

[419] Se il nuovo fatto, oggetto di contestazione, s'identifica in *un'eccezione rilevabile anche d'ufficio*, per stabilire se l'attività debba ritenersi o meno ammissibile è necessario tenere di conto delle considerazioni svolte precedentemente.

[420] È opinione diffusa che l'allegazione dei fatti secondari non è soggetta ad alcuna preclusione. In particolare, gli Autori ritengono che i fatti secondari appartengono all'ambito delle prove, costituendo essi il fatto noto su cui fondare il procedimento inferenziale che conduce alla prova del fatto, principale, ignoto, secondo lo schema delle presunzioni semplici. Tuttavia, come precisato dagli stessi Autori, ciò non significa che i fatti secondari incontrino lo stesso limite preclusivo previsto per le richieste istruttorie, perché, appunto, rimangono liberamente allegabili per tutto il corso del processo.
Vedi sul punto, G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 192; G. VERDE, *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, in *Riv. Dir. Proc*., 1998, p. 12 s..

prova in appello vale anche con riferimento alla produzione di nuovi documenti.

Di conseguenza, tenendo di conto di entrambi gli interventi legislativi, ai sensi dell'art. 345, terzo comma, c. p. c. , versione attuale, "non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio[421]".

La giurisprudenza[422], tuttavia, ritiene che anche la consulenza tecnica è ammessa d'ufficio, senza limiti, anche in appello.

Prima di esaminare nel dettaglio la disciplina contenuta nell'art. 345 c. p. c., è necessario chiarire quand'è che siamo di fronte ad un "mezzo di prova nuovo".

A tal proposito due sono gli orientamenti dottrinali che si sono configurati: da un lato si collocano Coloro[423] che ritengono che, se la

---

[421] Nel rito del lavoro il legislatore, all'art. 437 c. p. c., fa espresso riferimento al giuramento estimatorio, quale eccezione al divieto di nuovi mezzi di prova in appello. Tuttavia, la dottrina ritiene che una simile eccezione possa essere estesa anche al giuramento decisorio, dato il silenzio della legge.

A tal riguardo vedi C. CECCHELLA, *L'appello speciale*, in *F. P. LUISO- R. VACCARELLA*, *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, p. 301.

La ratio che giustifica l'ammissibilità, per la prima volta in appello, del deferimento del giuramento risiede nel fatto che esso costituisce una prova estrema e residuale e come tale, giocabile in appello se l'evoluzione della causa ne palesi la ultimativa indispensabilità.

A tal proposito vedi C. CONSOLO, *Le impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, p. 214.

Il nostro ordinamento distingue tra giuramento decisorio e giuramento suppletorio.

Il primo è disciplinato all'art. 2736, n. 1. c.c., nel quale si prevede che è decisorio quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa; il secondo, disciplinato nell'art. 2736, n. 2 c.c., è quello che è deferito d'ufficio dal giudice ad una delle parti al fine di decidere la causa quando la domanda o le eccezioni non sono pienamente provate, ma non sono del tutto sfornite di prova, ovvero quello che è deferito al fine di stabilire il valore della cosa domandata, se non si può accertarlo altrimenti. Con quest'ultimo inciso il legislatore fa riferimento al c. d. giuramento estimatorio che costituisce sottospecie di quello suppletorio e che è regolato, sotto il profilo processuale, all'art. 241 c. p. c..

Tale tipo di giuramento può essere deferito d'ufficio dal giudice solo quando sia impossibile determinare altrimenti il valore della cosa domandata.

[422] Vedi Corte Cassazione 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e resp*., 1999, p. 1104.

prova è stata in concreto già richiesta ed illegittimamente non ammessa, essa, attraverso l'art. 356 c. p. c., potrà trovare ingresso nel giudizio di secondo grado, se, invece, non è stata oggetto di richiesta istruttoria, sarà soggetta alla disciplina dei nova e, quindi, anche ai limiti attinenti alle "novità"; dall'altro lato, invece, vi sono Coloro[424] che sostengono che la disciplina delle novità in appello deve essere coordinata con quella relativa alle preclusioni in primo grado.

Quest'ultimi, in particolare, affermano che una prova non richiesta in primo grado, ancorchè ciò fosse possibile, deve essere considerata "non nuova" e, quindi, non soggetta alle disposizioni disciplinanti lo ius novo rum, ma solo a quelle riguardanti le preclusioni in primo grado.

È stato rilevato[425] che una simile impostazione riduce sensibilmente l'ambito applicativo delle disposizioni disciplinanti lo ius novo rum in appello, il quale rimarrebbe consentito solo rispetto ai casi di sopravvenienze, in fatto e in diritto, ed inoltre, pone anche il problema di stabilire se le preclusioni di primo grado siano o meno ultrattive.

Fra le due impostazioni, la Dottrina prevalente è orientata verso la prima: le norme che disciplinano i nuovi mezzi di prova in appello

---

[423] In tale senso vedi M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ*., 2006, p. 308; G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, Padova, 1997, p. 199.
Quest'ultimo sostiene che l'art. 356 c. p. c., primo comma, c. p. c., non si riferisce solo alle prove già dedotte dalle parti ma anche alle diverse ipotesi in cui il giudice non si sia pronunciato sulle relative istanze o, pronunciandosi, abbia ritenuto le prove inammissibili, irrilevanti o superflue. Egli afferma che la possibilità o meno di riproporre *prove non nuove in appello* "discende direttamente dai principi regolatori dei rapporti tra motivi di gravame ed ambito dei poteri cognitori del giudice d'appello". Nessuno spazio applicativo, in tali ipotesi, per la disciplina dei nova in appello, di cui all'art. 345 c. p. c..

[424] Per il diverso orientamento, in ordine alla disciplina dei nova in appello, vedi L. MONTESANO- R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, III ed., Napoli, 1996, p. 269.

[425] Sul punto vedi A. MENGALI, *I nova in appello*, in *F. P. LUISO- R. VACCARELLA*, *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, p. 259.

hanno una propria collocazione sistematica, che non interferisce con quelle relative alle preclusioni in primo grado[426].

Tale orientamento, oggi, risulta essere dominante anche in giurisprudenza, a seguito delle pronunce, a Sezioni Unite, numeri 8203, per il processo secondo il rito comune, e 8202, per il processo del lavoro, del 2005[427].

Con esse la Suprema Corte, nel pronunciarsi in ordine al significato da attribuire al concetto di indispensabilità, che la riforma del 2012 ha, tuttavia, abrogato, aveva affermato che la prova, appunto indispensabile, era capace di superare i limiti allo ius novo rum, *a prescindere dalla possibilità che avevano le parti di formulare la richiesta istruttoria in primo grado*.

Chiarito quand'è che siamo di fronte ad una "prova nuova" è, allora, giunto il momento di esaminare la relativa disciplina, ovvero i casi in cui è consentito lo ius novo rum in appello.

Come già anticipavo, l'art. 345 c. p.c., sino alla novella dovuta all'art. 54 del d. l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modifiche, in legge 07 agosto 2012, n. 134, faceva riferimento al concetto d'indispensabilità, quindi, una prova nuova era ammissibile, nel giudizio di appello ordinario, se indispensabile.

A seguito della riforma del 2012, l'indispensabilità è sopravvissuta nell'art. 437 c. p. c., quindi, in ordine al rito del lavoro, nel relativo giudizio di secondo grado, sono tutt'ora ammissibili i nuovi mezzi di prova indispensabili; inoltre, la riforma in questione, ha anche sostituito, nell'art. 702- quater c. p. c., relativamente al processo

---

[426] Sul punto vedi G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Il giusto processo civ*., 2006, pp. 62 ss. e 106 ss. Egli critica la tesi dell'ultrattività delle preclusioni di primo grado ritenendo che "il problema dei nova in appello debba essere risolto attraverso l'applicazione degli artt. 345 e 437 c. p. c. che altrimenti sarebbero del tutto inutili".

[427] Vedi Corte Cassazione, *Sez. Un*., 20 aprile 2005, n. 8203, in *Riv. Dir. Proc*., 2005, p. 1051 ss.

sommario di cognizione, al concetto di rilevanza quello d'indispensabilità.

Ritornando all'esame dell'art. 345 c. p. c., nella formulazione anteriore all'ultima riforma, la dottrina era tutt'altro che unanime nell'interpretare l'espressione d'indispensabilità.

Coloro che ritengono che il giudizio di appello non possa aprirsi ai nova, salvo casi eccezionali, data l'ultrattività delle preclusioni di primo grado, tendevano a svuotare di significato il concetto d'indispensabilità: talvolta facendolo coincidere con quello di incolpevole decadenza, ritenendo che il legislatore aveva erroneamente codificato una ripetizione di concetti giuridici nell'art. 345 c. p. c.; altre volte riferendolo alla prova dei fatti nuovi che eccezionalmente sono ammessi in appello in ragione della riapertura delle preclusioni di primo grado , altrimenti irreversibili; altre volte, invece, ritenevano che decadenza incolpevole ed indispensabilità fossero requisiti che dovevano sussistere cumulativamente[428].

Anche la tesi[429] sostenuta da Coloro che ritenevano che l'indispensabilità della prova non riguardava l'iniziativa probatoria delle parti, la quale non può ovviare alle decadenze maturate in primo grado, ma riguardava le prove disponibili ex officio dal giudice, nei soli casi in cui la prova era, appunto, indispensabile, portava ad uno svuotamento del significato dell'espressione d'indispensabilità.

---

[428] In tal senso vedi S. CHIARLONI, voce *Appello*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. II, Roma, 1995, p. 15.
Nella giurisprudenza, in ordine al rito orinario, si era delineato l'orientamento secondo il quale decadenza incolpevole ed indispensabilità erano requisiti che dovevano sussistere cumulativamente, affinchè il nuovo mezzo di prova potesse essere ritenuto indispensabile e, quindi, ammissibile in appello. Tale orientamento, tuttavia, con la pronuncia a sez. un., numeri 8202 e 8202 del 2005 era stato superato.
Vedi Corte Cassazione 06 aprile 2001, n. 5133, in *Giur. It*., 2002, IV, p. 719 ss.
Con tale pronuncia la Corte aveva affermato che " in tema di ius novo rum in grado di appello, deve ritenersi legittimo, da parte del giudice di secondo grado, l'esame di documenti nuovi allorchè ciò sia indispensabile ai fini del decidere, ed allorchè la mancata produzione, in primo grado, dei documenti stessi non sia imputabile alla parte che intende avvalersene".

[429] Vedi C. PUNZI, *Il processo civile sistemi e problematiche*, II ed., Torino, 2010, p. 420.

C'era anche, poi, chi[430] interpretava l'espressione in commento sulla base del significato che essa assumeva nel linguaggio comune e, pertanto, era ritenuta prova indispensabile quella che era capace di ribaltare la decisione di primo grado, oppure quella che era dotata di una particolare forza causale nella decisione della controversia o, infine, quella che aveva ad oggetto fatti la prova dei quali, portava alla decisione della lite senza necessità del concorso con altri fatti già provati in primo grado.

Fra le due ricostruzioni sopra esposte, in ordine al concetto d'indispensabilità, era la seconda che la giurisprudenza aveva adottato.

In particolare, con la pronuncia 20 aprile 2005, n. 8203[431], la Suprema Corte aveva statuito che " il giudice, oltre a quelle prove che le parti dimostravano di non aver potuto proporre prima per causa ad esse non imputabili, era abilitato ad ammettere, nonostante le già verificatesi preclusioni, solo quelle prove che riteneva, nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite, indispensabili, *perché suscettibili di un'influenza causale più incisiva rispetto a quella che le prove, definite come rilevanti, hanno sulla decisione finale della controversia*; prove che, proprio perché indispensabili, erano capaci, in altri termini, di determinare un positivo accertamento dei fatti di causa, decisivo talvolta anche per giungere ad un completo rovesciamento della decisione cui era pervenuto il giudice di primo grado".

Alcuni Autori[432] avevano interpretato la pronuncia della Suprema Corte nel senso che essa aveva qualificato come mezzi di prova indispensabili, quelli che avevano per oggetto circostanze di fatto che, da sole considerate, erano in grado, se dimostrate, di condurre ad un

---

[430] Vedi A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, p. 523; C. CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, II ed., Padova, 2008, p. 156.

[431] Corte Cassazione 20 aprile 2005, n. 8203, in *Riv. Dir. Proc*., 2005, p. 1051 ss.

[432] Per la ricostruzione interpretativa della pronuncia della Corte di Cassazione che ho riportato nel testo, Cfr. C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, p. 218.

mutamento del contenuto della decisione adottata dal giudice di primo grado. Gli interpreti, quindi, utilizzavano il termine "mutamento", anziché quello di "rovesciamento", in quanto ritenevano che non era necessario che l'intera decisione, per effetto di un certo esito di quella prova, passasse da bianca a nera; bastava che la prova di cui si tratta, fosse in grado di condurre ad una modificazione di uno qualsiasi dei giudizi di fatto su cui si fondava il contenuto della decisione impugnata.

Durante la vigenza dell'art. 345 c. p. c., ante- riforma, era, dunque, difficile dare una collocazione certa all'istituto della prova indispensabile. Al contempo, però, era certo che il concetto in discussione non poteva essere confuso con quello di "rilevanza" poiché il primo si riferiva al diverso ambito, sia da un punto di vista logico che cronologico, dell'ammissibilità[433] della prova.

Tuttavia, come all'epoca rilevavano, non veniva ad essere negato che indispensabilità e rilevanza erano due nozioni che presentavano interferenze, perché era difficile ritenere che una prova indispensabile non fosse anche rilevante.

Sulla base di tali considerazioni c'era chi[434] riteneva che la soluzione da preferire, in ragione del fatto che la prova indispensabile, rispetto a quella semplicemente rilevante, doveva avere dei connotati aggiuntivi che superavano altrettanti limiti di ammissibilità, e tenendo conto del fatto che le soluzioni della dottrina sopra prospettate erano oggetto di critiche, in quanto prive di fondamento positivo, era quella secondo la

---

[433] Il giudizio di ammissibilità è un giudizio di diritto e riguarda i limiti che l'ordinamento pone all'utilizzazione di determinati mezzi di prova. Tali limiti riguardano sia il fatto da provare, sia lo strumento probatorio.
Il giudizio di rilevanza, invece, si basa sulla qualificazione giuridica del fatto che si vuole provare. Rilevante è quel fatto storico che integra un elemento della fattispecie del diritto fatto valere, sia esso costitutivo, impeditivo, modificativo ed estintivo.

[434] Vedi A. MENGALI, *L'istruttoria e le prove*, in AA. VV., a cura di C. CECCHELLA, *Diritto processuale civile*, Milano, 2010, p. 251.
Egli sostiene che superflua è la prova che tenda ad un risultato conforme al convincimento del giudice.

quale era prova indispensabile quella rilevante, ammissibile e non superflua.

Oggi, a seguito della riforma 07 agosto 2012, n. 134, la questione non è più dibattuta a causa dell'abrogazione, nell'art. 345 c. p. c., del concetto d'indispensabilità.

Dunque, attualmente, non sono ammessi in appello nemmeno i nuovi mezzi di prova ritenuti indispensabili dal Collegio, ai fini della decisione della causa. Rimangono, invece, ammessi i nuovi mezzi di prova oggetto di decadenza incolpevole, delle parti, in primo grado.

Per completare l'esame dell'art. 345 c. p. c., sotto il profilo dei nuovi mezzi di prova in appello, è opportuno sottolineare che il legislatore, a seguito della riforma del 2009, numero 69, ha espressamente previsto che "*non possono essere prodotti nuovi documenti in appello*".

Tuttavia, la Suprema Corte, era intervenuta su tale tema ancor prima del legislatore; in particolare con le pronunce a sezioni unite, numeri 8202[435] e 8203[436], del 2005, l'organo di legittimità aveva anticipato ciò che il legislatore del 2009 ha codificato nella disposizione in commento e che, tutt'ora, costituisce disciplina vigente.

Con le pronunce sopra citate, infatti, la Corte di Cassazione aveva affermato che i limiti preclusivi all'acquisizione di nuove prove in

---

[435] Corte di Cassazione 20 aprile 2005, n. 8202, *per il rito del lavoro*, in *Foro it*., 2005, I, p. 1690.
Con tale pronuncia essa, relativamente alla questione dei nuovi documenti in appello, ha statuito che "l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti, e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determina la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi delle vicende processuali successive al ricorso e alla memoria di costituzione".

[436] Corte di Cassazione 20 aprile 2005, n. 8203, *per il rito ordinario*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, p. 1061.
Con tale pronuncia essa, relativamente alla questione dei nuovi documenti in appello, ha statuito che "l'art. 345 c. p. c., terzo comma, deve essere letto nel senso che tale disposizione fissa, sul piano generale, il principio della inammissibilità dei nuovi mezzi di prova, cioè di quei mezzi di prova la cui ammissione non è stata in precedenza richiesta, e, quindi, anche delle produzioni documentali, indicando, nello stesso tempo i limiti e, quindi, le deroghe, a questa regola, attraverso l'indicazione, in via alternativa, e non concorrente, dei requisiti che detti mezzi di prova devono presentare per poter trovare ingresso in sede di gravame".

appello valevano, sia per le prove costituende che per quelle precostituite, come, appunto, i documenti.

La giurisprudenza, in tal modo, prese le distanze da quello che era l'orientamento che, nel vigore del testo dell'art. 345 c. p. c., anteriore alla riforma del 2009 e alle sentenze, a sezioni unite, del 2005, si era delineato, ovvero la possibilità, per le parti, di produrre, nel grado di appello, nuovi documenti, intendendosi per tali semplicemente quelli non prodotti in primo grado[437].

Pertanto, il divieto di produzione di nuovi mezzi di prova, veniva interpretato, dalla giurisprudenza di quell'epoca, nel senso che esso si riferiva alle sole prove costituende.

Conseguentemente, sulla base di tali considerazioni, le parti, già a partire dal 2005, nel secondo grado di giudizio, potevano produrre, per la prima volta, nuovi documenti, solo se il giudice li considerava indispensabili ai fini della decisione, oppure se la parte dimostrava di non averli potuti produrre in primo grado, per causa ad essa non imputabile. Solo in presenza di queste due deroghe, quindi, il nuovo documento poteva essere ritenuto ammissibile dal giudice di seconda istanza[438].

Tuttavia, poiché la riforma del 2012 ha abrogato il requisito dell'indispensabilità, anche con riferimento all'ammissibilità di nuovi documenti in appello, attualmente è consentita solo l'ultima ipotesi di riapertura, rispetto alle due sopra citate.

A proposito dell'ammissibilità, in secondo grado, di nuovi documenti, una volta chiarito quand'è che una simile possibilità è consentita, è

---

[437] Per l'orientamento che in giurisprudenza si era delineato durante il vigore del testo dell'art. 345, terzo comma, *anteriore alla riforma del 2009 e alle sentenze, a sezioni unite, del 2005*, vedi Corte di Cassazione 27 febbraio 2004, n. 3973, in *Guida dir.*, 2004, f. 15, 74; Corte Cassazione 08 gennaio 2004, n. 77, in *Guida dir*., 2004, f. 8, 55.

[438] A conferma del *nuovo orientamento giurisprudenziale* che, a seguito delle pronunce a sezioni unite della Corte di Cassazione del 2005 si è delineato, vedi Corte di Cassazione 05 agosto 2005, n. 16526, in *Guida dir*., 2005, f. 37, 66; Corte di Cassazione 26 giugno 2007, n. 14766, in *Foro it*., 2007, 77.

opportuno precisare che, con riguardo alla prova documentale, non si può pensare ad un giudizio di ammissibilità nel suo significato tradizionale, in quanto esso è modellato sulla base della disciplina normativa delle prove costituende.

In particolare, esso consiste in una *verifica preliminare* che il giudice deve compiere con riguardo sia al fatto da provare, sia allo strumento probatorio. Nel nostro sistema, quindi, la produzione di documenti non può essere soggetta ad un simile giudizio.

È evidente, infatti, che, rispetto ai documenti, l'eventuale valutazione d'inammissibilità da parte del giudice può, di regola, avvenire *soltanto dopo la loro produzione ed acquisizione al processo*, con la conseguenza che essi non potranno essere materialmente tolti dal fascicolo, ma, allo stesso tempo, non saranno presi in considerazione dal giudice ai fini della decisione della causa.

Ne consegue, che il c. d. giudizio di ammissibilità della prova documentale, coincide con la sua valutazione ai fini della decisione, poiché solo i documenti dotati di certa efficacia ai fini della decisione della controversia, saranno ritenuti ammissibili.

Pertanto, l'ammissibilità delle prove documentali è espressione che, come rilevato dagli Autori[439], sta ad indicare che vi possono essere fasi o gradi del rapporto processuale in cui non tanto la produzione quanto, piuttosto, la loro valorizzazione è, in linea di principio, vietata ed eccezionalmente consentita solo in presenza di determinati presupposti. (Nella specie, ai sensi dell'art. 345 c. p. c., terzo comma, nella versione novellata nel 2012, la valorizzazione del nuovo documento è consentita solo se la parte dimostri di non averli potuti produrre,nel giudizio di primo grado, per causa ad essa non imputabile. Ai sensi dell'art. 437 c. p. c., invece, la valorizzazione del nuovo documento, nel giudizio di appello, è consentita, oltre che nel caso di

[439] Per la ricostruzione del giudizio di ammissibilità, con riferimento ai nuovi documenti in appello, vedi C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, pp. 216- 217.

decadenza incolpevole della parte, anche nell'ipotesi in cui esso è indispensabile).

Dall'esame dell'art. 345 c. p. c. e, quindi, della disciplina dei "nova" in appello, ne discende che, a partire dal 1990, nel nostro ordinamento, si è delineato un modello di appello che risulta essere chiuso alle novità difensive.

Un secondo grado di giudizio così strutturato viene ad essere ricondotto, dalla dottrina, alla categoria di un appello quale revisio prioris istantiae[440].

Tuttavia, se da un lato, con la riforma del 1990, l'appello diviene mezzo d'impugnazione modellato come revisio prioris istantiae; dall'altro lato, gli Autori[441] rilevavano che, da un punto di vista sistematico, esso continuava ad essere inquadrato come mezzo di gravame, in quanto la disciplina relativa "ai motivi specifici d'appello", di cui all'art. 342 c. p. c., a seguito della riforma del 1990, non subì modifiche sostanziali.

Quest'ultima, infatti, si era limitata ad abrogare il riferimento all'art. 313 c. p. c. che la disposizione in commento conteneva[442], ma nella sostanza, i motivi specifici dell'appello, continuavano ad essere espressione dell'effetto devolutivo e il relativo giudizio si concludeva con una pronuncia sostitutiva.

---

[440] Con riferimento alle diverse categorie concettuali che la dottrina utilizza per definire i diversi modelli di appello vedi S. SATTA, *Diritto processuale civile*, III ed., Padova, 1953, p. 295.

[441] C. CECCHELLA, *L'appello speciale*, in *F. P. LUISO- R. VACCARELLA, Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, p. 304.

[442] *Art. 342 c. p. c., a seguito della novella del 1990*: "L'appello si propone con citazione contenente l'esposizione sommaria dei fatti e i motivi specifici dell'impugnazione, nonché le indicazioni prescritte nell'art. 163".
Fino al 1990 la norma prevedeva che ogni volta che l'appello doveva introdursi dinnanzi al pretore, era necessario fare riferimento alla indicazioni prescritte nell'art. 313 c. p. c.. Tale riferimento è venuto meno con la riforma del 1990 che, nel segno della collegialità del giudizio d'appello, ha escluso la possibilità di gravarsi dinnanzi al pretore.

Anche la giurisprudenza, in un primo momento, percorrendo la via tracciata dalla dottrina pressoché unanime, riteneva che l'esigenza di specificità di cui all'art. 342 c. p c., doveva ritenersi soddisfatta ogni volta che l'atto di appello consentiva di individuare, senza incertezze, il quantum appellatum e che, la struttura sostitutiva del giudizio di secondo grado, rendeva superflua qualsiasi specifica rimostranza dedotta contro la decisione di primo grado.

I motivi dell'impugnazione, anche per la Suprema Corte, almeno in un primo momento, assolvevano la mera funzione di identificare le parti della sentenza delle quali si chiedeva il riesame[443].

Successivamente, però, lo stesso organo di legittimità, in ordine alla specificità dei motivi, aveva mutato il proprio orientamento, *nel senso di una vera e propria esasperazione dell'onere di specificazione.*

Esso, infatti, aveva statuito che nell'atto di appello, oltre alla parte volitiva, che si concretizza nella manifestazione della volontà ad impugnare e, conseguentemente, nell'esatta individuazione dei limiti della devoluzione, doveva essere presente anche una parte argomentativa. In tal modo, alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata, l'appellante doveva contrapporre le proprie, al fine di incrinare il fondamento logico- giuridico delle prime.

A titolo esemplificativo è opportuno richiamare la pronuncia 06 giugno 2014, n. 12801[444], con la quale la Corte di Cassazione si era dovuta

---

[443] Con riferimento all'orientamento secondo il quale l'esigenza di specificità di cui all'art. 342 c. p. c. doveva ritenersi soddisfatta ogni volta che l'atto di appello consentiva di individuare il quantum appellatum, senza, quindi, necessità di compiere qualsiasi specifica censura contro la decisione di primo grado, vedi Corte di Cassazione 07 dicembre 1977, n. 5310, in *Giust. Civ*., 1978, I, p. 457; Corte di Cassazione 16 marzo 1984, n. 1813, in *Mass. Foro.it*, 1984, c. 356.

[444] Corte di Cassazione 06 giugno 2014, n. 12801, in *Guida al dir*., 2014, 34-35.
Per ulteriori pronunce che confermano il nuovo orientamento giurisprudenziale, vedi Corte di Cassazione 16 dicembre 2005, n. 27727, in *Giust. Civ. Mass*., 2005, 12.
Con tale pronuncia la Corte aveva affermato che "l'onere della specificazione dei motivi di Appello previsto dall'art. 342 c. p. c. assolve alla duplice funzione sia di delimitare l'ambito di esame concesso al giudice di secondo grado, in conformità del principio tanto devolutum quantum appellatum, sia di consentire la puntuale e ragionata valutazione delle critiche mosse alla decisione impugnata. Pertanto, tale

pronunciare sul testo dell'art. 342 c. p. c., vigente nel periodo anteriore alla riforma legislativa 07 agosto 2012, n. 134.

Essa aveva affermato che, sulla base dei nuovi principi che la stessa Corte aveva da tempo consolidato, "la cognizione del giudice restava circoscritta alle questioni dedotte dall'appellante attraverso specifici motivi e tale specificità esigeva che, alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata venissero contrapposte quelle dell'appellante, volte ad incrinare il fondamento logico-giuridico delle prime, non essendo, le statuizioni di una sentenza, separabili dalle argomentazioni che le sorreggono. Ne conseguiva che, nell'atto di appello, ossia nell'atto che, fissando i limiti della controversia in sede di gravame consuma il diritto potestativo di impugnazione, alla parte volitiva doveva sempre accompagnarsi, a pena di inammissibilità del gravame, rilevabile d'ufficio e non sanabile per effetto dell'attività difensiva della controparte, una parte argomentativa che confutava e contrastava le ragioni addotte dal primo giudice. A tal fine non era sufficiente che l'atto di appello consentisse di individuare le statuizioni concretamente impugnate, ma era altresì necessario, pur quando la sentenza di primo grado era censurata nella sua interezza, che le ragioni sulle quali si

---

onere può ritenersi soddisfatto solo quando l'atto di appello esprime articolate ragioni di doglianza su punti specifici della sentenza di primo grado, non essendo perciò sufficiente il generico rinvio alle difese svolte in primo grado".

Vedi anche Corte di Cassazione, *sez. unite*, 09 novembre 2011, n. 23299, in *Giust. Civ. mass.*, 2011, 11, p. 1574.

Con tale pronuncia la Corte aveva affermato che "affinchè un capo di sentenza possa ritenersi validamente impugnato, non è sufficiente che nell'atto di appello sia manifestata una volontà in tal senso, ma è necessario che sia contenuta una parte argomentativa che, contrapponendosi alla motivazione impugnata, con espressa e motivata censura, miri ad incrinarne il fondamento logico-giuridico. Ne consegue, che deve ritenersi passato in giudicato il capo della sentenza di primo grado in merito al quale, l'atto di appello si limiti a manifestare generiche perplessità, senza svolgere alcuna argomentazione idonea a confutarne il fondamento".

In questo senso si è anche pronunciata la giurisprudenza di merito, precisando che nell'atto di appello devono essere indicati tutti i punti e i capi della sentenza impugnata, anche quando la sentenza di primo grado sia stata censurata nella sua interezza: vedi Corte Appello Firenze 06 maggio 2009, n. 618, in *Guida dir*., 2009, pp. 40, 70; Corte Appello Potenza 07 aprile 2009, n. 106, in *Guida dir*., 2009, pp. 40, 77.

fondava il gravame fossero esposte con sufficiente grado di specificità da correlare, peraltro, con la motivazione della sentenza impugnata.

La stessa Corte, nella pronuncia in questione, aveva richiamato anche precedenti sentenze con le quali aveva già affermato tale orientamento, ovvero la numero 9244 del 18 aprile 2007, la numero 4068 del 19 febbraio 2009 e la numero 8771 del 13 aprile 2010.

Sulla base di tali argomentazioni, l'organo in questione, aveva dichiarato manifestamente infondato il motivo di ricorso.

La ricorrente deduceva il vizio di motivazione in ordine alla mancanza di specificità dei motivi di appello che, invece, la Corte di appello di Torino riteneva sussistente.

La Corte di Cassazione confermò quanto statuito dal giudice di seconda istanza poiché nell'atto di appello, erano del tutto assenti ragioni di doglianza dirette a confutare quelle ampie e puntuali argomentazioni che il Tribunale aveva posto a fondamento delle ragioni per le quali aveva escluso la stessa esistenza di atti di concorrenza sleale. In altri termini, aggiungeva la Corte, l'appellante, con l'appello, non spiegava per quali ragioni le specifiche motivazioni della sentenza non potessero o non dovessero essere condivise, limitandosi a considerare come inesistente la motivazione del tribunale e a chiedere alla Corte d'appello un nuovo giudizio".

Dall'esame della pronuncia in questione scaturisce che, nel caso di mancanza di specificità dei motivi, la conseguenza che ne derivava era l'inammissibilità dell'impugnazione, poiché l'attività difensiva della controparte non sanava tale nullità.

Tuttavia, in precedenti sentenze[445], la stessa Corte di Cassazione aveva affermato che, in mancanza di specificità dei motivi, la conseguenza

---

[445] Vedi Corte di Cassazione, Sez. Unite, 06 giugno 1987, n. 4991, in *Foro it*., 1987, I, p. 3037.

La sentenza in commento rappresenta un passo significativo nell'evoluzione giurisprudenziale della nozione di specificità dei motivi, poiché individua una duplice componente necessaria che l'atto di appello deve contenere: quella volitiva e quella argomentativa. Ed è in questa pronuncia che, sotto il profilo delle conseguenze

che ne derivava era la nullità sanabile per effetto della costituzione dell'appellato, con salvezza dei diritti anteriormente acquisiti.

In ogni caso, la giurisprudenza, a prescindere dalle conseguenze che faceva discendere dall'inosservanza dell'onere di specificazione dei motivi di appello, e in conseguenza del suo mutamento di orientamento, non attribuiva ad essi soltanto la funzione di delimitare l'effetto devolutivo, ma anche di criticare la sentenza impugnata, attraverso l'esplicazione dell'errore o del vizio lamentato nell'atto conclusivo del giudice di primo grado e mediante l'estrinsecazione di un giudizio prognostico difforme, rispetto a quello reso in prima istanza.

Alcuni Autori[446] hanno rilevato che, a seguito della diversa ed ulteriore funzione che il motivo di appello aveva assunto, l'oggetto del giudizio di secondo grado tendeva a spostarsi dalla fattispecie e dal diritto dedotto in primo grado, al provvedimento del giudice, più specificatamente alla verifica dell'errore o del vizio nel quale, la sentenza impugnata, era incorsa.

L'appello, quindi, a seguito delle caratteristiche che aveva assunto in ragione dell'esasperazione, da parte della giurisprudenza, dell'onere di

---

sanzionatorie, in caso di inosservanza di tale onere, l'organo di legittimità ha fatto riferimento alla nullità sanabile per effetto della costituzione dell'appellato.
Con essa, infatti, la Suprema Corte, aveva affermato che "l'atto di appello, tanto nel rito ordinario, quanto nel rito del lavoro, introduce un procedimento d'impugnazione, nel quale i poteri cognitori del giudice, all'infuori delle questioni rilevabili d'ufficio, sono circoscritti dall'iniziativa della parte istante, spettando ad essa di attivarsi per la riforma delle decisioni sfavorevoli contenute nella sentenza di primo grado. Pertanto, l'onere della specificazione dei motivi d'appello esige che la manifestazione volitiva dell'appellante, indirizzata ad ottenere la suddetta riforma, trovi un supporto argomentativo idoneo a contrastare la motivazione in proposito della sentenza impugnata, con la conseguenza che i motivi stessi devono essere più o meno articolati a seconda della maggiore o minore specificità, nel caso concreto, i quella motivazione. L'inosservanza di detto onere determina la nullità dell'atto di appello, quando nessun capo della sentenza di primo grado sia censurato con sufficiente specificazione, (nullità sanabile per effetto della costituzione dell'appellato, sia pure con salvezza dei diritti anteriormente acquisiti), ovvero, si traduce nel divieto per il giudice adito di estendere ad essi il proprio riesame, se la relativa omissione si riferisca soltanto ad alcuni capi".

[446] In tal senso vedi C. CECCHELLA, *L'appello speciale*, in *F. P. LUISO, Le impugnazioni civili*, 2013, p. 306.

specificazione dei relativi motivi, da un punto di vista sistematico e sulla base delle categorie concettuali utilizzate in materia[447], non veniva ad essere più concepito come mezzo di gravame ma come espressione di *un'impugnazione in senso stretto*[448].

Questo nuovo inquadramento sistematico dell'appello è stato confermato anche sul piano del diritto positivo, a seguito della legge di conversione 07 agosto 2012, n. 134, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83[449].

Quest'ultima, infatti, ha novellato l'art. 342 c. p. c. e ha introdotto gli artt. 348 bis e ter al codice di rito che disciplinano, rispettivamente, "l'inammissibilità dell'appello" e la "pronuncia sull'inammissibilità dell'appello".

Ai sensi del nuovo art. 342 c. p. c., "l'appello si propone con citazione contenente le indicazione prescritte dall'art. 163 c. p. c.. L'appello deve essere motivato. La motivazione dell'appello deve contenere, a pena d'inammissibilità: l'indicazione delle parti del provvedimento che s'intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

---

[447] La materia, in ordine alle impugnazioni, distingue tra "gravame" ed "impugnazioni in senso stretto".
Il "gravame" consente di riportare alla cognizione del giudice dell'impugnazione il merito complessivo della controversia. In questo caso, al giudice dell'impugnazione non si chiede tanto di giudicare di specifici errori del giudice del grado precedente, ma piuttosto di decidere una seconda volta sulla controversia.
L'impugnazione in senso stretto, invece, limita l'ambito cognitivo del giudice dell'impugnazione ai vizi della sentenza e, più in generale, agli errori del giudice del grado precedente. Si tratta d'impugnazioni che si risolvono, sostanzialmente, nel controllo della correttezza del giudizio operato in sentenza, oppure della ritualità del procedimento che ha condotto alla sentenza. (fonte *www.treccani.it*).

[448] In tal senso vedi C. CECCHELLA, *ivi*, p. 305.

[449] *Legge 07 agosto 2012, n. 134*, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese.

Tra il giorno della citazione e quello della prima udienza di trattazione devono intercorrere termini liberi non minori di quelli previsti dall'art. 163- bis".

Gli Autori[450] hanno rilevato che è dalla nuova formulazione dell'art. 342 c. p. c. che discende la configurazione stessa dell'appello, quale strumento diretto, non più a riesaminare la materia già scrutinata dal primo giudice, ma a correggere gli eventuali errori della sentenza impugnata.

Per quanto riguarda i requisiti di forma- contenuto che l'atto di appello deve contenere, la disposizione in commento fa espresso riferimento all'art. 163 c. p. c. Pertanto, nell'atto introduttivo del giudizio di secondo grado, l'appellante deve indicare:

i. l'ufficio giudiziario davanti al quale l'appello è proposto (art. 163, primo comma, punto 1, c. p. c.);
ii. il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'appellante e dell'appellato, nonché delle persone che li rappresentano o li assistono (art. 163, primo comma, punto2);
iii. l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione (art. 163, primo comma, punto 5). Tale requisito deve essere coordinato con l'art. 345 c. p. c. poiché esso esclude l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova e documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile;
iv. il nome ed il cognome del procuratore e l'indicazione della procura, qualora essa sia stata già rilasciata (art. 163 c., comma primo, punto 6, c. p. c.);
v. l'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione (art. 163, primo comma, punto 6, c. p. c.);

[450] Vedi in tal senso M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 124 ss.

vi. l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza indicata ai sensi e nelle forme di cui all'art. 166 c. p. c., ovvero di dieci giorni prima in caso di abbreviazione dei termini, e a comparire, nell'udienza indicata, dinanzi al giudice designato ai sensi dell'art. 168 bis, con **l'avvertimento** che la costituzione oltre i suddetti termini implica la decadenza dal diritto a proporre appello incidentale, ex art. 343 c. p. c., e dalla facoltà di riproposizione delle domande o delle eccezioni non accolte o assorbite in primo grado, ai sensi dell'art. 346 c. p. c.. In tale ipotesi, a differenza dell'art. 163 c. p. c., non trovano applicazione gli artt. 167 e 38 c. p. c. poiché in essi si fa riferimento, rispettivamente, alla proposizione, a pena di decadenza, delle domande riconvenzionali e delle eccezioni di merito e processuali che non siano rilevabili d'ufficio e all'eccezione di incompetenza per materia, valore e territorio, la quale, ex art. 38, deve essere rilevata, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata. Si tratta di decadenze che non sono riferibili al giudizio di appello[451]. A tal riguardo, alcuni Autori[452], ritengono, invece, che **l'avvertimento** sarebbe richiesto solo nel caso in cui la parte, in primo grado, sia stata priva di difesa tecnica, in quanto contumace o perché ha partecipato al giudizio di persona, nei casi consentiti dalla legge. Sulla scia di quest'ultimo orientamento dottrinale, la

[451] Per l'orientamento dottrinale secondo il quale **l'avvertimento** è requisito richiesto nell'atto di appello, a pena di nullità di quest'ultimo e conseguente dichiarazione di rinnovazione da parte del giudice, in caso di mancata costituzione dell'appellato, vedi TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, II ed., Milano, 2002, p. 302; M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano 2013, p. 127.
In giurisprudenza, tale impostazione trova una conferma nella Corte di Cassazione 17 gennaio 2007, n. 970, in *Guida al diritto, 2007, 12, 64*.

[452] Per l'orientamento dottrinale secondo il quale **l'avvertimento** è requisito richiesto nell'atto di appello solo nel caso in cui la parte, in primo grado, sia stata priva di difesa tecnica, vedi BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 414; CARRATO, *L'omesso avvertimento ex art. 163 n. 7 c. p. c. in appello e le possibili conseguenze processuali*, in *Corr. Giur*., 2012, p. 1085.

giurisprudenza, in alcune pronunce[453], ha affermato che non sussiste nullità dell'atto di appello, se esso non contiene l'avvertimento secondo cui l'appellato, in caso di mancata costituzione nel termine, decade dal diritto di proporre l'appello incidentale, in quanto l'art. 342 c. p. c., nel richiamare l'art. 163 c. p. c., non prevede che tale avvertimento, nel giudizio di impugnazione, debba riferirsi espressamente alla possibilità di proporre appello incidentale, tenuto anche conto del fatto che l'atto di appello viene notificato al procuratore della parte, ove costituita, dunque ad un soggetto professionalmente competente a conoscere le decadenze previste dalla legge, in caso di ritardo nella costituzione. Il contrasto tra i due orientamenti giurisprudenziali, ossia tra quello che riteneva che l'avvertimento fosse elemento necessario e la sua mancanza determinava nullità, e l'altro che, invece, sosteneva che l'avvertimento non occorreva se la notificazione dell'atto di appello era diretta al procuratore costituito in primo grado, è stato risolto dalla Corte di Cassazione, a sezioni unite, con la pronuncia 18 aprile 2013, n. 9407[454]. In particolare, nella sentenza in esame, il ricorrente affermava che l'art. 342 c. p. c., nel richiamare le indicazioni prescritte all'art. 163 c. p. c., avrebbe richiesto che l'atto di appello contenesse anche l'avvertimento prescritto al numero sette dell'art. 163 c. p. c., in ordine alle decadenze conseguenti alla tardiva costituzione in giudizio, con la conseguenza della nullità dell'atto introduttivo del giudizio d'impugnazione, ex art. 164 c. p. c., in caso di

---

[453] Per il diverso orientamento giurisprudenziale secondo il quale la mancanza di avvertimento non determina la nullità dell'atto di appello, vedi Corte di Cassazione 30 dicembre 2011, n. 30603, in *Giust. Civ. mass, 2011, 12, 1922*; Corte di Appello di Caltanisetta 31 gennaio 2007, in *Foro it*., 2007, I, p. 1591; Corte di Cassazione 23 dicembre 2011, n. 28676, in *Giust. Civ. mass., 2011, 12, 1849*.

[454] Vedi Corte Cassazione 18 aprile 2013, sez. unite, n. 9407, in *Giust. Civ. Mass., 2013*.

mancata costituzione dell'appellato. Tale impostazione, come argomentato dalla stessa Corte di Cassazione nella sentenza in esame, era conforme al primo orientamento giurisprudenziale che sul punto si era delineato, ovvero quello secondo il quale la mancata indicazione nell'atto di appello dell'avvertimento determinava, in caso di mancata costituzione dell'appellato, la nullità dell'atto introduttivo, con conseguente dichiarazione, da parte del giudice, della rinnovazione, ai sensi dell'art. 164 c. p. c., poiché tale elemento era posto a garanzia della parte appellata. Successivamente, però, nella stessa giurisprudenza di legittimità, proseguiva la Corte, si era venuta a delineare una diversa impostazione, in particolare, a partire dalla pronuncia del 23 dicembre del 2011, n. 28676, era stato affermato che l'omissione dell'avvertimento a comparire, nell'atto di appello notificato al difensore dell'appellato costituito in primo grado e, dunque, a soggetto che deve essere a perfetta conoscenza degli obblighi e delle facoltà inerenti alla difesa in appello, non acquistava rilievo idoneo a determinare la rinnovazione dell'atto di appello, a meno che l'appellato non dimostrava lo specifico e concreto pregiudizio subito per effetto di detta omissione, e perciò non consentiva di ricondurre il censurato vizio processuale alla violazione dei principi del giusto processo; altrimenti l'avvertimento non aveva senso in caso di appellato costituito in primo grado. È proprio quest'ultimo orientamento che le Sezioni Unite, nella pronuncia in questione, hanno condiviso osservando che, in generale, la conoscenza delle regole processuali per la parte che agisce o che è evocata in giudizio, discende dalla regola della legale conoscenza della legge e, quindi, della tendenziale non scusabilità dell'errore di diritto. A fronte di questo canone generale, quindi, proseguivano le Sezioni Unite, le prescrizioni

"di avvertimenti" che ricordano alla parte il contenuto di una determinata regola processuale costituiscono deroghe a tale principio ed, in quanto disposizioni speciali, sono norme di sistema che mal si prestano all'estensione in via interpretativa. Inoltre, sottolinea la Corte, la prescrizione dell'avvertimento tutela sì la parte destinataria dello stesso, ma non può costituire, per la parte onerata a comunicare l'avvertimento, un onere che, ove fosse di contenuto non testualmente definito, sarebbe già per ciò solo, in quanto sanzionato dalla nullità dell'atto, non proporzionato all'esigenza di tutela della controparte. In conclusione la Corte afferma che "il carattere derogatorio e speciale della prescrizione che reca l'onere dell'avvertimento comporta che anche per l'appello avrebbe dovuto esserci un'espressa previsione analoga a quella prevista per il giudizio di primo grado; espressa previsione che, invece, nell'art. 342 c. p. c. è mancata sia in occasione della riforma processuale del 1990, sia in sede di recente novellazione della norma. (ex D.L. n. 83 del 2012)";

vii. La sottoscrizione a norma dell'art. 125 c. p. c. (art. 163, secondo comma, c. p. c.);

viii. Infine, per quanto riguarda i punti tre e quattro dell'art. 163 c. p. c., ai quali l'art. 342 c. p. c. rinvia, e che disciplinano, rispettivamente, la determinazione della cosa oggetto della domanda e l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni, la riscrittura dell'art. 342, ad opera del d. l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in l. 07 agosto 2012, n. 134, ha soppresso il riferimento all'esposizione sommaria dei fatti e, al contempo, ha precisato la nozione di specificità dei motivi. In tal modo è venuta meno la sovrapposizione tra la previsione dell'esposizione sommaria

dei fatti, a cui la norma faceva riferimento, e l'esposizione dei fatti tali da integrare la causa petendi. In altri termini, il rinvio ai punti tre e quattro dell'art. 163 c. p. c. che l'attuale art. 342 c. p. c. effettua, va ad assorbire l'esposizione sommaria dei fatti a cui la norma in precedenza faceva espresso riferimento, e deve essere inteso come riferito allo svolgimento del giudizio di primo grado, poiché è aspetto, quest'ultimo, che costituisce il presupposto per la formulazione specifica dei motivi d'impugnazione. A tal proposito è stato rilevato, da alcuni Autori[455], che l'orientamento giurisprudenziale che si era formato durante la vigenza del vecchio testo dell'art. 342 c. p. c., in ordine al requisito "dell'esposizione sommaria dei fatti" e che ho esaminato nella sede opportuna, deve essere rivisitato poiché, la nuova formulazione dell'art. 342 c. p. c., induce a ritenere che, accanto agli specifici motivi di impugnazione, l'atto di appello deve contenere anche l'apposita parte espositiva che si riferisce, appunto, all'esposizione dei fatti. Taluni, quindi, a seguito della riformulazione dell'art. 342 c. p. c., ritengono che quest'ultima deve essere formulata in modo chiaro e separato, al fine di consentire al giudice di essere

[455] M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, pp. 128- 129.
A tal proposito è opportuno sottolineare che, se da un lato, vi sono Autori che hanno sostenuto che l'elemento rappresentato "dall'esposizione sommaria dei fatti", eliminato a seguito della novella, è stato assorbito dall'art. 163, nn. 3 e 4, c. p. c. e che, quindi, sotto tale profilo la riscrittura dell'art. 342 c. p. c. sembra aver migliorato la formulazione della norma; dall'altro lato, invece, ce Chi critica la riforma, anche con riferimento a tale profilo, poiché ritiene che, prescindendo dalle prassi virtuose che vedranno gli atti delle parti nel giudizio di appello corredati da una sommaria esposizione dello svolgimento del giudizio di primo grado, occorre prendere atto che il legislatore presuppone che sia il giudice di appello a ricostruire lo svolgimento del procedimento in primo grado, nei limiti in cui a tanto sia chiamato dall'appellante attraverso l'indicazione delle modifiche richieste alla ricostruzione del fatto, o delle circostanze da cui deriva la dedotta violazione di legge. I sostenitori di questo diverso orientamento ritengono che si tratta di una complicazione inutile, che poteva essere evitata mantenendo, nel testo dell'art. 342 c. p. c., il riferimento alla sommaria esposizione dei fatti.
Fra i sostenitori della prima opinione si colloca M. DI MARZIO, *L'appello civile riformato dopo la riforma*, *ibidem*: fra i sostenitori del secondo orientamento si colloca TOMMASO GALLETTO, "*Doppio filtro in appello", "doppia conforme" e danni collaterali*, in *www. Judicium. It*.

messo nella condizione di poter prendere atto dell'impugnazione formulata, senza che sia lui stesso a dover ingerirsi nella formulazione della stessa.

L'art. 342 c. p. c., se da un lato rinvia all'art. 163 c. p. c., dall'altro lato, nulla dice in ordine al regime sanzionatorio che deve essere applicato nel caso in cui l'atto di appello è viziato, sia sotto il profilo della vocatio in ius, che della editio actionis. In altri termini, sia la dottrina che la giurisprudenza, dato il silenzio del legislatore, hanno affrontato la questione dell'applicabilità o meno, all'atto di appello, dell'art. 164 c. p. c., in quanto l'art. 359 c. p. c. stabilisce che nel giudizio di appello si osservano, in quanto applicabili, le norme dettate per il procedimento di primo grado davanti al tribunale.

Tale questione, tuttavia, con *riferimento alla mancanza del requisito di specificità dei motivi di appello*, oggi, risulta essere risolta poiché il legislatore della riforma, all'art. 342 c. p. c., ha previsto, espressamente, che in caso di omessa specificità dei motivi d'appello il regime sanzionatorio da applicare è quello dell'inammissibilità.

In realtà, già in precedenza la giurisprudenza, *in ordine all'inosservanza dell'onere di specificazione dei motivi*, era giunta a tale soluzione; in particolare la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la pronuncia 29 gennaio 2000, n. 16[456], aveva statuito che "l'art. 164 c. p. c. non è applicabile in tema di appello in virtù del rinvio generale contenuto all'art. 359 c. p. c., in quanto, al fine dell'applicabilità delle norme dettate per il procedimento di primo grado, è necessario che tali norme superino il giudizio di compatibilità con le disposizioni del capo II del Libro II del codice di rito. Questo giudizio di compatibilità, affermava la Corte, non è superato dall'art. 164, secondo comma, c. p. c., in quanto lo scopo dell'atto di citazione di primo grado è quello di costituire il rapporto giuridico processuale; lo scopo dell'atto di appello, invece, oltre a quello della costituzione

[456] Corte di Cassazione, Sez. Unite, 29 gennaio 2000, n. 16, in *Giust. Civ*., 2000, I, p. 673.

del rapporto giuridico d'impugnazione, è anche quello di evitare il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, attraverso la denuncia della ingiustizia. Di conseguenza, mentre la costituzione del convenuto, nel giudizio di primo grado, sana i vizi dell'atto di citazione, poiché lo scopo viene raggiunto; la costituzione dell'appellato, nel giudizio d'appello, invece, consente di raggiungere solo lo scopo della costituzione del rapporto giuridico ma non anche quello dell'impedimento del passaggio in giudicato della sentenza impugnata. Quest'ultimo, aggiungeva la Corte, solo con il comportamento conforme dell'appellante alle prescrizioni contenute all'art. 342 c. p. c. può essere raggiunto, in quanto l'appellato, data l'indisponibilità degli effetti che derivano dall'inosservanza della disposizione in commento, non può rimuoverli e, dall'altro lato, l'appellante non può rimediare alla nullità attraverso la specificazione dei motivi in corso di causa.

Sulla base di tali considerazioni l'organo di legittimità sosteneva che, data la rilevata inapplicabilità dell'art. 164, comma secondo, c. p. c. all'atto di appello, redatto in violazione dell'art. 342 c. p. c., sotto il profilo della specificità dei motivi, tale nullità doveva essere sanzionata con la pronuncia d'inammissibilità proprio perché il giudice, rilevato il vizio dell'atto inducente il passaggio in giudicato della sentenza, non può non rilevare che il giudizio d'impugnazione non può giungere alla sua naturale conclusione e cioè al giudizio sulla denunciata ingiustizia della pronuncia impugnata. Ai sensi dell'art. 358 c. p. c., precisava la Corte, restava salvo il potere dell'appellante di rinnovare l'atto, privo dei vizi di cui all'art. 342 c. p. c., purchè l'inammissibilità non era stata ancora dichiarata e non erano decorsi i termini dell'impugnazione.

In particolare, il Collegio, affermò che, seppure il codice di rito si limita, in tema di appello, a prevedere l'inammissibilità come conseguenza di determinati atti o comportamenti e a dettare le

conseguenze della stessa (art. 358 c. p. c.),tale sanzione doveva ritenersi applicabile ogniqualvolta si era in presenza di un atto di appello che, per il momento in cui era compiuto (si pensi all'impugnazione proposta oltre i termini) o perché contrario ad atti o comportamenti precedenti o contemporanei alla proposizione dell'atto (acquiescenza totale o parziale, art. 329 c. p. c.) o per la sua difformità rispetto al modello che lo prevede (violazione art. 342 c. p. c.), non consentivano al giudice di accedere all'esame, nel merito, della revisio prioris instantiae richiesta, qualora questi vizi non potevano venire meno né attraverso la cooperazione dell'appellato, né attraverso il comportamento dell'appellante.

In conclusione, quindi, la Suprema Corte aveva ritenuto che, attesa l'inapplicabilità all'atto di citazione di appello dell'art. 164 c. p. c., incompatibile con il disposto dell'art. 359 c. p. c., l'inosservanza dell'onere di specificazione dei motivi, imposto dall'art. 342 c. p. c., integrava una nullità che determinava l'inammissibilità dell'impugnazione, con conseguente effetto del passaggio in giudicato della sentenza impugnata, senza alcuna possibilità di sanatoria dell'atto a seguito della costituzione dell'appellato e senza che tale effetto potesse essere rimosso dalla specificazione dei motivi avvenuta in corso di causa".

Con tale pronuncia, quindi, la giurisprudenza non ha fatto altro che anticipare ciò che poi il legislatore, con la legge 07 agosto 2012, n. 134, di conversione del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, ha espressamente codificato all'art. 342 c. p. c., in ordine alla mancanza di specificità del motivi d'appello.

In ordine, invece, al regime sanzionatorio da applicare in caso di *nullità dell'atto di appello per vizio inerente alla vocatio in ius o alla editio actionis*, il legislatore della riforma è rimasto in silenzio nonostante che, sul punto, la giurisprudenza, durante la vigenza del

vecchio art. 342 c. p. c., il quale già faceva espresso riferimento all'art. 163 c. p. c., non era concorde.

In particolare, sulla base di ciò che le Sezioni Unite, con riferimento alla mancanza dell'onere di specificazione dei motivi, avevano affermato, ossia che lo scopo dell'atto di appello è anche quello di evitare il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado e che, tale scopo, può essere raggiunto solo attraverso il comportamento dell'appellante conforme alle previsioni di cui all'art. 342 c. p. c., la Suprema Corte, in un'occasione, in particolare nella sentenza 25 febbraio 2004, n. 3809[457], aveva affermato che, "stante l'inapplicabilità dell'art. 164 c. p. c. al giudizio di appello, la nullità dell'atto di citazione in appello dipendente da vizi della vocatio in ius, non poteva essere sanata con la costituzione dell'appellato, né con la rinnovazione della citazione, in quanto solo l'atto conforme alla prescrizioni di cui all'art. 342 c. p. c. era idoneo ad impedire la decadenza dall'impugnazione e, quindi, il passaggio in giudicato della sentenza impugnata; ne conseguiva, proseguiva la Corte, che il giudizio di appello introdotto a mezzo di un atto di citazione nullo doveva essere dichiarato inammissibile".

Tale decisione è stata criticata dalla dottrina in quanto, per alcuni Autori[458], essa si traduceva in un diniego della giustizia.

Tuttavia, come già anticipavo, la giurisprudenza, su tale questione, non era concorde ed, infatti, nelle pronunce successive, essa ha seguito l'orientamento opposto, ovvero l'art. 164 c. p. c. trova applicazione anche nel giudizio di appello.

Nella sentenza 09 agosto 2007, n. 17474[459], infatti, la Corte di Cassazione ha affermato che, "in relazione alla nullità dell'atto di

---

[457] Vedi Corte di Cassazione 25 febbraio 2004, n. 3809, in *Giust. Civ. mass*., 2004, 2.

[458] Vedi BALENA, Nullità *della citazione d'appello per vizi della vocatio in ius: un'applicazione ovvia e una disapplicazione sconcertante dell'art. 164 c. p. c*., in *Foro it*., 2005, I, p. 183; DE CRISTOFARO, *Sanatoria (e giustizia) negata: dell'ostinazione contra legem della Suprema Corte a considerare insanabili i vizi dell'atto di appello concernenti la vocatio in ius*, in *Corr. Giur*., 2004, p. 753.

citazione in appello, la disciplina dettata dall'art. 164 c. p. c.[460] opera una distinzione in ordine alle conseguenze della costituzione del convenuto, giacchè mentre i vizi afferenti alla vocatio in ius sono sananti con effetto ex tunc, quelli relativi alla editio actionis sono sananti con effetto ex nunc. Di conseguenza, proseguiva la Corte, ove nell'atto di appello manchi l'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione, del giudice adito e del soggetto convenuto, la relativa nullità è sanata, con effetto sin dalla notificazione dello stesso atto di appello, dalla costituzione del convenuto, la quale, anche se avvenuta quando sia già decorso il termine d'impugnazione, vale ad escludere l'inammissibilità dell'impugnazione ed il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado".

---

[459] Vedi Corte di Cassazione 09 agosto 2007, n. 17474, in *Giust. Civ. mass*. 2007, 7-8.

[460] *Ai sensi dell'art. 164 c. p. c*., "la citazione è nulla se è omesso o risulta assolutamente incerto alcuno dei requisiti stabiliti nei numeri 1 e 2 dell'art. 163 c. p. c., se manca l'indicazione della data dell'udienza di comparizione, se è stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello stabilito dalla legge, ovvero se manca l'avvertimento previsto dal numero 7 dell'art. 163 c. p. c.
Se il convenuto non si costituisce in giudizio, il giudice, rilevata la nullità della citazione ai sensi del primo comma, ne dispone d'ufficio la rinnovazione entro un termine perentorio. Questa sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione.
Se la rinnovazione non viene eseguita, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue a norma dell'art. 307 c. p. c., terzo comma.
La costituzione del convenuto sana i vizi della citazione e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali di cui al secondo comma; tuttavia, se il convenuto deduce l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7 dell'art. 163 c. p. c., il giudice fissa una nuova udienza nel rispetto dei termini.
La citazione è altresì nulla se è omesso o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito nel numero 3 dell'art. 163 ovvero se manca l'espressione dei fatti di cui al numero 4 dello steso articolo.
Il giudice, rilevata la nullità ai sensi del comma precedente, fissa all'attore un termine perentorio per rinnovare la citazione, o se il convenuto si è costituito, per integrare la domanda. Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti quesiti (essi costituiscono una categoria di diritti che sono divenuti immutabili con il decorso del tempo) anteriormente alla rinnovazione od integrazione.
Nel caso d'integrazione della domanda, il giudice fissa l'udienza ai sensi del secondo comma dell'art. 183 e si applica l'art. 167".

È quest'ultimo orientamento giurisprudenziale che la stessa Corte di Cassazione segue nelle pronunce successive[461].

Addirittura, nella sentenza del 16 ottobre 2009, n. 22024[462], essa aveva affermato che la rinnovazione volontaria dell'atto di appello, affetto da nullità per vizio inerente la vocatio in ius, ovvero la rinnovazione eseguita dall'appellante prima che il giudice l'abbia ordinata, è idonea a sanare i vizi con efficacia dal momento della prima notificazione.

Per quanto riguarda, invece, la *nullità della citazione in appello per vizi inerenti alla editio actionis*, alcuni Autori[463] ritengono che, anche in tali ipotesi, trova applicazione l'art. 164 c. p. c., quindi la sanatoria ha efficacia ex nunc. Di conseguenza, sulla base di tale orientamento, la rinnovazione della citazione dopo il decorso dei termini per l'impugnazione, non esclude la dichiarazione d'inammissibilità dell'appello[464]; nel caso, invece, in cui la sanatoria viene ad essere disposta ma l'appellante non procede alla rinnovazione o all'integrazione della citazione nel termine, il giudizio d'impugnazione si conclude in rito, mediante la dichiarazione di nullità della citazione in appello.

---

[461] Vedi Corte di Cassazione 01 luglio 2008, n. 17951, in *Giust. Civ. mass*., 2008, 7-8, 1065.
Corte di Cassazione 28 maggio 2010, n. 13128, in *Giust. Civ. mass*., 2010, 5, 832.
Corte di Cassazione 04 aprile 2011, n. 7619, in *Giust. Civ. mass*., 2011, 4, 539.

[462] Corte di Cassazione 16 ottobre 2009, n. 22024, in *Foro it*., 2010, I, p. 3496.

[463] Per l'applicabilità dell'art. 164 c. p. c. all'atto di appello che risulta essere nullo per vizio inerente l'editio actionis, vedi CHIARLONI, *Appello (dir. Proc. Civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1995, p. 11; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, p. 144; CONSOLO- LUISO- SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 375; COMOGLIO-FERRI- TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, II ed., Bologna, 1998, p. 808.

[464] A tal proposito è opportuno tenere presente il fermo indirizzo della Corte di Cassazione secondo il quale, la notificazione dell'atto di appello, *anche se viziato*, fa decorrere, per l'appellante, il termine breve per l'impugnazione.
Tale indirizzo è stato affermato dalla Corte di Cassazione a partire dalla pronuncia 20 maggio 1982, n. 3111, in *Giust. Civ*., 1983, I, p. 953.
Per una riprova del consolidamento di tale impostazione vedi Corte di Cassazione 11 luglio 2012, n. 11762, in *Giust. Civ. mass*., 2012, 7-8, 904.

Secondo Altri[465], invece, nel caso di nullità della citazione per vizi dell'editio actionis, non è applicabile l'art. 164 c. p. c. in quanto, una simile ipotesi, è da accostare al caso della mancata specificazione dei motivi dell'impugnazione per la quale, appunto, ancor prima che il legislatore della riforma lo prevedesse espressamente, non operava nessuna sanatoria.

Continuando con l'esame del nuovo art. 342 c. p. c., *per quanto riguarda il profilo relativo ai motivi di appello*, il quale costituisce il cuore della riforma, in quanto è proprio in ragione della diversa funzione che viene ad essere attribuita alla motivazione che l'appello, da un punto di vista sistematico, non è più considerato mezzo di gravame ma impugnazione in senso stretto, il legislatore della riforma, nella sostanza, ha provveduto ad esplicare in modo più chiaro e completo quanto già era stato affermato dalla giurisprudenza, durante la vigenza del vecchio art. 342 c. p. c..

Essa, infatti, come già ho spiegato nel momento in cui ho esaminato la normativa contenuta nell'art. 342 c. p. c., nella versione anteriore alla novella del 2012, era giunta ad affermare che l'atto di appello deve essere formulato in modo tale da consentire, al giudice di secondo grado, di individuare, oltre che le parti di cui l'appellante chiede la riforma, anche gli errori, in iudicando o in procedendo, dei quali esse sono affette.

Un Autore dell'epoca[466] aveva sintetizzato tale nuovo orientamento giurisprudenziale sostenendo che, "il motivo di appello poteva essere considerato specifico quando, in base ad un giudizio ex ante, l'eventuale fondatezza dell'argomentazione avrebbe privato di base logica la sentenza impugnata".

---

[465] Per la mancata applicazione dell'art. 164 c. p. c. all'atto di appello nullo per vizio inerente all'editio actionis, vedi PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1999, p. 530.

[466] Cfr POLI, *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. Dir. Proc*., 2006, p. 1399.

Nel nuovo art. 342 c. p. c., infatti, si prevede che l'appellante deve indicare: le parti del provvedimento che intende appellare e le modifiche che richiede alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; le circostanze da cui deriva la violazione della legge e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

L'appellante, quindi, deve dire quali parti della sentenza vuole sottoporre a censura e quale avrebbe dovuto essere la decisione alternativa che il giudice di primo grado avrebbe dovuto assumere, andando ad indicare anche i relativi elementi di supporto.

Più specificatamente, per quanto riguarda il primo profilo, il soggetto che propone l'appello deve indicare, nell'atto di citazione, i singoli passaggi motivazionali, della sentenza di primo grado, che ritiene errati, precisando non soltanto *come* ma anche, come da alcuni Autori[467] è stato rilevato, dato il silenzio della legge, *perché* il fatto sarebbe dovuto essere stato ricostruito in modo diverso rispetto a quanto statuito dal giudice di prima istanza.

Di conseguenza, se l'atto introduttivo del giudizio di secondo grado non contiene le ragioni per cui la diversa ricostruzione del fatto condurrebbe ad un capovolgimento della sentenza impugnata, l'appello è inammissibile.

Per quanto riguarda, invece, il secondo profilo, la dottrina[468] ha affermato che, l'espressione con la quale il legislatore ha previsto che l'appellante deve indicare "le circostanze da cui deriva la violazione della legge", deve essere riferita agli errori commessi dal giudice di primo grado, al momento della ricostruzione della fattispecie giuridica.

---

[467] Gli Autori hanno rilevato che, anche se la norma non lo prevede espressamente, l'appellante deve indicare anche il *perché* della diversa ricostruzione del fatto in quanto, oltre a trattarsi di una puntualizzazione ovvia, è la stessa disposizione che, subito dopo, lo chiarisce con riguardo alle violazioni di legge.
A tal riguardo vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 134.

[468] Vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, *ivi*, p. 135; GIANLUCA LUDOVICI, *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, in *www. Judicium.it*.

Inoltre, dal tenore letterale della disposizione in commento, si deduce che l'appellante ha anche l'onere di indicare la rilevanza delle circostanze e, quindi, dell'errore commesso dal giudice, ai fini della decisione impugnata.

Dunque, non è sufficiente che il giudice di primo grado abbia errato nell'interpretazione e/o applicazione delle norme di legge in quanto, tale errore, ai fini dell'accoglimento dell'impugnazione, deve pure avere avuto un peso specifico tale da aver indotto il giudice ad una decisione sostanzialmente non corretta.

Tale precisazione, secondo gli studiosi della materia[469], trova un suo fondamento giustificativo nel fatto che è possibile che la sentenza, oggetto d'impugnazione, pur essendo erroneamente motivata in iure sia, comunque, conforme a diritto.

Si possono, quindi, verificare casi in cui pur essendo sussistente un errore di diritto, esso viene ad essere considerato "innocuo" e come tale conducente, non tanto ad una sentenza di rigetto nel merito, ma ad una preliminare e pregiudiziale declaratoria d'inammissibilità dell'impugnazione, in quanto non rilevante ai fini della decisione impugnata.

Infine, gli stessi studiosi della materia, hanno rilevato che, ai fini dell'ammissibilità dell'appello, l'appellante può denunciare, *disgiuntamente*, errori concernenti la ricostruzione del fatto oppure l'applicazione della legge in quanto, il legislatore, ha formulato la norma in modo tale da escludere che, ai fini dell'accoglimento dell'impugnazione, il giudice di primo deve aver cumulativamente errato tanto a ricostruire il fatto quanto ad applicare il diritto.

Tuttavia, se da un lato, il legislatore del 2012 ha recepito, sul piano normativo, l'impostazione giurisprudenziale che, con riguardo alla specificità dei motivi, si era consolidata da oltre un decennio, dall'altro

---

[469] Vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, *ibidem*; GIANLUCA LUDOVICI, *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito*, *ibidem*.

lato, secondo una parte della dottrina, egli ha introdotto un importante aspetto di novità, ovvero ha *limitato i motivi suscettibili di essere spesi in appello*.

Secondo Alcuni Autori, infatti, poiché dal tenore letterario della norma in esame si deduce che i motivi d'appello debbono attenere, alternativamente, *ma necessariamente*, alla ricostruzione del fatto o a violazioni di legge, ciò comporta che, né nell'uno né nell'altro versante, possa essere ricompresa l'ipotesi d'impugnazione della sentenza di primo grado sotto il profilo della sufficienza e non contraddittorietà della motivazione, né tantomeno della sua generica congruità[470]. Secondo tale impostazione, quindi, non può costituire motivo di appello, ex del nuovo art. 342 c. p. c., l'ipotesi prevista al numero cinque del previgente art. 360 c. p. c., nel quale, appunto, si stabiliva che "l'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio", legittimava la proposizione del ricorso in cassazione.

I fautori di tale orientamento argomentano la loro posizione sostenendo che l'espressione "ricostruzione del fatto", non menzionata in precedenza nel codice di rito, alla luce dell'art. 12 disposizioni preliminari codice civile[471], deve essere riferita al fatto nella sua oggettività: con essa, come è stato rilevato, si allude ai fatti accaduti nel mondo fenomenico e non alla valutazione di essi.

---

[470] Per l'opinione secondo la quale, a seguito della novella dell'art. 342 c. p. c., il sindacato sulla congruità della motivazione non è motivo spendibile in appello, vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, *ivi*, p. 137- 138.
Per l'opinione opposta, secondo cui non vi sarebbe ragione di dubitare che ancor oggi possono essere censurate tutte le parti della sentenza, vedi FABIANI, *Oggetto e contenuto dell'appello civile*, in *Foro. It*, 2012, IV, p. 286.

[471] *Art. 12 disposizioni preliminari codice civile, primo comma*: "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore".

Sulla base di tale interpretazione, è evidente che, per il tramite della denuncia della ricostruzione del fatto, non può ipotizzarsi il sindacato di congruità della motivazione.

Quest'ultimo, tuttavia, come rilevato dai sostenitori di tale opinione, non può presumersi nemmeno per il tramite della denuncia del vizio di violazione di legge, in quanto tale vizio, secondo la Suprema Corte, ricorre in caso di motivazione omessa o di motivazione apparente, ovvero di motivazione che si sostanzia in argomentazioni inidonee a rilevare la ratio decidendi, o comunque obbiettivamente incomprensibili. Conseguentemente, la motivazione non irragionevole, ma pur sempre opinabile, anche quando tale opinabilità si manifesta in modo forte, non costituisce fattispecie di violazione di legge e, quindi, non può essere censurata quale motivo di appello, ai sensi del nuovo art. 342 c. p. c..

Coloro che sostengono che non si può proporre appello deducendo l'incongruità della motivazione della sentenza di primo grado, quale motivo d'impugnazione, in quanto, una simile ipotesi, ai sensi del nuovo art. 342 c. p. c., non può essere introdotta in sede di appello, nè per il tramite della ricostruzione del fatto nè del vizio della violazione di legge, hanno anche rilevato che questa nuova conformazione dell'appello si pone in perfetta armonia con il nuovo art. 360, punto cinque, c. p. c., il quale, a seguito della legge 07 agosto 2012, n. 134, di conversione del d. l. 22 giugno 2012, n. 83, consente di ricorrere per cassazione "per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti".

Dunque, in entrambe le disposizioni, è la ricostruzione del fatto nella sua oggettività, e non la sua valutazione, a venire in considerazione.

Un ulteriore aspetto di novità che il legislatore della riforma ha introdotto, riguarda il profilo delle conseguenze che discendono dalla mancanza di specificità dei motivi, in quanto nell'art. 342 c. p. c., si

prevede espressamente che una simile omissione deve essere sanzionata con *l'inammissibilità dell'impugnazione*.

Una simile statuizione non era presente nella formulazione anteriore.

Come già ho anticipato nel momento in cui ho affrontato il tema della sanatoria dell'atto di appello, per vizio attinente la vocatio in ius o l'editio actionis, il legislatore del 2012, con riferimento al profilo sanzionatorio da applicare in caso di mancanza di specificità dei motivi, non ha fatto altro che recepire quanto già la Corte di Cassazione, a sezioni unite, aveva statuito con la pronuncia 29 gennaio 2000, n. 16, già ampliamente esaminata.

Mi limito ad aggiungere che la soluzione adottata dalle Sezioni Unite e, poi, codificata dal legislatore, produce effetti anche sull'appello incidentale eventualmente proposto tardivamente in quanto in tal caso, ai sensi del secondo comma dell'art. 334 c. p. c., se l'impugnazione principale è dichiarata inammissibile, l'impugnazione incidentale perde ogni efficacia.

Infine, per completare l'esame della normativa contenuta nell'art. 342 c. p. c., il secondo comma, rimasto immutato a seguito della riforma del 2012, prevede che "tra il giorno della citazione e quello della prima udienza di trattazione devono intercorrere termini liberi non minori di quelli previsti all'art. 163-bis, ovvero novanta giorni, se il luogo della notificazione si trova in Italia, centocinquanta giorni, se si trova all'estero".

Conclusa la trattazione della disciplina relativa ai nuovi requisiti di forma-contenuto dell'atto di appello, ovvero dell'art. 342 c. p. c., è possibile passare all'esame dell'art. 348-bis c. p. c..

Tengo a precisare che, è a queste due disposizioni che gli Autori[472], a seguito della riforma del 2012, fanno riferimento, quando utilizzano l'espressione "Doppio filtro in appello".

---

[472] Vedi T. GALLETTO, "*Doppio filtro" in appello, "doppia conforme" e danni collaterali"*, in *www. Judicium. It*.

In particolare, il primo filtro di ammissibilità dell'appello riguarda la nuova disciplina dei motivi in quanto, il legislatore, sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale che da tempo si era consolidato, ha dettato una normativa che prevede una rigorosa specificazione di essi; il secondo filtro di ammissibilità, invece, è costituito dall'art. 348 bis c. p. c. nel quale si prevede che, "*Fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta.*

Il comma uno non si applica quando:

a) *L'appello è proposto relativamente a una delle cause di cui all'art. 70, comma uno;*
b) *L'appello è proposto a norma dell'art. 702- quater*".

Da una prima lettura della norma deduciamo che, nel caso in cui il giudice di secondo grado ritiene che l'impugnazione, ragionevolmente, non verrà ad essere accolta, esso, ex art. dell'art. 348 ter c. p. c., nella prima udienza di trattazione dell'appello, prima di procedere oltre, sentite le parti, provvede a dichiarare inammissibile l'appello con ordinanza succintamente motivata.

Il legislatore della riforma, quindi, ha introdotto una vera e propria *udienza filtro* nel giudizio di appello.

Da queste premesse di carattere generale discende, come è stato rilevato[473], che, con la riforma del 2012, l'appello non si sostanzia più in una rinnovazione del giudizio di primo grado poiché, sotto il profilo sistematico, ha assunto le caratteristiche di un'impugnazione in senso stretto. È la sentenza del giudice di prima istanza che, infatti, diventa il vero obbiettivo del giudizio di seconda istanza in quanto il legislatore, non solo ha esasperato il motivo di critica, prevedendone l'inammissibilità in caso di mancata specificazione di essa, ma ha

[473] Vedi C. CECCHELLA, *L'appello speciale*, in *F. P. LUISO- R. VACCARELLA*, *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, p. 309.

anche previsto che quest'ultimo costituisce ragione di ammissibilità del mezzo.

Dunque, con l'introduzione dell'art. 348 bis, il legislatore della riforma, ha introdotto un nuovo motivo di inammissibilità dell'appello, oltre a quello dell'art. 342 c. p. c..

Tuttavia, come è stato rilevato, l'inammissibilità segue via formali diverse: quella della sentenza, quando l'inammissibilità deriva dalla mancata specificazione dei motivi; quella dell'ordinanza, quando l'inammissibilità è fondata sul merito del motivo.

Si tratta di una soluzione che è frutto dell'elaborazione della Dottrina[474], in quanto, il legislatore della riforma, se da un lato, ha espressamente previsto queste due nuove ipotesi di inammissibilità, dall'altro lato, con riferimento all'art. 342 c. p. c., nulla dice in ordine al come ed al quando il giudice d'appello, in questa ipotesi, rileva l'inammissibilità.

Le ragioni che hanno spinto la maggioranza degli Autori a ritenere che l'inammissibilità dell'appello dovuta alla mancata specificazione dei motivi deve essere dichiarata con sentenza e non con ordinanza, ex dell'art. 348 ter c. p. c., sono molteplici: innanzitutto, alla parte non può essere sottratto il diritto di far valere la violazione di legge in sede di legittimità, con riferimento ad una pronuncia che riguarda i requisiti

---

[474] Fra i sostenitori dell'elaborazione dottrinale che ho ricostruito vedi C. CECCHELLA, *L'appello speciale*, in *F. P. LUISO, Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, pp. 308- 309; T. GALLETTO, "*Doppio filtro" in appello, "doppia conforme" e danni collaterali*, in *www. Judicium.it*.

Tra coloro che ritengono che l'inammissibilità dell'appello per mancata specificazione dei motivi deve essere dichiarata con sentenza e non con ordinanza, ex art. 348-bis c. p. c., vedi anche G. IMPAGNATIELLO, *Il "filtro" di ammissibilità dell'appello*, in *Foro it*., 2012, V, p. 297; D. GROSSI, *Il diritto di difesa ed i poteri del giudice nelle riforma delle impugnazioni*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ*., 2013, p. 1021 ss.

Fra gli Autori, anche se minoritari, che assumono una posizione diversa, si colloca M. MOCCI, in *Giur. Merito, 2012, 10, 2013*.

Egli sostiene che la tesi secondo la quale il nuovo art. 342 c. p. c. ha introdotto un'ipotesi di declaratoria di inammissibilità con sentenza, alla stessa stregua dell'art. 348 c. p. c., pur avendo un sicuro fondamento logico- sistematico, non appare convincente, poiché sottrarrebbe all'applicabilità del filtro una serie di processi che, invece, dovrebbero essere i primi a subire la selezione, proprio a causa del loro evidente contrasto con la norma sull'appello.

di forma- contenuto dell'impugnazione in appello; inoltre, come è stato rilevato, nella fattispecie non potrebbe operare il tortuoso percorso disegnato dal legislatore per l'ipotesi di declaratoria di inammissibilità ex art. 348 bis (ricorso per cassazione contro il provvedimento di primo grado, ai sensi dell'art. 348 ter c. p. c.) perché nell'ipotesi di inammissibilità ex art. 342 c. p. c., nuovo testo, è proprio il contenuto dell'atto di appello a costituire oggetto di esame, indipendentemente dalla fondatezza o meno di esso nel merito.

Conseguentemente, il dubbio sull'ammissibilità dell'appello, secondo l'elaborazione dottrinale in commento, per eventuale difetto di specificità dei motivi, potrà essere risolto soltanto con la sentenza che definisce il grado del processo, la quale, ovviamente, è ricorribile per cassazione.

I sostenitori di tale ricostruzione hanno altresì evidenziato che, ad una rapida pronuncia sull'eventuale inammissibilità dell'appello per difetto dei requisiti di cui al nuovo art. 342 c. p. c., è possibile giungere all'esito della prima udienza, ai sensi del nuovo art. 351, quarto comma, c. p. c.[475], in quanto esso autorizza il giudice di appello a provvedere ex art. 281- sexies c. p. c., e quindi a pronunciare la sentenza al termine dell'udienza.

Una simile impostazione, come precisato dagli stessi fautori di tale opinione, non impedisce che, di fatto, appelli che difettano dei requisiti di forma- contenuto, di cui al novellato art. 342 c. p. c., siano dichiarati inammissibili ex art. 348- ter, ma ciò potrà essere fatto con una valutazione prognostica della loro infondatezza nel merito (le non ragionevoli probabilità di accoglimento) e non per difetto dei richiamati requisiti.

---

[475] *Art. 351, quarto comma, c. p. c.*: "Il giudice, all'udienza prevista dal comma uno, se ritiene la causa matura per la decisione, può provvedere ai sensi dell'art. 281-sexies.
Tale comma è stato aggiunto dall'art. 27 della legge 12 novembre 2011, n. 183, *recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello stato*. Ai sensi dell'art. 36, della legge n. 183 citata, la modifica ha vigore a decorrere dai trenta giorni successivi all'1 gennaio 2012.

Tale elaborazione dottrinale trova una sua conferma anche nella giurisprudenza di merito e di legittimità[476] anche se, in quest'ultima, non mancano orientamenti di segno contrario.

A titolo esemplificativo è opportuno citare la pronuncia, 28 maggio 2013, del giudice unico del Tribunale di Verona[477].

Nel caso di specie, contro la sentenza del giudice di pace di Verona, la parte ha proposto appello adducendo due diversi motivi di impugnazione.

In particolare, con il primo, egli ha "lamentato la insufficienza, la contraddittorietà e l'illogicità della motivazione della sentenza di primo grado in relazione a punti decisivi della controversia.

Di fronte ad una simile formulazione, il giudice di secondo grado, come si legge dalla pronuncia, ha rilevato che risulta essere "macroscopica la mancanza del requisito di cui all'art. 342 c. p. c. primo comma, numero uno, poiché con esso l'appellante ha censurato non già una o più parti della motivazione della sentenza impugnata, ma il complesso di essa sulla base del rilievo, invero onnicomprensivo, di insufficienza, contraddittorietà ed illogicità.

(in ordine all'interpretazione del nuovo art. 342, primo comma, punto uno c. p. c., il giudice richiama quanto statuito dalla Corte di Appello di Salerno nella pronuncia del 01 febbraio 2013[478]).

---

[476] Nella giurisprudenza di legittimità, per l'orientamento secondo il quale l'inammissibilità dell'appello, per vizio inerente alla mancanza di specificità dei motivi, ai sensi del novellato art. 342 c. p. c., deve essere dichiarata con sentenza, vedi *Corte di Cassazione 27 marzo 2014, n. 7273*, *in www. Il caso.it*.; per il diverso orientamento giurisprudenziale, secondo il quale è con l'ordinanza, di cui all'art. 348 bis e ter, che deve essere dichiarata l'inammissibilità dell'appello, per vizio inerente alla mancanza di specificità dei motivi, vedi *Corte di Cassazione 17 aprile 2014, n. 8940*, in *Foro it., 2014, p. 1413*.

[477] Tribunale di Verona 28 maggio 2013, in *www. Il caso.it*.

[478] Corte Appello Salerno 01 febbraio 2013, in *www. Il caso.it*.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che " affinchè l'appello sia ammissibile, a seguito della legge 134/2012, è ora necessario indicare specificatamente ed espressamente, senza aggiunte superflue e non pertinenti, di modo che il giudice possa averne immediata contezza, senza essere costretto a dispersive ricerche, sia le precise parti della motivazione della sentenza che il ricorrente chiede, con il supporto

Inoltre, con riguardo a quest'ultimo profilo, aggiunge il giudice, il motivo in esame difetta anche di specificità poiché i difetti che, a detta dell'appellante, viziano il ragionamento del giudice di primo grado, sono stati prospettati come tra loro perfettamente alternativi mentre, alla luce del nuovo art. 342 c. p. c., è necessario precisare in quali punti la decisione si presentasse illogica, in quali contraddittoria ed in quali insufficiente.

L'appellante, poi, come rilevato, non ha nemmeno individuato le singole modifiche da apportare, in sede di riforma, alla ricostruzione in fatto contenuta nella decisione impugnata poiché ha riproposto, pressoché interamente, le deduzioni che ha svolto in primo grado a sostegno della propria domanda. Conseguentemente l'attore, discostandosi dalle modalità di redazione imposte dall'art. 342 c. p. c., primo comma, punto uno, ha invitato il giudice del gravame ad una ricostruzione dell'intera struttura della sentenza impugnata, in palese contrasto, non solo con il testo, ma anche con la ratio della norma.

A questo punto, come evidenziato nella sentenza, è necessario stabilire quale fosse il modello di decisione da adottare a seguito della rilevata inammissibilità della prima doglianza dell'attore, atteso che la norma tace sul punto.

Il giudice di seconda istanza, a tal riguardo, ha evidenziato che, tra le due soluzioni prospettate, (secondo la prima il giudice deve dichiarare con sentenza l'inammissibilità, soggetta alle impugnazioni ordinarie; per la seconda, invece, ritenendo che l'appello inammissibile non abbia

---

di adeguata e pertinente critica, di eliminare, sia le parti motivazionali, idoneamente argomentate, che il ricorrente chiede che siano, in sostituzione, inserite; richieste che, oltretutto, devono essere adeguatamente corredate dalla altrettanto chiara, ordinata e pertinente, indicazione degli elementi fondanti la denuncia di violazioni della legge e della loro rilevanza, ai fini della decisione impugnata.

Inoltre, nella medesima sentenza, la Corte ha anche rilevato che, in ragione del fatto che la suddetta norma obbliga l'appellante ad indicare, in primo luogo, le parti della sentenza delle quali chiede la riforma, nonché le modifiche richieste, il lavoro assegnato al giudice dell'appello appare alquanto simile ad un preciso e mirato intervento di "ritaglio" delle parti di sentenza di cui si imponga l'emendamento, con conseguente innesto, che appare quasi automatico, giusta l'impostazione dell'atto di appello, delle parti modificate, con operazione di correzione quasi chirurgica del testo della sentenza di primo grado".

"una ragionevole probabilità di accoglimento", può provvedere, ai sensi dell'art. 348 bis c. p. c., con ordinanza succintamente motivata, non soggetta a gravame) unitamente alla migliore dottrina, è preferibile la prima giacchè essa non priva la parte del diritto di far valere la violazione di legge in sede di legittimità, con riferimento ad una pronuncia che riguarda i requisiti di forma- contenuto della impugnazione in appello ed impedisce, in limine, qualsiasi prognosi sulla fondatezza o meno, nel merito, dell'appello. A conforto di tale interpretazione, proseguiva il giudice, vale la pena evidenziare che non risulta nemmeno concretamente esperibile il percorso disegnato dal legislatore per l'ipotesi di inammissibilità ex art. 348 bis c. p. c. perché nell'ipotesi di inammissibilità, ex art. 342 c. p. c., nuovo testo, è proprio il contenuto dell'atto di appello a costituire oggetto di esame, indipendentemente dalla fondatezza o meno di esso nel merito".

Fatte tali considerazioni di portata generale, è opportuno passare all'esame della disciplina contenuta nell'art. 348- bis, la quale si lega, sotto il profilo procedimentale, alla normativa dell'art. 348-ter.

Innanzitutto è necessario capire per quale motivo il legislatore ha deciso di introdurre la norma in commento.

Dai lavori preparatori che hanno preceduto la promulgazione dell'art. 54 del d. l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, in legge 07 agosto 2012, n. 134, emergeva che, nell'ordinamento previgente, mancavano sanzioni specifiche per gli appelli gravemente infondati, ovvero meccanismi di selezione per l'accesso all'impugnazione, nonostante che la Carta Costituzionale non imponga l'esistenza di un doppio grado di merito e che, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo, relativamente al diritto di accesso ad una corte, ritenga che esso è soggetto a limitazioni. In particolare, essa sostiene che, tali limitazioni, non sono compatibili con l'art. 6, comma uno, della Cedu[479], qualora esse non perseguono uno scopo

[479] *L'art. 6 della Cedu* disciplina il "Diritto ad un equo processo".

legittimo, ovvero qualora non vi sia una ragionevole relazione di proporzionalità tra il mezzo impiegato e lo scopo perseguito.

Sulla base di tale criterio, come sottolineato nei lavori preparatori, la Corte avrebbe qualificato come scopo legittimo quello di prevedere un procedimento semplificato di definizione per appelli privi di una ragionevole probabilità di essere accolti.

Inoltre, i redattori della nuova disciplina, in sede preparativa, ponevano in evidenza anche il fatto che, dai dati statistici, emergeva che, in oltre i due terzi dei casi, gli appelli si concludevano con la conferma della sentenza impugnata e, dunque, comportavano lo svolgimento di attività processuale inutile.

È sulla base di tali considerazioni che il legislatore del 2012, con l'art. 54 del d. l. 22 giugno 2012, n. 83, ispirandosi alle esperienze inglese e, soprattutto, tedesca[480], ha introdotto un meccanismo di filtro basato sul criterio della ragionevole probabilità di accoglimento.

Con quest'ultimo il giudice d'appello deve compiere una valutazione al fine di distinguere, le impugnazioni meritevoli di essere trattate pienamente da quelle fondate su ragioni pretestuose o, comunque, senza concrete possibilità di accoglimento.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione dell'art. 348- bis c. p. c., nella norma si prevede espressamente che, il relativo primo comma, non si applica, sia nelle cause nelle quali è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, sia nei giudizi di appello promossi contro l'ordinanza di accoglimento conclusiva del procedimento sommario.

---

[480] Nell'esperienza inglese l'appellabilità della sentenza di primo grado è l'eccezione e le impugnazioni sono impiegate per correggere gli errori delle sentenze di primo grado. Nel sistema inglese, infatti, si prevede che l'appello deve essere autorizzato sulla base di una valutazione di concreta ed effettiva prospettiva di successo dell'impugnazione.
Il sistema tedesco modella il filtro in appello sulla base del criterio della "manifesta carenza di qualsivoglia prospettiva di successo".

Rispetto alla prima ipotesi di esclusione, la Dottrina non è concorde: se da un lato, infatti, ce Chi[481] apprezza una simile censura, in ragione del fatto che le cause di cui all'art. 70, primo comma, c. p. c[482]. presentano un interesse pubblico e, come, tale, con piena ragione, possono essere assoggettate ad una disciplina di impugnazione diversa; dall'altro lato, invece, ce Chi[483] critica una simile censura.

Con riferimento, invece, alla seconda ipotesi di esclusione, la diatriba è tra dottrina e giurisprudenza: mentre la prima[484] è favorevole alla scelta legislativa, in quanto l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario deve essere compensata con un giudizio di appello a cognizione piena e, quindi, sulla base di tale considerazione, non soltanto non trova applicazione il motivo di inammissibilità costituito dalla non ragionevole probabilità di accoglimento, ma anche la formulazione del motivo specifico del gravame, ex art. 342 c. p. c., è meno severa; la giurisprudenza di merito[485], invece, è contraria alla scelta del legislatore.

---

[481] In senso favorevole alla censura di cui al punto uno dell'art. 348- bis c. p. c., vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 389.

[482] Art. 70, primo comma, c. p. c.: "Il pubblico ministero deve intervenire, a pena di nullità rilevabile d'ufficio:

1) nelle cause che egli stesso potrebbe proporre;
2) nella cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi;
3) nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone;
4) negli altri casi previsti dalla legge.

[483] In senso sfavorevole alla censura di cui al punto uno dell'art. 348- bis c. p. c., vedi DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/ 2012)*, in *www. Judiciumj.it*; IMPAGNATIELLO, *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012*, in *www. Judicium.it*.

[484] M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 389; C. CECCHELLA, *Appello speciale*, in *F. P. LUISO- R. VACCARELLA, Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, p. 311.

[485] Vedi Corte di Appello Roma 11 maggio 2011, in *Giur. Merito*, 2011, p. 2672.
Con tale pronuncia la Corte si è espressa nel senso della piena applicazione delle norme sull'appello, anche in ordine alla specificità dei motivi.

Continuando con l'esame dell'ambito applicativo della diposizione in commento, l'art. 348- bis si apre con un inciso nel quale si prevede che l'ordinanza di inammissibilità dell'appello, emessa per non ragionevole probabilità di accoglimento, è consentita "fuori dei casi in cui, l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'impugnazione, deve essere dichiarata con sentenza".

Sulla base di tale inciso, è stato rilevato[486] che, in tanto, la dichiarazione di inammissibilità con ordinanza può essere pronunciata solo nel caso in cui l'impugnazione abbia superato il **vaglio di ammissibilità** sotto i diversi profili normativamente previsti e logicamente antecedenti.

Con quest'ultima espressione il riferimento è al caso in cui l'appello è proposto fuori termine, oppure da soggetto non legittimato , oppure a mezzo di difensore mancante di procura e così via.

In tutte queste ipotesi l'inammissibilità deve essere pronunciata con sentenza.

Lo stesso ragionamento, come gli stessi Autori hanno rilevato, deve essere compiuto anche con riguardo ai casi in cui deve essere dichiarata l'improcedibilità dell'appello.

Di conseguenza, la costituzione tardiva o la mancata comparizione dell'appellante alla prima udienza ed a quella successiva, ex art. 348 c. p. c., comportano la pronuncia di improcedibilità dell'impugnazione con sentenza.

Anche nel caso di mancata specificità dei motivi, di cui all'art. 342 c. p. c., l'inammissibilità dell'appello, secondo la dottrina maggioritaria, come già ho ampliamente esaminato in questo stesso paragrafo, deve essere dichiarata con sentenza.

---

[486] Per la delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 348-bis, in ragione dell'inciso in esso contenuto, nei termini sopra esposti, vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 389- 390; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corr. Giur*., 2012, p. 1133 ss.

Dunque, un appello privo dei requisiti di cui all'art. 342 c. p. c. e, più in generale, un appello che, sotto i diversi profili normativamente previsti e logicamente antecedenti, è viziato, non dà luogo ad un'impugnazione che non ha probabilità di essere accolta, ma ad un'impugnazione mancante dei requisiti minimi necessari per oltrepassare, a monte, la soglia dell'ammissibilità, oltre la quale il giudice prende cognizione del *merito* della controversia.

In ragione dell'ambito applicativo della disposizione in commento che sopra ho ricostruito, alcuni Autori[487] hanno rilevato che, dal punto di vista sistematico, non si comprende il motivo per cui un appello, che non presenta ragionevoli probabilità di essere accolto, sia inammissibile (vizio procedimentale) e non invece infondato (vizio di merito). Costoro hanno rilevato che, in tale situazione, si ripropone la medesima questione sollevata dall'art. 360- bis, inserito dalla riforma del 2009, che sancisce l'inammissibilità del ricorso per cassazione quando il provvedimento impugnato ha deciso in diritto in conformità alla giurisprudenza della Cassazione, e non si ravvisano motivi per mutare orientamento, e quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi del giusto processo.

Su tale questione la Corte di Cassazione, tempestivamente, è intervenuta con una pronuncia, a Sezioni Unite, del 06 settembre 2010, n. 19051[488], con la quale ha rivendicato il potere di dichiarare, in quei casi, non l'inammissibilità, bensì la manifesta infondatezza dei ricorsi.

Essi hanno rilevato che se la Corte ritiene di poter operare in tal senso, non altrettanto può consentirsi il giudice di secondo grado, che si vede investito di una cognizione sommaria dell'appello, all'esito della quale, se ritiene che non abbia ragionevoli probabilità di essere

---

[487] G. GALLETTO, "*Doppio filtro" in appello, "Doppia conforme" e danni collaterali*, in *www. Judicium.it*.

[488] Corte di Cassazione, sezioni unite, 06 settembre 2010, n. 19051, in *Foro it*., 2010, I, p. 3333.

accolto, nel merito, lo dichiara non infondato, come, invece, sarebbe ragionevole aspettarsi, bensì inammissibile.

A questo punto è necessario capire in che cosa consiste il nuovo filtro in appello, ovvero il significato da attribuire al criterio della "non ragionevole probabilità di accoglimento".

Diverse sono *le interpretazioni dottrinali* che, sul punto, si sono delineate anche se, la maggioranza di esse, criticano tale novità in quanto è stato affermato che, tale parametro, concede un margine di apprezzamento eccessivo al giudice dell'impugnazione, poiché gli consente di dichiarare inammissibile un'impugnazione che, *a suo giudizio*, è non ragionevole.

Fra gli Autori, infatti, ce Chi afferma che "a fronte di un sottilissimo strato di appelli manifestamente infondati sotto ogni cielo, vi sarà la maggior parte dei casi in cui il giudizio d'inammissibilità significherà molte cose diverse, a seconda del temperamento e della volontà del giudice che lo pronuncia[489]"; Taluni sostengono che "la formula utilizzata dall'art. 348 bis evoca un parallelismo con il fumus boni iuris, rilevante a tutt'altri fini, quasi che il giudice d'appello possa dichiarare inammissibile il gravame tutte le volte che questo, ad una prima delibazione prognostica, pur non apparendo manifestamente infondato, non mostri ragionevoli (consistenti? Evidenti? Non trascurabili?) chances di successo[490]"; Altri hanno rilevato che " non vi è dubbio che il giudice sia chiamato ad esprimere un giudizio prognostico sull'esito dell'appello, ma ciò che è contestato è l'assenza di limiti alla evidente discrezionalità che accompagna un siffatto potere, al quale non fa da contrappeso alcun controllo successivo[491]" ,

---

[489] Vedi CAPONI, *La riforma dell'appello civile dopo la svolta nelle commissioni parlamentari*, in *www. Judicium.it*.

[490] Vedi IMPAGNATIELLO, *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d. l. 83/2012*, in *www. Judicium.it*.

infine, anche se potremmo andare avanti ad oltranza, Taluni "si sono domandati come sia possibile che la decisione dell'appello possa essere rimessa ad una espressione talmente elastica quale quella di ragionevole probabilità, ove tutto e il contrario di tutto può essere ragionevole, e tutto e il contrario di tutto può essere probabile[492]".

Tuttavia, in dottrina, vi sono anche Autori[493] che non hanno assunto una posizione di assoluta critica nei confronti del nuovo filtro in appello.

In particolare, essi hanno sostenuto che l'appello non ha ragionevoli probabilità di accoglimento "quando è prima facie infondato, così sfacciatamente infondato da non meritare che il giudice destini ad esso il suo tempo prezioso: per i sostenitori di tale orientamento dottrinale, infatti, il senso della riforma, è quello di rispedire al mittente le impugnazioni dilatorie e pretestuose, in quanto l'ordinanza di cui all'art. 348- bis, per coloro, s'inserisce in un ampio intervento legislativo volto a sanzionare l'abuso del processo, abuso in cui si risolve l'esercizio del diritto di interporre appello in un quadro di plateale infondatezza".

Per essi, quindi, l'appello privo di probabilità di accoglimento non è quello che tale appare al giudice secondo la sua soggettiva percezione, a seguito di una sbrigativa lettura degli atti, ma è quello oggettivamente tale, perché palesemente infondato.

I fautori di tale opinione hanno affermato che, sulla base del significato da attribuire alla nozione in esame, "*l'ordinanza di cui all'art. 348-bis c. p. c. non ha un contenuto concettualmente diverso dal nucleo centrale della sentenza*: essa manca, invece, di tutto ciò che è superfluo a fronte di un appello manifestamente privo di fondamento".

---

[491] Vedi GALLETTO, "*Doppio filtro" in appello, "doppia conforme" e danni collaterali*, in *www.judicium.it*.

[492] Vedi SCARSELLI, *Sul nuovo filtro per proporre appello*, in *www. Judicium.it*.

[493] Vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 393.

A sostegno di tale affermazione, essi hanno fatto riferimento all'art. 348-ter c. p. c., che dopo vado ad esaminare, poiché detta la disciplina relativa al profilo procedurale della dichiarazione di inammissibilità, ex art. 348-bis, in quanto in esso si prevede che l'ammissibilità del ricorso per cassazione è circoscritta quando l'ordinanza di inammissibilità dell'appello è fondata sulle stesse ragioni, inerenti le questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata: il che sta ad evidenziare, come è stato rilevato, che l'ordinanza dichiarativa della ammissibilità non si allontana, sotto il profilo contenutistico, dalla sentenza, al punto che le motivazioni di entrambi i provvedimenti (sentenza impugnata e ordinanza di inammissibilità) possono essere raffrontate, al fine di verificare se il giudice d'appello abbia deciso, in fatto, sulla falsariga della decisione adottata dal primo giudice.

Una volta esaminati i diversi orientamenti dottrinali che sul punto si sono delineati, è opportuno capire come *la giurisprudenza di merito* ha interpretato il criterio della "non ragionevole probabilità di accoglimento".

Dalla lettura delle prime pronunce delle corti d'appello emerge che quest'ultimo deve essere dichiarato inammissibile, poiché non ha ragionevole probabilità di accoglimento, ai sensi dell'art. 348-bis, quando l'impugnazione è manifestamente infondata nel merito.

In tal senso si è pronunciata la Corte di Appello di Roma con la pronuncia 23 gennaio 2013[494] e, successivamente, con la sentenza 30 gennaio 2013[495].

Essa, con la prima statuizione, ha affermato che "l'appello privo di probabilità di accoglimento, non è quello che tale appare al giudice secondo la sua soggettiva percezione, a seguito di una sbrigativa lettura degli atti, ma è quello oggettivamente tale perché palesemente infondato, di modo che l'ordinanza di inammissibilità non ha un

[494] Corte di Appello di Roma 23 gennaio 2013, in *Foro it*., 2013, 3, p. 970.

[495] Corte di Appello di Roma 30 gennaio 2013, in *Foro it*., 2013, 3, p. 969.

contenuto concettualmente diverso dal nucleo centrale della sentenza: essa manca di tutto ciò che è superfluo a fronte di un appello manifestamente privo di fondamento".

Il medesimo orientamento è seguito anche nell'altra pronuncia, nella quale la Corte ha dichiarato che "la mancanza di una ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello si risolve nella sua manifesta infondatezza dell'impugnazione ed il nucleo centrale della decisione non si discosta da quello che sostiene una sentenza di rigetto, differenziandosene solo per la maggiore rapidità di esecuzione".

Sempre su tale indirizzo si colloca anche la Corte di Appello di Bari la quale, con pronuncia 18 febbraio 2013[496], ha ritenuto che "la mancanza di una ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello sussiste quando, alla stregua delle risultanze acquisite e delle preclusioni maturate, ed in conformità degli indirizzi giurisprudenziali consolidati, sia altamente probabile che i motivi dedotti non possono trovare accoglimento sulla base di una diversa valutazione dei fatti o di una differente opzione interpretativa o di un divergente esercizio della discrezionalità, ove consentita".

Tuttavia, in successive pronunce, alcuni giudici di merito hanno statuito che l'appello, ai sensi dell'art. 348- bis, è inammissibile, non solo se l'impugnazione è manifestamente infondata nel merito, ma anche se è tale nel rito.

In tal senso si è pronunciata la Corte di Appello di Reggio Calabria, con pronuncia 28 febbraio 2013[497], con la quale ha statuito che "ai sensi dell'art. 348-bis, primo comma, c. p. c., fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha ragionevole probabilità di essere accolta. Tale formula, come rilevato nella decisione in esame, va intesa nel

---

[496] Corte di Appello di Bari 18 febbraio 2013, in *Foro it*., 2013, 3, p. 969.

[497] Corte di Appello di Reggio Calabria 28 febbraio 2013, in *Banche dati Juris data*.

senso di circoscrivere l'operatività del filtro ai soli appelli pretestuosi o manifestamente infondati, sia per ragioni di rito che di merito".

In senso conforme si è pronunciata la medesima Corte anche in una pronuncia successiva, del 20 dicembre 2013[498], nella quale ha ribadito l'interpretazione precedente.

In particolare, essa ha affermato che, "in favore di tale esegesi, depongono sia il dato letterale dell'art. 348-bis c. p. c., in base al quale è sufficiente, per evitare la pronuncia di inammissibilità, che l'appello abbia anche una sola probabilità di accoglimento, sia criteri di ordine logico- sistematico, data la prevista adozione in luogo della forma (più impegnativa) della sentenza dello strumento (più agile) dell'ordinanza succintamente motivata (che ben si attaglia agli appelli che non hanno alcuna chance di accoglimento), sia ancora la ratio legis (in considerazione, per un verso, della funzione acceleratoria attribuita al filtro, e per altro verso dell'effetto, non voluto dal legislatore, dell'aumento esponenziale dei ricorsi in cassazione, che inevitabilmente sarebbe provocato dall'allargamento delle maglie del filtro in appello)".

Dunque, anche nella giurisprudenza di merito, vengono seguiti diversi orientamenti.

Interessante, al riguardo, è anche la pronuncia del Tribunale di Cremona, del 28 novembre 2013[499], nella quale il giudice ha affermato che, "se da un lato la formula contenuta nell'art. 348-bis c. p. c. appare di difficile interpretazione, dall'altro lato non sono condivisibili quegli orientamenti, accolti dai primi commentatori, secondo i quali il giudice dovrebbe valutare se il gravame sia o meno dotato di fumus boni iuris.

Egli ha argomentato questa sua impostazione sulla base del fatto che, "non appare corretta, l'avulsione del requisito del fumus dall'area sua propria, quella dei giudizi cautelari, poiché esso non può mai essere

---

[498] Corte di Appello di Reggio Calabria 20 dicembre 2013, *Ibidem*.

[499] Tribunale di Cremona 28 novembre 2013, *Ibidem*.

valutato disgiuntamente dall'altra condizione cautelare, il periculum in mora, con il quale va bilanciato ai fini della concessione o meno della cautela. Nei procedimenti sommari, ha proseguito il giudice, non esiste una regola di giudizio che dica quando un fatto o una fattispecie allegata possa dirsi verosimile, sì da consentire il rilascio della cautela, e ciò perché spetta al giudice di bilanciare detto requisito con quello del periculum in mora.

Il fumus boni iuris, quindi, avulso dal sistema delle cautele non si presta a sorreggere una decisione autonoma, tanto meno di ammissibilità o meno dell'azione.

Nel caso specifico dell'art. 348- bis, poi, ha aggiunto il giudice, una mera valutazione di verosimiglianza rimetterebbe, alla mera discrezionalità del giudice, di stabilire quale grado di apparente fondatezza debba avere il gravame per poter essere ammissibile.

Inoltre, sostituendo una valutazione sommaria ad una cognizione piena, come sottolineato dallo stesso giudice, si priverebbe irragionevolmente, ed in maniera sproporzionata, la parte di un grado di giudizio, ponendosi in contrasto con il diritto di azione e col principio del giusto processo costituzionalmente garantito.

Quanto all'obiezione secondo cui non vi sarebbe alcuna violazione del diritto al processo, in quanto la nostra costituzione non contempla una garanzia di doppio grado di giurisdizione civile, il giudice ha replicato sostenendo che una tale garanzia fa parte delle tradizioni costituzionali comuni dei paesi comunitari, tanto che la stessa UE si è dotata, con l'istituzione del Tribunale di Primo grado, di un organo di prima istanza, sicchè, se è vero che il detto principio appare comunque cedevole, nel senso che il legislatore può, bilanciandolo con altri interessi rilevanti, sacrificarlo, è altrettanto vero che il suo sacrificio deve essere necessario, adeguato e proporzionato.

In nessun caso, quindi, una valutazione di mera verosimiglianza, emessa in assenza di ogni specificazione di un più puntuale criterio di

giudizio, può sostituirsi o precludere il diritto del cittadino ad una risposta di merito a cognizione piena.

Il giudice, dunque, conclude statuendo che l'unica interpretazione ammissibile della norma sembra quella secondo cui, l'inammissibilità del gravame andrebbe dichiarata solo nei casi di dolo o colpa grave, ossia di patente infondatezza".

Ricostruito il profilo della giurisprudenza di merito che sul nuovo filtro in appello si è delineata, anche se potremmo continuare a citare altre sentenze[500] che sul punto sono state pronunciate e che, presumibilmente, verranno pronunciate, è possibile passare all'esame della disposizione complementare all'art. 348- bis, ovvero l'art. 348-ter, che disciplina il profilo procedurale relativo alla dichiarazione di inammissibilità dell'appello "per non ragionevole probabilità di accoglimento", ovvero a norma dell'art. 348- bis c. p. c..

Il legislatore, all'art. 348-ter, c. p.c., ha previsto espressamente che " *All'udienza di cui all'art. 350 il giudice, prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, dichiara inammissibile l'appello, a norma dell'art. 348-bis, comma uno, con ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti*

---

[500] Sul punto si è pronunciata, di recente, la Corte di Appello di Venezia, con sentenza 16 aprile 2014, in *Foro it*., 2014, p. 2228.

Con essa la Corte ha affermato che "qualora la sentenza resa in primo grado in un giudizio di divisione ereditaria sia stata censurata nella parte in cui aveva ritenuto ammissibile la domanda proposta da chi si era visto attribuire la qualità di erede in virtù dell'accettazione tacita desumibile dall'aver indicato nelle proprie dichiarazioni dei redditi la quota a lui spettante dagli immobili caduti in successione, versando le relative imposte, l'appello deve ritenersi inammissibile, in quanto la sentenza gravata ha valutato in modo dettagliato ed approfondito le questioni riproposte come motivi di appello e ha fatto corretta applicazione dei principi di diritto consolidati nella giurisprudenza di legittimità, sì che l'impugnazione non ha una ragionevole probabilità di essere accolta".

Vedi anche Corte di Appello di Milano, 14 febbraio 2013, in *Foro it*., 2013, p. 2630.

Con essa la Corte ha affermato che "la mancanza di una ragionevole probabilità che l'appello sia accolto va ravvisata nelle ipotesi in cui appaia evidente, già in prima facie, che l'impugnazione non presenta neppure una possibilità di accoglimento, come nel caso in cui il giudice di primo grado abbia correttamente accolto l'eccezione di prescrizione e non risulti ammissibile, in sede di gravame, la produzione di documenti volti a provare l'intervenuta interruzione o sospensione della stessa".

di causa e il riferimento a precedenti conformi. Il giudice provvede sulle spese a norma dell'art. 91.

L'ordinanza di inammissibilità è pronunciata solo quando sia per l'impugnazione principale che per quella incidentale di cui all'art. 333 ricorrono i presupposti di cui al comma uno dell'art. 348-bis. In mancanza, il giudice procede alla trattazione di tutte le impugnazioni comunque proposte contro la sentenza.

Quando è pronunciata l'inammissibilità, contro il provvedimento di primo grado può essere proposto, a norma dell'art. 360, ricorso per cassazione. In tal caso il termine per il ricorso per cassazione avverso il provvedimento di primo grado decorre dalla comunicazione o notificazione, se anteriore, dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilità. Si applica l'art. 327, in quanto compatibile.

Quando l'inammissibilità è fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata, il ricorso per cassazione di cui al comma precedente può essere proposto esclusivamente per i motivi di cui ai numeri 1, 2, 3 e 4 del comma uno dell'art. 360.

La disposizione di cui al comma 4 si applica, fuori dei casi di cui all'art. 348-bis, comma due, lettera a, anche al ricorso per cassazione avverso la sentenza d'appello che conferma la decisione di primo grado".

Per quanto riguarda il profilo relativo alla *collocazione temporale dell'ordinanza*, nella disposizione in commento si prevede che, all'udienza di cui all'art. 350 c. p. c., il giudice dispone l'inammissibilità dell'appello a norma dell'art. 348-bis.

Nell'udienza di trattazione, tuttavia, il giudice d'appello, a norma dell'art. 350 c. p. c., deve compiere una serie di adempimenti, ovvero verificare la regolare instaurazione del contraddittorio; ordinare la rinnovazione dell'atto di appello o dichiarare la contumacia dell'appellato, se quest'ultimo non si è costituito; disporre

l'integrazione del contraddittorio se la sentenza, pronunciata tra più parti in causa inscindibile o in cause tra loro dipendenti, non è stata impugnata nei confronti di tutte, oppure disporre la notificazione dell'impugnazione relativa a cause scindibili; disporre i provvedimenti necessari alla riunione degli appelli eventualmente proposti contro la stessa sentenza, ed infine, procedere al tentativo di conciliazione.

I commentatori[501] hanno rilevato che, di fronte a questa pluralità di attività che il giudice di secondo grado deve svolgere, l'ordinanza dichiarativa dell'inammissibilità per non ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello, deve essere successiva rispetto alla verifica della regolare instaurazione del contraddittorio ed all'assunzione dei consequenziali provvedimenti eventualmente necessari, oltre che alla riunione dei diversi appelli proposti contro la medesima sentenza.

Essi, quindi, hanno ritenuto che, l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 348- bis, presuppone, necessariamente, che a monte vi sia stata una regolare instaurazione del contraddittorio e che, una simile ricostruzione, trova una conferma nel fatto che il legislatore, in sede di conversione del d. l. numero 83 del 2012, ha introdotto, nella nuova disposizione, l'inciso "sentite le parti".

A tale impostazione, come gli stessi Autori hanno evidenziato, fa eccezione l'attività di conciliazione poiché essa si traduce in un adempimento meramente discrezionale per il giudice.

Inoltre, la norma in esame è chiara nello stabilire che l'ordinanza di inammissibilità dell'appello, per mancanza di ragionevole probabilità di accoglimento, deve essere emessa prima di procedere alla trattazione.

Di conseguenza, una volta che il giudice ha dato corso alla trattazione, il provvedimento oggetto di discussione, dopo che l'impugnazione è stata trattenuta in decisione secondo il modello dell'art. 352 c. p. c., che si traduce nella precisazione delle conclusioni e scambio delle

---

[501] Vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 398.

conclusioni e repliche, o dell'art. 281- sexies c. p. c., che prevede l'emanazione della sentenza al termine dell'udienza, non può essere emesso.

Gli stessi commentatori, a proposito dell'inciso introdotto in sede di conversione del d. l. numero 83 del 2012, ovvero il giudice deve sentire le parti prima di emettere l'ordinanza di inammissibilità dell'appello, ex art. 348-bis, hanno ritenuto che, in virtù del fatto che l'inammissibilità può essere dichiarata anche d'ufficio, oltre che su istanza dell'appellato, la ragione per la quale l'organo giudicante deve adempiere a tale compito risiede nel fatto che, poiché la formulazione della norma prevede che l'ordinanza deve essere pronunciata in limine litis, subito dopo il perfezionamento del contraddittorio, ciò fa presupporre, come rilevato dagli stessi studiosi, che il giudice d'appello debba compiere una sorta di scrutinio preventivo degli atti di causa per verificare se sussiste la mancanza di probabilità di accoglimento dell'impugnazione.

È quest'ultima attività che, secondo i fautori di tale orientamento, costituisce il fondamento giustificativo dell'obbligo di sentire le parti, al quale il giudice è assoggettato: egli, dunque, *deve preavvisare le medesime della possibile decisione dell'impugnazione mediante l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 348. bis*, di modo che tale eventualità divenga oggetto di dibattito processuale.

Costoro condividono la scelta legislativa in quanto l'adozione del modello decisorio dell'art. 348-bis, in sostituzione di quello degli artt. 352 e 281- sexies c. p. c., si pone al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 101, secondo comma, c. p. c., il quale stabilisce che "il giudice, se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, deve consentire alle parti di interloquire al riguardo[502]".

[502] Il secondo comma dell'art. 101 c. p. c. è stato introdotto dalla legge 69/2009 e va riferito all'ipotesi in cui la questione sia rilevata d'ufficio in fase di decisione, poiché

Di conseguenza, come gli stessi commentatori hanno rilevato, l'assenza dell'inciso avrebbe potuto comportare che l'ordinanza fosse stata emanata dal giudice senza alcun precedente dibattito tra le parti[503].

Il primo comma dell'art. 348-ter, oltre a ciò, prevede anche che l'ordinanza di inammissibilità, emessa in presenza dei presupposti di cui all'art. 348-bis, deve essere succintamente motivata, mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi.

La Dottrina, relativamente a tale profilo, è pressoché concorde nel ritenere che la dichiarazione di inammissibilità si risolve in una pronuncia di merito poiché il giudice di secondo grado, nel manifestare le ragioni della scelta operata, deve far riferimento agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa o a precedenti giurisprudenziali conformi.

Alcuni Autori[504], sul punto, hanno rilevato che "l'ordinanza in questione, di regola, riassume in breve il nucleo decisionale della sentenza di rigetto" poiché, in taluni casi, è sufficiente il richiamo al precedente conforme.

Altri[505], invece, hanno osservato che, "in virtù del riferimento a quest'ultimo elemento, è possibile affermare l'operatività, sia pur in modo parziale e ridotto, nel nostro ordinamento, del principio dello stare decisis, tipico dei sistemi di common low".

---

solo in questo momento il giudice ha l'obbligo di concedere un termine per le memorie, sospendendo la decisione sulla questione.
Dalla razio della disposizione in commento si capisce il motivo per cui l'adozione del modello decisorio di cui all'art. 348- bis, in sostituzione a quello degli artt. 352 e 281- sexies, si colloca al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 101 c. p. c..

[503] Fra i commentatori che hanno optato per tale ricostruzione vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 399- 400.

[504] Vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, *ibidem*.

[505] Vedi G. LUDOVICI, *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, in *www. Judicium.it*..

La norma in commento, poi, stabilisce che, a norma dell'art. 91 c. p.c., l'ordinanza di cui all'art. 348- bis, deve contenere la pronuncia sulle spese.

Ciò che fra i commentatori ha suscitato polemiche non è la previsione di per sé, in quanto essa costituisce naturale proiezione della regola generale dettata all'art. 91 c. p. c., secondo il quale, il giudice, con la sentenza che chiude il processo, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese. Quest'ultimo, infatti, in ragione di una pronuncia della Corte di Cassazione[506], trova applicazione con riguardo ad ogni provvedimento che, nel risolvere contrapposte posizioni, elimina il procedimento davanti al giudice che lo ha emesso. In ragione di ciò, quindi, la Dottrina condivide la statuizione legislativa in ordine alle spese.

L'aspetto di criticità che gli Autori, sul punto, rilevano riguarda il fatto che il provvedimento, nella parte relativa alle spese, per il suo contenuto decisorio e definitivo, non può non essere sottoposto ad un controllo.

La dottrina, infatti, è unanime nel ritenere che, in mancanza d'altro rimedio, è legittima l'applicazione dell'art. 111 Costituzione: l'ordinanza di inammissibilità, emessa ai sensi dell'art. 348- bis, per la parte relativa alle spese, è ricorribile in cassazione ex art. 111 Cost..

Gli stessi Autori hanno precisato che, l'iter istituito dall'art. 348- ter non può essere applicato al profilo relativo alla statuizione delle spese poiché, l'impugnazione della sentenza di primo grado, non può investire l'erroneità della statuizione delle spese adottata con l'ordinanza[507].

---

[506] Vedi Corte di Cassazione, sez. unite, 17 ottobre 1983, n. 6066, in *Foro it*., 1984, I, p. 159.

[507] Per la ricostruzione dottrinale relativa all'applicabilità dell'art. 111 Cost. all'ordinanza di inammissibilità che decide in ordine alla statuizione delle spese, vedi C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in Corr. Giur., 2012, p. 1137; vedi anche D. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 401.

Continuando l'esame dell'art. 348- ter c. p.c., il legislatore, al secondo comma, ha previsto espressamente che, in caso d'impugnazione incidentale tempestiva, prevista dall'art. 333 c. p. c.[508], la declaratoria d'inammissibilità è consentita soltanto se, sia per l'appello principale che per quello incidentale, ricorre il presupposto "della non ragionevole probabilità di essere accolto".

Si tratta di una disposizione che contribuisce, insieme al secondo comma dell'art. 348- bis, a delimitare l'ambito applicativo della nuova disciplina.

La previsione, tuttavia, non contiene un esplicito riferimento all'art. 334 c. p. c.[509], concernente l'impugnazione incidentale tardiva.

Su quest'ultimo aspetto, la Dottrina non è unanime: da un lato, c'è Chi[510] condivide la scelta del legislatore di non richiamare il successivo art. 334 c. p. c., poiché l'inammissibilità dell'impugnazione principale, sia pure per mancanza di probabilità di accoglimento, ai sensi dell'art. 348- bis, rende perciò stesso inefficace l'impugnazione incidentale tardiva, ai sensi del secondo comma dell'art. 334 c. p. c., senza che quest'ultima debba essere assoggettata ad una verifica in ordine alla sua possibile fondatezza; dall'altro lato, invece, c'è Chi[511]

---

[508] *Art. 333 c. p. c., Impugnazioni incidentali*: "Le parti alle quali sono state fatte le notificazioni previste negli articoli precedenti (notificazione dell'impugnazione relativa a cause scindibili; integrazione del contraddittorio in cause inscindibili) debbono proporre, a pena di decadenza, le loro impugnazioni in via incidentale nello stesso processo".

[509] *Art 334 c. p. c., Impugnazioni incidentali tardive*: " Le parti, contro le quali è stata proposta impugnazione e quelle chiamate ad integrare il contraddittorio a norma dell'art. 331 c. p. c., possono proporre impugnazione incidentale anche quando per esse è decorso il termine o hanno fatto acquiescenza alla sentenza.
In tal caso, se l'impugnazione principale è dichiarata inammissibile, l'impugnazione incidentale perde ogni efficacia".

[510] Fra coloro che condividono la scelta legislativa di non richiamare l'art. 334 c. p. c. nella disposizione in commento, vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 402.

[511] Fra coloro che, invece, ritengono che l'art. 348- ter, secondo comma, debba essere esteso anche alla disciplina delle impugnazioni incidentali tardive, di cui all'art. 334 c. p. c., vedi G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del*

ritiene che, in assenza di ulteriori specificazioni, è corretto comprendere nella previsione legislativa anche le impugnazioni incidentali tardive.

Per quest'ultimi, quindi, la possibilità di definire il giudizio di appello con ordinanza presuppone che, nessuna delle impugnazioni incidentali proposte, sia tempestiva che tardiva, abbia una ragionevole probabilità di essere accolta.

La disposizione oggetto di analisi, al terzo comma, prevede espressamente che, quando è pronunciata l'inammissibilità, contro il provvedimento di primo grado può essere proposto ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 360 c. p. c. e, in tal caso, il termine c. d. breve, per la proposizione del relativo ricorso, decorre dalla comunicazione o notificazione, se anteriore, dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilità. È, altresì, prevista l'applicazione del c. d. termine lungo, ai sensi dell'art. 327 c. p. c., in quanto compatibile.

Dalla lettura della disposizione è evidente che, anche se tale osservazione costituisce una regola generale di diritto, comunicazione e notificazione costituiscono due istituti distinti: quest'ultima, ex art. 137, secondo comma, c. p. c., è effettuata mediante consegna, al destinatario, di copia conforme, per esteso, del provvedimento; la prima, invece, ai sensi dell'art. 136, primo comma, c. p. c., è fatta dal cancelliere mediante biglietto di cancelleria, contenente l'indicazione in forma abbreviata dell'atto.

Da ciò può discendere che, come alcuni Autori hanno rilevato, la comunicazione non metta il destinatario a conoscenza di parte del contenuto dell'atto, con conseguenti ricadute, non solo sul termine per proporre appello, ma anche sull'individuazione dei motivi che possono essere sollevati mediante l'impugnazione in sede di legittimità, poiché l'art. 348- ter prevede che, il ricorso per cassazione, non può essere proposto ai sensi del numero cinque dell'art. 360 c. p. c., se l'ordinanza

---

"*filtro*", in *www. Treccani.it*; vedi anche SCARSELLI, *Sul nuovo filtro per proporre appello*, in *www.ordineavvocatifirenze.it*.

di inammissibilità si fonda sulle stesse ragioni di fatto poste a fondamento della decisione impugnata.

Sulla base di tali considerazioni, gli stessi Autori[512] hanno affermato che, il termine breve per il ricorso in cassazione, in caso di mera comunicazione dell'ordinanza, finisce per ridursi non già ai sessanta giorni di cui al secondo comma dell'art. 325 c. p. c., bensì al detto termine, detratto il tempo necessario per recarsi in cancelleria ed estrarre copia integrale del provvedimento.

Tuttavia, su tale aspetto, di recente è intervenuta la Corte di Cassazione, con sentenza 15 maggio 2014, n. 10723[513].

Con tale pronuncia, l'organo di legittimità ha affermato il seguente principio di diritto: "nel caso in cui l'appello venga dichiarato inammissibile per carenza di ragionevole probabilità di accoglimento, ai sensi dell'art. 348-bis, il ricorso per cassazione avverso la sentenza di primo grado proposto, ex art. 348- ter, terzo comma, c. p. c., oltre il termine di sessanta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello è, a proprio volta, inammissibile, dovendosi escludere che la lettera della norma, chiara ed univoca nel riferirsi al c. d. termine breve per proporre il ricorso per cassazione, possa essere considerata lesiva dei principi costituzionali, sia sotto il profilo della disparità di trattamento (art. 111 Cost.) che della limitazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.).

Essa ha argomentato questa sua soluzione affermando che la peculiarità dell'istituto sta nel fatto che, la comunicazione attiva il termine per impugnare un provvedimento necessariamente già in ogni sua parte conosciuto, quale quello di primo grado, reso significativamente oggetto di appello, benché questo sia poi stato dichiarato non sorretto da ragionevoli probabilità di accoglimento.

---

[512] Per una tale riflessione vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 403- 404.

[513] Vedi Corte di Cassazione 15 maggio 2014, n. 10723, in *Giust. Civ. mass*., 2014.

La mera comunicazione dell'ordinanza di secondo grado, come statuito nella medesima decisione, è del tutto sufficiente a consentire l'estrinsecazione del diritto di difesa avverso il provvedimento di primo grado.

Inoltre, ha concluso la Corte, a concedere idonea forma di tutela, non necessaria nella specie, poiché la comunicazione era avvenuta mediante l'utilizzo della posta elettronica certificata, la quale consenta al destinatario di conoscere il provvedimento nella sua integrità, sarebbe la sterilizzazione dell'efficacia della comunicazione quale dies a quo, ove la comunicazione stessa fosse, in concreto, effettuata con modalità tali da rendere del tutto impossibile la qualificazione dell'ordinanza comunicata come ordinanza resa ai sensi dell'art. 348-bis e, quindi, idonea ad attivare la decorrenza del termine breve d'impugnazione del provvedimento di primo grado.

In mancanza di comunicazione o notificazione dell'ordinanza, lo stesso legislatore ha previsto che trova applicazione il termine lungo, di cui all'art. 327 c. p. c., ovvero sei mesi dalla pubblicazione della sentenza[514].

Nel caso in esame, tuttavia, come gli stessi Autori[515] hanno precisato, il termine in questione, anche se il ricorso per cassazione ha ad oggetto il provvedimento di primo grado, deve essere computato dalla pronuncia dell'ordinanza dichiarativa d'inammissibilità e, quindi, dal giorno dell'udienza, se l'ordinanza di inammissibilità è stata letta in quella sede, altrimenti, dal deposito dell'ordinanza in cancelleria, che equivale alla pubblicazione della sentenza.

---

[514] A tal riguardo è opportuno precisare che il termine lungo di sei mesi, di cui all'art. 327 c. p. c., è stato introdotto con legge 69/2009. Prima il relativo termine si identificava in un anno.
Da ciò discende che, quest'ultimo, trova applicazione nei giudizi di primo grado intrapresi prima del 04 luglio 2009; per quelli successivi il termine lungo da prendere in considerazione è sei mesi.

[515] Vedi M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, *ibidem*.

Continuando con l'esame del profilo relativo al ricorso in cassazione contro il provvedimento di primo grado, di cui al terzo comma dell'art. 348- ter, c. p. c., la Corte di Cassazione, con sentenza 15 maggio 2014, n. 10722[516], ha statuito che "nel ricorso per cassazione avverso la sentenza di primo grado, proponibile ex art. 348- ter, terzo comma c. p. c., l'atto di appello, dichiarato inammissibile e la relativa ordinanza, pronunciata ex art. 348- bis c. p. c., costituiscono requisiti processuali speciali di ammissibilità, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 366, punto tre, c. p. c.[517], è necessario che, nel suddetto ricorso per Cassazione, sia fatta espressa menzione dei motivi di appello e della motivazione dell'ordinanza, ex art. 348- bis, affinchè sia evidente che, sulle questioni rese oggetto del giudizio di legittimità, non si sia formato alcun giudicato interno, essendo state prospettate adeguatamente al giudice dell'appello".

In altri termini, ciò che la Corte, con la pronuncia in questione, vuole evitare è che, oggetto del ricorso in cassazione, ex art. 348- ter, c. p. c., siano questioni che risultano essere già precluse al momento della proposizione dell'appello dichiarato inammissibile ex art. 348- bis c. p. c.: in particolare, il giudicato interno formatosi in ragione della mancata impugnazione di uno o più capi della sentenza di primo grado, comporta la preclusione, nel corso del medesimo processo, delle relative questioni.

Gli Autori, sulla base del dato letterale dell'art. 348- ter, si sono chiesti se l'ordinanza di inammissibilità sia autonomamente ricorribile in cassazione e, sul punto, le opinioni sono divergenti.

Taluni[518], infatti, ritengono che il provvedimento in questione non è ricorribile, in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 111, settimo comma,

---

[516] Vedi Corte di Cassazione 15 maggio 2014, n. 10722, in *Giust. Civ. mass*., 2014.

[517] *Art. 366, punto tre, c. p. c.*: "Il ricorso deve contenere, a pena di inammissibilità, l'esposizione sommaria dei fatti di causa".

[518] Fra coloro, in dottrina, che ritengono che l'ordinanza di inammissibilità, emessa ex art. 348- bis c. p. c., non può costituire oggetto di ricorso in Cassazione, ex art.

della Costituzione[519], in quanto carente del carattere della decisorietà e definitività.

Con riferimento al primo requisito essi hanno affermato che si tratterebbe di una decisorietà collocata sul piano unicamente e strettamente processuale, poiché andrebbe ad incidere sul diritto all'impugnazione della sentenza di primo grado.

Tuttavia, poiché su tale aspetto risulta essere fermo l'orientamento giurisprudenziale[520] che nega l'ammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione, ex art. 111 Cost., quando la decisorietà si basa sulla lesione di situazioni a rilievo meramente processuale, è sulla base di quest'ultimo che tali Autori hanno ritenuto che l'ordinanza di inammissibilità, emessa ex art. 348- bis, non è ricorribile, autonomamente, in cassazione.

Per quanto riguarda, poi, l'altro requisito, anch'esso necessario ai fini dell'ammissibilità del ricorso in cassazione, ex art. 111 Cost., i fautori di tale opinione hanno rilevato che, a prescindere dalle considerazioni svolte sul carattere della decisorietà, l'ordinanza di inammissibilità non sarebbe, comunque, ricorribile in sede di legittimità in quanto priva del carattere della definitività.

Costoro, infatti, hanno rilevato che, per ammettere il ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso il provvedimento oggetto di discussione, occorrerebbe che quest'ultimo non rendesse impugnabile, per cassazione, la sentenza di primo grado poiché, solo in tal modo, si porrebbe fine al procedimento.

---

111 Cost., vedi C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in Corr. Giur., 2012, p. 1137; M. DI MARZIO, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 405.

[519] *Art. 111, settimo comma, Costituzione*: "Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge".

[520] Vedi Corte di Cassazione, sez. unite, 03 marzo 2003, n. 3073, in *Giur. It*., 2003, p. 2016. La giurisprudenza successiva è tutta nello stesso senso: vedi, a titolo esemplificativo, Corte di Cassazione 20 novembre 2010, n. 23578, in Guida dir., 2010, 49-50, 34.

Ma una simile soluzione, come gli stessi Autori hanno evidenziato, in ragione della regola dell'ultrattività del rito, non può essere praticata:
si tratta di una regola, elaborata dalla giurisprudenza, in virtù della quale il regime di impugnabilità delle sentenze si individua attraverso il regime dell'apparenza, ovvero attraverso la qualificazione effettuata dal giudice nello stesso provvedimento, indipendentemente dalla sua esattezza. In ragione ciò Essi hanno ritenuto che, il provvedimento qualificato come ordinanza, ex art. 348- bis, rende per ciò stesso impugnabile la sentenza di primo grado.
Altri[521], invece, ritengono che l'ordinanza di inammissibilità, di cui all'art. 348- bis, è autonomamente ricorribile in cassazione, ex art. 111 Cost., in quanto dotata di entrambe le garanzie che tale tipo di impugnativa richiede.
In particolare, essi ritengono che il provvedimento in commento è, indubbiamente, decisorio, perché incide su diritti, primo fra tutti il diritto all'impugnazione della sentenza di primo grado, e definitivo, perché chiude il processo di appello e non è revocabile o modificabile.
Il legislatore, nell'art. 348- ter, se da un lato è chiaro nel prevedere che, avverso la sentenza di primo grado è possibile proporre ricorso in cassazione, dall'altro lato è stato altrettanto peculiare nello stabilire che tale impugnativa è soggetta a limiti.
In particolare, al quarto comma, egli ha stabilito che *se l'ordinanza di inammissibilità è fondata sulle stesse ragioni di fatto poste a base della decisione di primo grado*, il ricorso per cassazione, nei confronti di quest'ultima, è limitato ai soli motivi previsti ai punti uno, due, tre e

---

[521] Fra Coloro, in dottrina, che ritengono che l'ordinanza dichiarativa dell'inammissibilità dell'appello, privo di una ragionevole probabilità di accoglimento, è autonomamente ricorribile in cassazione, ex art. 111 Cost., vedi G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del "filtro", in www. Treccani.it*.
Egli, tenendo conto del fatto che l'art. 348- ter prevede espressamente la possibilità di proporre ricorso in cassazione avverso la sentenza di primo grado, completa il suo ragionamento affermando che i due provvedimenti (ordinanza di inammissibilità e sentenza di primo grado) possono essere impugnati con un unico ricorso e, in tale ipotesi, la Corte è tenuta ad esaminare, preliminarmente, il ricorso contro l'ordinanza e, solo in caso di rigetto, ad esaminare il ricorso contro la sentenza.

quattro dell'art. 360 c. p. c.: per ragioni attinenti alla giurisdizione; per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il relativo regolamento; per violazione o falsa applicazione di norme di diritto ed, infine, per nullità della sentenza o del procedimento.

È, quindi, escluso il ricorso per cassazione per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, ai sensi del nuovo punto cinque dell'art. 360 c. p. c.[522], nel caso in cui il giudice di appello confermi quanto accertato e dichiarato dal giudice a quo relativamente alle quaestiones facti.

Anche rispetto a tale previsione, gli Autori[523] hanno assunto una posizione di critica in quanto hanno rilevato che, se il giudice di secondo grado pronuncia l'ordinanza dichiarativa dell'inammissibilità dell'appello, privo di una ragionevole probabilità di accoglimento, ai sensi dell'art. 348- bis c. p. c., in quanto egli ritiene di confermare quanto accertato dal giudice di primo grado, la valutazione preventiva e prognostica effettuata dalla Corte d'Appello, quanto alle questioni di fatto, diviene inattaccabile, poiché non è consentito proporre ricorso in cassazione, contro il provvedimento di primo grado, ai sensi del punto cinque dell'art. 360 c. p. c..

Ma il legislatore non si è limitato a ciò in quanto, all'ultimo comma della disposizione in commento, ha statuito che la previsione in esame viene estesa anche alle ipotesi in cui la Corte d'Appello, pur non pronunciando l'ordinanza di inammissibilità, ex art. 348- bis c. p. c., in quanto ha seguito il modello decisorio ordinario, con sentenza

---

[522] Il nuovo punto cinque dell'art. 360 c. p. c., che disciplina come nuovo motivo di ricorso in cassazione, l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, sostituisce la precedente previsione che consentiva l'impugnazione per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio. Era in ragione di quest'ultimo motivo che, nella disciplina previgente, la Suprema Corte finiva per riesaminare nel merito la lite.

[523] Fra coloro che hanno assunto una posizione di critica nei confronti della c. d. "doppia conforme", vedi G. LUDOVICI, *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, in *www. Judicium.it*.

definitiva conferma quanto statuito dal giudice di primo grado in ordine alle quaestiones facti.

In altri termini, anche nel caso in cui l'appello sia definito con sentenza ed il giudice di secondo grado ha fondato la propria decisione sulle stesse ragioni di fatto poste a base della decisione di primo grado, il ricorso in cassazione avverso la pronuncia di appello è ammesso solo per i motivi di cui al primo comma dell'art. 360, numeri uno, due, tre e quattro, c. p. c..

Tale regola, come espressamente previsto nella disposizione, non trova applicazione nelle cause nelle quali è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero.

Ad ulteriore conferma del fatto che gli Autori sono critici nei confronti della riforma, Essi[524] hanno rilevato che il macchinoso congegno predisposto dal legislatore (ricorribilità diretta della sentenza di primo grado a valle della declaratoria di inammissibilità dell'appello, ex art. 348-bis) rischia di generare un cortocircuito di tutela nel caso in cui, con l'appello dichiarato inammissibile, fosse stato dedotto il motivo di revocazione ordinaria di cui al numero quattro dell'art. 395 c. p. c., ovvero l'errore di percezione in cui è incorso il giudice di primo grado per aver affermato l'esistenza, o l'inesistenza, di un fatto decisivo la cui sussistenza, o insussistenza, risulti invece in modo incontrovertibile agli atti di causa, senza che la circostanza fosse controversa tra le parti.

Costoro hanno osservato che l'errore revocatorio, di cui al punto quattro dell'art. 395, c. p. c., se fatto valere come motivo di appello, il quale, poi, viene dichiarato inammissibile ex art. 348- bis, non è rimediabile per diverse ragioni: innanzitutto, non può essere proposta

---

[524] Fra Coloro che sostengono che l'errore revocatorio, di cui all'art. 395, punto quattro, c. p c., non è rimediabile se dedotto come motivo di appello, il quale, poi, è dichiarato inammissibile, vedi G. GALLETTO, *"Doppio filtro" in appello, "doppia conforme" e danni collaterali*, in *www. Judicium.it*; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento",* in *Corr. Giur.*, 2012, p. 1137-1138.

la revocazione nei confronti della decisione di primo grado poiché quest'ultima, ex art. 396 c. p. c., è ammissibile soltanto se la sentenza non è appellabile, ma nel caso di specie l'appello è stato proposto, e comunque per motivi di revocazione straordinaria; altrettanto improponibile è la revocazione avverso l'ordinanza di inammissibilità, perché essa è insuscettibile di sostituirsi al provvedimento decisorio di primo grado, in quanto è quest'ultimo che diviene possibile oggetto di ricorso in cassazione; infine è inammissibile il ricorso per cassazione, ex del nuovo punto cinque dell'art. 360 c.p. c., perché l'omesso esame di un fatto decisivo non ricade su fatto che è stato oggetto di discussione tra le parti in primo grado.

Sono queste le argomentazioni che, su tale aspetto, gli Autori fanno valere a sostegno della loro posizione di critica nei confronti della riforma.

Con la conclusione dell'esame dell'art. 348-ter c. p. c., ho terminato l'analisi degli aspetti, della nuova disciplina dell'appello, concernenti le ulteriori restrizioni che, a seguito della riforma numero 134 del 2012, sono state introdotte al giudizio di secondo grado.

A questo punto è necessario spostare l'attenzione al profilo giurisprudenziale, ovvero capire quali sono gli orientamenti che, nella giurisprudenza, si sono formati con riguardo *all'effetto che discende dalla declaratoria di inammissibilità dell'appello, per non ragionevole probabilità di accoglimento dell'impugnazione*, da parte del giudice di secondo grado, ai sensi dell'art. 348- bis c. p. c..

Si tratta di una questione rispetto alla quale i giudici di legittimità hanno assunto opinioni contrastanti.

È, quindi, necessario esaminare le due pronunce della Corte di Cassazione che evidenziano i diversi orientamenti che su tale tema si

sono creati, ovvero la sentenza 27 marzo 2014, n. 7273[525] e quella del 17 aprile 2014, n. 8940[526].

Per quanto riguarda la prima decisione, nel caso di specie, la Corte di Trieste, con l'ordinanza emessa ex art. 348- ter c. p. c., ha dichiarato l'inammissibilità dell'appello, proposto dall'appellante, per non essere stati formulati motivi specifici di impugnazione, ossia *per una questione pregiudiziale di rito*, attinente alla forma dell'appello.

Avverso tale ordinanza, la parte ha proposto ricorso in Cassazione.

Il Collegio, quindi, deve stabilire se è ammessa la proposizione del ricorso, in sede si legittimità, contro l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 348- bis.

Egli afferma che "ai sensi dell'art. 348-bis, la relativa ordinanza può essere pronunciata se concorrono due presupposti, ovvero fuori dai casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, e quando l'impugnazione non ha una ragionevole probabilità di essere accolta.

Il tenore letterale della disposizione in commento, come rilevato dallo stesso Collegio, evidenzia che *il campo di applicazione dell'ordinanza di inammissibilità è quello dell'impugnazione manifestamente infondata nel merito*. E nell'affermare ciò, egli fa riferimento alle prime letture delle corti d'appello che su tale espressione si sono formate (nella sentenza in esame vengono, infatti, citate le pronunce del 23 e 30 gennaio 2013, della Corte di Appello di Roma, già esaminate).

Di conseguenza, prosegue la Corte, quando l'ordinanza di inammissibilità, ex art. 348- bis c. p. c., viene emessa entro il suo ambito applicativo proprio, non c'è spazio per un'autonoma ricorribilità per cassazione della stessa, neppure con il ricorso straordinario, ai sensi dell'art. 111 Cost., in quanto l'ordinanza filtro,

---

[525] Vedi Corte di Cassazione 27 marzo 2014, n. 7273, in *Guida al dir*., 2014, 25, 20.

[526] Vedi Corte di Cassazione 17 aprile 2014, n. 8940, in *Foro it*., 2014, V, p. 1413.

se ha evidentemente carattere decisorio e, dunque, uno dei requisiti di accesso al ricorso straordinario (non perché incide sul diritto processuale all'impugnazione, ma perché è emessa in un giudizio, quello di appello, che verte, al pari di quello di primo grado, su situazioni di diritto soggettivo o delle quali è comunque prevista la piena giustiziabilità[527]) difetta, tuttavia, del carattere della definitività, ossia della idoneità a determinare la formazione del giudicato sul diritto controverso. Una volta emessa l'ordinanza di inammissibilità, infatti, come prosegue il giudice di legittimità nella pronuncia in commento, il ricorso per cassazione può essere rivolto avverso il provvedimento di primo grado, secondo quanto disposto dall'art. 348-ter, terzo comma.

Diversa è l'ipotesi in cui l'ordinanza filtro, come nel caso di specie, sia stata pronunciata al fine di decidere una questione attinente propriamente al mezzo d'impugnazione, che si pone a monte del merito dell'appello, ossia per dichiarare un'inammissibilità per ragioni processuali, derivante dalla mancanza di specificità dell'atto di appello, ai sensi del novellato art. 342 c. p. c..

Ad avviso del Collegio, *l'ordinanza di inammissibilità dell'appello pronunciata, al di fuori dei casi previsti dalla legge processuale, per sanzionare l'aspecificità dell'impugnazione, e quindi il riscontro di*

---

[527] A tal proposito la Corte di Cassazione, nella sentenza in esame, richiama la pronuncia che egli stessa, a sez. unite, ha pronunciato, ovvero la numero 11026, del 15 luglio 2003, in *Giur. It.*, 2004, p. 1162.

Con quest'ultima ha statuito che "quando il provvedimento impugnato sia privo dei caratteri della decisorietà e definitività in senso sostanziale (nel caso di specie, si tratta di provvedimenti emessi in sede di volontaria giurisdizione, i quali, sulla base di un orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, sono privi dei requisiti della decisorietà, intesa come risoluzione di una controversia sui diritti soggettivi, e della definitività, intesa come mancanza di rimedi diversi e nell'attitudine del provvedimento a pregiudicare, con l'efficacia propria del giudicato, quei diritti, essendo revocabili in ogni tempo per motivi originari o sopravvenuti ed avendo la funzione non di decidere una lite tra due soggetti, attribuendo ad uno di essi un bene della vita, ma di controllare o governare interessi), il ricorso straordinario per cassazione di cui all'art. 111, settimo comma, della Costituzione, non è ammissibile, neppure se il ricorrente lamenti la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, quali espressione del diritto d'azione, ed in particolare del diritto al riesame da parte di un giudice diverso".

una questione pregiudiziale di rito di carattere impediente attinente alla forma dell'atto di appello, è impugnabile con il ricorso in cassazione, per una duplicità di ragioni: innanzitutto, in tal caso, come rilevato dallo stesso Collegio, sussiste anche il carattere della definitività dell'ordinanza in quanto attraverso quest'ultima, il giudice di secondo grado rileva la sussistenza di una questione pregiudiziale di rito, attinente l'atto di appello, per dichiarare l'inammissibilità dell'impugnazione. Di conseguenza, alla parte, non è data la possibilità di rimettere in discussione la tutela che compete alla situazione giuridica dedotta nel processo, mediante l'impugnazione, in cassazione, della pronuncia di primo grado, poiché, attraverso quest'ultima, può dedurre motivi attinenti alla decisione di primo grado, ma non può far valere censure attinenti all'error in procedendo commesso dal giudice di appello nel non dare ingresso all'impugnazione per una questione attinente al processo. Per poter conseguire una pronuncia su tale error in procedendo, prosegue il Collegio, l'unica possibilità è quella di impugnare il provvedimento che pone termine al procedimento di appello, ossia l'ordinanza di inammissibilità emessa ai sensi dell'art. 348- ter.

L'altra ragione che lo stesso Collegio fa valere, a favore dell'impugnabilità dell'ordinanza di inammissibilità, quando essa è fondata su una questione di rito, è quella secondo la quale, poiché l'incipit dell'art. 348-bis avrebbe richiesto la decisione di inammissibilità con sentenza, l'ordinanza in questione è, in ragione del suo contenuto effettivo, una sentenza in senso sostanziale e, come tale, impugnabile".

È sulla base di tali considerazioni che la Suprema Corte, con la pronuncia in esame, ritiene che, nel caso in cui l'ordinanza di inammissibilità, di cui all'art. 348- bis, è fondata su una questione di rito e, quindi, è emessa al di fuori del suo ambito applicativo, è ricorribile in Cassazione.

A questo punto è opportuno esaminare l'altra sentenza, ovvero la numero 8940, del 17 aprile 2014, la quale, pur trattando la medesima questione, ovvero gli effetti che discendono dalla declaratoria di inammissibilità dell'appello, di cui all'art. 348- bis, si pone in netto contrasto con quella appena commentata.

Il Collegio, nella sentenza che ora vado ad analizzare, fa esplicito riferimento alla pronuncia numero 7273, del 2014, prendendone le relative distanze.

In particolare, egli ritiene che, " secondo la tesi seguita dalla citata decisione, si dovrebbe negare la praticabilità del procedimento di definizione sommaria dell'appello in un caso classico di inammissibilità, come la violazione dell'art. 342 c. p. c. ed, analogamente, in ogni altro caso in cui l'appello sarebbe nella condizione di poter essere definito in rito.

Per il Collegio, questa lettura limitativa dell'ambito di applicazione dell'art. 348- ter, è frutto di un equivoco che risiede nel rifiuto di apprezzare l'espressione "fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello" per quello che essa può valere e, comunque, per quello che ragionevolmente deve valere, non solo per ragioni meramente esegetiche, ma anche, per ragioni di rispetto della volontà del legislatore di assicurare effettività all'idea che sta alla base della riforma, che è quella di ridurre i tempi del processo evitando le lungaggini del procedimento di decisione e trattazione normale dell'appello, quando l'impugnazione è priva di prospettive di successo in modo manifesto.

Entrambe queste ragioni, prosegue il Collegio, cospirano a suggerire che si debba evitare che il procedimento dell'art. 348- bis, del tutto irragionevolmente, non sia utilizzabile per le ipotesi più eclatanti in cui l'appello non ha la ragionevole prospettiva di essere accolto per ragioni di rito.

In pratica, esso ha rilevato che la norma ha voluto dire che, se il giudice di appello non si accorge in limine litis, ovvero prima della lite, come esige l'art. 348- ter c. p. c., della causa di inammissibilità o di improcedibilità e segue il procedimento normale e se ne accorge solo dopo, sia a seguito di una trattazione articolata in più udienze, ai sensi dell'art. 350 c. p. c., o addirittura dopo l'invito a precisare le conclusioni, così avviando il procedimento alla decisione in via normale, è esclusa l'adozione a posteriori del procedimento di cui all'art. 348- bis e ss, cioè la regressione alla decisione sommarizzata. E ciò perché, secondo quanto ritenuto dalla Suprema Corte nella decisione in esame, il legislatore ha immaginato il procedimento decisorio sommarizzato come da adottarsi in limini litis, cioè quando è manifesta l'infondatezza in rito o in merito dell'appello.

Di conseguenza, come rilevato nella stessa pronuncia, l'espressione contenuta nell'art. 348- bis ("non ragionevole probabilità di accoglimento) è essa stessa idonea, per l'assoluta sua genericità e mancanza di riferimento alla ragione per cui difetta la probabilità di accoglimento, a comprendere sia la mancanza di probabilità per ragioni inerenti il merito sia la mancanza di probabilità per ragioni inerenti il rito: un appello inammissibile, improcedibile, o affetto da nullità in rito è certamente un appello che non ha ragionevole probabilità di essere accolto in non diversa guisa di come non l'abbia un appello manifestamente privo di fondatezza nel merito.

A ben vedere, aggiunge il Collegio, la scelta con cui la prevalente dottrina ha ristretto l'ambito dell'applicabilità del procedimento ex artt. 348- bis e ter, sembra allora tutt'altro che giustificata dal tenore letterale di essa e semmai appare surrettiziamente mossa dall'intento, pienamente legittimo sul piano dell'espressione di auctoritas dottrinale in base ad una scelta di valore, ma non su quello dell'esegesi dovuta dall'interprete- giudice, che deve tendere ad assicurare e valorizzare l'intento legis, di ridurre al minimo l'applicabilità della riforma,

effettivamente articolatesi con una rilevante novità nell'ormai estesa e ricorrente sequela di interventi sul processo civile.

All'esegesi qui prospettata, prosegue la Suprema Corte nella pronuncia in esame, è stato obbiettato che essa avrebbe la conseguenza di rimettere l'appellante in giuoco, con la possibilità di impugnare la sentenza di primo, anche quando il suo appello fosse stato dichiarato inammissibile in rito, per inammissibilità o improcedibilità tradizionali: è stato cioè paventato che sarebbe del tutto strano che la parte che ha fatto un appello inammissibile o improcedibile sia poi ammessa, come se le si dessero dei tempi supplementari, ad impugnare la sentenza di primo grado. L'irragionevolezza, in particolare, come osservato, sussisterebbe massimamente nel caso in cui l'inammissibilità sia stata dichiarata ai sensi dell'art. 348- ter, per tardività dell'appello oppure perché doveva essere proposta un'impugnazione diversa dall'appello; tuttavia, non meno evidente, sarebbe anche negli altri casi di declaratoria di inammissibilità in rito.

Il problema prospettato, però, replica il Collegio in commento, è un falso problema per i casi in cui l'appello sia stato dichiarato inammissibile per tardività o perché doveva proporsi altro mezzo di impugnazione: in tal caso, la Corte di Cassazione, potrà e dovrà rilevare la formazione della cosa giudicata e lo potrà fare per l'assorbente ragione che tale esame non suppone, nemmeno indirettamente, quello della correttezza della motivazione dell'ordinanza, ex art. 348- ter e, dunque, una valutazione dell'attività del giudice d'appello.

L'inammissibilità dell'appello, infatti, prosegue la Corte nel suo ragionamento, nei due casi in discorso, deriva da una circostanza che è riferibile al decorso dei termini di impugnazione contro la sentenza di primo grado in forza di quanto determinato dalla sua mera decorrenza e, dunque, ad una causa esterna allo svolgimento del giudizio di appello. La stessa cosa dicasi per la questione del mezzo esperibile.

In entrambi i casi, quindi, rileva l'organo di legittimità, non si tratta di cause di inammissibilità che derivano da errori, inerenti la tecnica di esercizio del diritto di impugnazione con l'appello, dipendenti dall'applicazione delle norme che regolano il procedimento di appello e che, quindi, allorchè esaminate dalla Corte di Cassazione, adita con il ricorso contro la sentenza di primo grado, supporrebbero necessariamente una valutazione da parte di essa di norme del procedimento relative al giudizio di appello e, dunque, dell'operato del giudice di secondo grado nella gestione della loro applicazione e, pertanto, del suo procedimento.

Invero, prosegue la Corte, apprezzare se l'appello era stato proposto tardivamente, come lo ha dichiarato il giudice di appello con l'ordinanza, emessa ai sensi dell'art. 348- ter c. p. c., suppone l'applicazione, da parte della Corte di cassazione, investita dell'impugnazione della sentenza di primo grado, di un giudizio sull'esistenza di un giudicato per tardivo esercizio dell'appello che implica l'applicazione delle norme generali sulle impugnazioni, di cui agli artt. 325, 326 e 327 c. p. c., e dal quale emerge l'individuazione dell'esistenza di un giudicato formatosi a prescindere dalla valutazione e decisione espressa dal giudice d'appello, attraverso l'applicazione delle norme del procedimento di cui era investito, avendo anche il giudice d'appello applicato quelle norme generali.

Analogamente, continua l'organo di legittimità nella sentenza in questione, per il caso di declaratoria di inammissibilità dell'appello ai sensi dell'art. 348- ter c. p. c., perché doveva proporsi altro mezzo di impugnazione: in questa ipotesi, come rilevato, la causa di inammissibilità verrebbe apprezzata in funzione della constatazione dell'esistenza del passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, impugnata davanti alla Corte di Cassazione, attraverso un giudizio basato, non sulle norme che regolano lo svolgimento del giudizio di appello, bensì di quelle che individuano il mezzo di impugnazione

esperibile ad a suo tempo non esperito, sicchè la cognizione della Corte non è in contraddizione con la non impugnabilità dell'ordinanza ma, anzi, è in coerenza con essa.

Con riferimento a tutte le altre ipotesi di inammissibilità ed improcedibilità, il Collegio replica alla obiezione, affermando che, poiché i vizi relativi, in quanto inerenti la disciplina dello svolgimento del giudizio di appello e, dunque, derivanti da fattispecie che facevano parte della cognizione devoluta al giudice d'appello secondo le norme del procedimento di cui era investito, da norme del suo procedimento, la salvezza dell'impugnabilità della sentenza di primo grado, allorchè tali vizi siano stati rilevati e *l'esclusione della possibilità che la Corte di Cassazione, investita dell'impugnazione della sentenza di primo grado, possa rilevarli e condividerli anch'essa, desumendone il passaggio in cosa giudicata della sentenza di primo grado, perché l'appello era stato effettivamente mal proposto*, non rappresenta una stonatura, non diversamente da come non la rappresenta l'impugnazione della sentenza di primo grado, dopo la declaratoria di inammissibilità per inesistenza di ragionevole probabilità di accoglimento nel merito dell'appello (come per le altre ragioni di rito), che anch'essa è ipotesi di appello mal proposto.

Per esemplificare, prosegue la Corte nel suo ragionamento, se l'appello era aspecifico, oppure improcedibile, e tali vizi sono stati dichiarati con l'ordinanza, emessa ai sensi dell'art. 348- ter c. p. c., (e tenendo conto del fatto che la Corte di Cassazione è impossibilitata a riconoscere, in tali casi, che la sentenza di primo grado era passata in cosa giudicata, per effetto del cattivo esercizio del diritto di appello, secondo le norme regolatrici del procedimento di appello) si può tollerare che la partita si rigiochi con il ricorso per cassazione contro la sentenza di primo grado. E la ragione, come dichiarato nella pronuncia in esame, è che l'appello è stato definito in via sommaria, con il

procedimento ai sensi di quella norma, e non con le garanzie connesse alle sue regole normali.

Di conseguenza, la preclusione di una impugnazione della decisione sommaria giustifica che la parte sia rimessa in giuoco rispetto alla sentenza di primo grado, dovendosi comunque assicurare e garantire la tutela ai sensi dell'art. 111, settimo comma, della Cost..

In questi casi, così come non è possibile che la Corte di Cassazione, investita dell'impugnazione della sentenza di primo grado, controlli la valutazione del giudice d'appello di inammissibilità *per la ricorrenza della mancanza di ragionevole probabilità di accoglimento nel merito,* allo stesso modo non è possibile che controlli la valutazione espressa circa la mancanza di ragionevole probabilità di accoglimento effettuata per l'inammissibilità al di fuori delle dette due ipotesi, come, nel caso di difetto di specificità dei motivi, o quella di improcedibilità o di esistenza di altra causa in rito impediente. La suggestione che in questo secondo gruppo di casi, conclude sul punto la Suprema Corte, se veramente la causa di inammissibilità o improcedibilità o l'infondatezza in rito esisteva, si finisce, ove si escluda, come si deve escludere, che la Corte possa constatare tale esistenza, per rimettere in termini l'appellante che aveva male esercitato il suo diritto di impugnazione con l'appello per ragioni di rito, è meramente tale, *perché il legislatore ha voluto che il controllo sull'operato del giudice d'appello fosse precluso e come contraltare, in ragione della circostanza che esso è frutto di sommarizzazione, ha attribuito alla parte il diritto di impugnare la sentenza di primo grado*.

Questa particolarità, come espressamente dichiara il Collegio nella pronuncia in questione, non è colta dalla Cassazione numero 7273 del 2014, là dove parrebbe non condividere la ricostruzione qui prospettata osservando, proprio per il caso di appello aspecifico, che, consentire il ricorso contro la sentenza di primo grado, significherebbe rimettere in giuoco la parte che si è vista dichiarare l'appello inammissibile per

specificità, nonostante il consolidamento del giudicato e della preclusione di ogni ulteriore mezzo di impugnazione, che, par di capire, sarebbe da ravvisare nel fatto che l'appello era viziato da specificità.

L'assunto non è condiviso dalla Cassazione numero 8940 del 2014, la quale sostiene che, nel caso dell'art. 348- ter c. p. c., la Corte è investita dell'impugnazione della sentenza di primo e non di quella pronuncia di inammissibilità: *è, dunque, il legislatore che vuole che la decisione sul ricorso contro la sentenza di primo grado avvenga prescindendo dalla valutazione sul se l'appello era stato idoneo ad impedire la formazione della cosa giudicata, secondo la sua disciplina, perché la Corte di Cassazione non è investita dei poteri ufficiosi di controllo sulla idoneità dell'appello secondo essa, dato che ciò suppone che la decisione impugnata sia quella resa dal giudice d'appello.*

Pertanto, la Cassazione, nella sentenza in esame, statuisce che l'art. 348- bis c. p. c., quando allude all'ipotesi in cui l'appello non ha ragionevole probabilità di essere accolto, intende comprendervi sia il caso in cui sia tale per manifesta infondatezza nel merito, sia il caso in cui esso sia manifestamente infondato per una qualsiasi ragione di rito, in quanto l'inciso "fuori dai casi in cui deve essere dichiarata, con sentenza, l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello", allude all'ipotesi in cui il giudice dell'appello abbia dato corso alla trattazione dell'appello in via normale e non abbia rilevato la mancanza di ragionevole probabilità dell'appello di essere accolto in limini litis, all'udienza di cui all'art. 350 c. p. c..

Sulla base di tali considerazioni, per il Collegio, come si evince dalla decisione oggetto di analisi, il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, della Cost., avverso l'ordinanza di inammissibilità, di cui all'art. 348- ter c. p. c., è sempre inammissibile in quanto, per esso, quest'ultima non ha mai il carattere della

definitività. Ed anche sotto tale profilo, la Cassazione numero 8940 del 2014, critica quanto statuito nella pronuncia, dello stesso anno, numero 7273, poiché in quest'ultima, la Suprema Corte ha statuito che, nel caso in cui l'ordinanza di cui all'art. 348- ter c. p. c., viene emessa per sanzionare una questione pregiudiziale di rito di carattere impediente, attinente alla forma dell'atto di appello, ricorrerebbe il carattere della definitività, perché l'eventuale errore del giudice di appello, nell'apprezzamento della mancanza di specificità dell'atto di appello, non essendo un vizio della sentenza di primo grado, non potrebbe essere controllato con il ricorso contro la sentenza di primo grado, onde l'unico mezzo per conseguire tale controllo sarebbe il ricorso straorinario.

La Suprema Corte, nella decisione in esame, prende le distanze dalla citata sentenza, in quanto egli ritiene che quest'ultima si pone in netto contrastato con il concetto di definitività assunto dalla Cassazione, sez, unite, numero 11026 del 2003.

Dalla lettura della motivazione della pronuncia delle sezioni unite si deduce, come rilevato dalla Cassazione numero 8940, che il diritto processuale di azione, ha natura strumentale, in quanto è espressione di un sistema di norme che disciplina meccanismi ed istituti diretti a garantire che la norma sostanziale sia attuata anche nell'ipotesi di mancata cooperazione spontanea da parte di chi vi è tenuto. Questo carattere strumentale, come si legge nella motivazione, postula che al diritto processuale di azione non può essere attribuita una tutela diversa e speciale rispetto a quella che la normativa contempla in relazione all'atto destinato a provvedere sulla situazione sostanziale.

Si vuol dire, cioè, come rilevato dalla decisione in esame, che se un atto non è impugnabile, con ricorso straordinario per cassazione, perché privo di carattere decisorio e definitivo, nei significati già enunciati nel momento in cui ho esaminato la suddetta sentenza, quando contiene una pronuncia di merito, non lo è neppure quando

esso si esaurisca in una pronuncia di rito, dal momento che la natura processuale della statuizione non vale ad attribuirle la qualificazione decisoria e definitiva delle quali, come pronuncia di merito, sarebbe stata priva.

In sostanza, come questa Corte ha di recente osservato[528], il diritto processuale all'impugnazione, in quanto funzionale alla tutela di situazioni di diritto sostanziale, non può godere di una tutela astratta, fine a se stessa, ma deve essere considerato in relazione alla materia e all'oggetto della controversia.

È sulla base del concetto di definitività sopra ricostruito che la Suprema Corte, nella sentenza numero 8940 del 2014, afferma che il ricorso per cassazione straordinario, avverso l'ordinanza di inammissibilità, emessa ex art. 348- ter c. p. c., è sempre inammissibile in ragione del fatto che, quest'ultima, non ha mai il carattere della definitività: sia quando insiste sul merito ma anche quando attiene al rito in quanto, se un atto non è impugnabile, ex art. 111, settimo comma, della Cost., quando contiene una pronuncia di merito, perché privo della definitività, non lo è neppure quando esso si esaurisca in una pronuncia di rito, stante la natura strumentale della problematica processuale e la sua idoneità a costituire oggetto di dibattito soltanto nella sede, e nei limiti, in cui sia aperta o possa essere riaperta la discussione nel merito.

È evidente, quindi, che la giurisprudenza, sul tema degli effetti che discendono dalla declaratoria di inammissibilità dell'appello, pronunciata ex art. 348- bis e ter c. p. c., assume posizioni diverse ed opposte.

Il contrasto tra le due soluzioni, infatti, ha fatto si che la questione sia stata rimessa alle Sezioni Unite che, al momento, non si sono ancora pronunciate.

---

[528] Vedi Corte di Cassazione, sez. unite, 03 marzo 2003, n. 3073, in *Giur. It.*, 2003, p. 2016.

Con l'esame delle due pronunce della Corte di Cassazione, sopra citate, ho terminato l'analisi della nuova disciplina dell'appello di diritto comune.

Con essa, l'istituto, ha definitivamente perso i caratteri di rimedio a critica libera, con devoluzione piena ed automatica e destinato a concludersi in una pronuncia sostitutiva, per diventare espressione di un'impugnazione in senso stretto, avente ad oggetto l'atto da impugnare, i suoi errori ed i suoi vizi.

Nel capitolo successivo, invece, mi dedico alla trattazione del regime attuale delle impugnative fallimentari: nel fare ciò, oltre ad evidenziare gli aspetti di novità rispetto alla normativa previgente, cercherò anche di illustrare le posizioni della dottrina e della giurisprudenza, sul tema dell'applicabilità delle restrizioni, oggi esistenti nel giudizio di appello disciplinato nel codice di rito ed esaminate in tale capitolo, all'ambito delle impugnative fallimentari.

CAPITOLO TRE

Il regime attuale delle impugnative fallimentari: i rimedi sono assimilabili ad un vero e proprio giudizio di impugnazione

SOMMARIO: 3.1. il reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento (art.18). 3.2. l'impugnazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo: art. 99 della legge fallimentare. 3.3.1. l'oggetto del giudizio in caso di opposizione. 3.3.2. l'oggetto del giudizio in caso d'impugnazione in senso stretto. 3.3.3. l'oggetto del giudizio in caso di revocazione. 3.3. il reclamo contro il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento. 3.4. le impugnative degli atti degli organi fallimentari.

3.1. il reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 18).

Il Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, contenente la normativa fallimentare, è stato modificato, in un primo momento, dal D. lgs 09 gennaio 2006, n. 5[529], e, successivamente, dal D.lgs 12 settembre 2007, n. 169[530] che è entrato in vigore il primo gennaio 2008.

Secondo la prima disciplina della riforma, l'impugnazione consentita avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, *nelle forme dell'appello*, era perfettamente coerente, anche da un punto di vista nominalistico, ad un rito camerale in prime cure che assomigliava, come assomiglia per le soluzioni concretamente adottate, ad un vero e proprio grado di giudizio a cognizione piena, governato da un rito speciale.

---

[529] *D. lgs 09 gennaio 2006, n. 5*, "*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'art. 1, comma 5, della legge 14 maggio del 2005, n. 80*", la quale, a sua volta, "è norma di conversione, con modificazioni, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile, in materia di processo di cassazione e di arbitrato, nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali".

[530] *D. lgs 12 settembre 2007, n. 169*, "Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 09 gennaio 2005, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'art. 1, commi 5, 5- bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80".

Con il successivo intervento correttivo, anche il gravame è stato allineato alle forme camerali del primo grado, poiché l'art. 18, della legge fallimentare, coerentemente, introduce un *reclamo camerale*.

Tuttavia, anche in tale occasione, come rilevato dagli Autori, il legislatore ha disciplinato un rito camerale che risulta essere tale solo nel nomen poiché non opta per un semplice rinvio alle forme dell'art. 739 e ss. c. p. c., ma, piuttosto, fa riferimento a regole che impongono un inevitabile richiamo alle forme ordinarie della cognizione piena: l'instaurazione del contraddittorio è soggetto a forme particolarmente regolate, si prevede l'adottabilità di una tutela cautelare, per gli atti introduttivi è prevista una specifica normativa sulla forma- contenuto, è previsto lo svolgimento di un'istruttoria ampia ed, infine, all'esito del giudizio è consentito percorrere un gravame.

Di conseguenza, per quanto il legislatore usi il termine reclamo, per consentire l'impugnazione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, non è alla disciplina contenuta nel codice di procedura civile, in materia di rito camerale, a cui esso fa riferimento, ma ad un procedimento di gravame integralmente regolato ex novo[531].

Nell'art. 18, versione vigente, della legge fallimentare, infatti, si prevede che "*contro la sentenza che dichiara il fallimento può essere proposto reclamo dal debitore e da qualunque interessato con ricorso da depositarsi nella cancelleria della corte di appello, nel termine perentorio di trenta giorni.*

Il ricorso deve contenere:

1) *L'indicazione della Corte d'appello competente;*
2) *Le generalità dell'impugnante e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede la corte d'appello;*

[531] A sostegno di tale ricostruzione dottrinale, vedi C. CECCHELLA, *Il processo per la dichiarazione di fallimento. Un rito camerale ibrido*, Padova, 2012, pp. 93 ss; F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012, pp. 142 ss; C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Guida al Sole 24 ore, 2007, pp. 116- 117.

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.*

Il reclamo non sospende gli effetti della sentenza impugnata, salvo quanto previsto dall'art. 19, primo comma.

Il termine per il reclamo decorre, per il debitore, dalla data della notificazione della sentenza a norma dell'art. 17 e, per tutti gli altri interessati, dalla data della iscrizione nel registro delle imprese ai sensi del medesimo articolo. In ogni caso, si applica la disposizione di cui all'articolo 327, primo comma, del codice di procedura civile.

Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore, e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro sessanta giorni dal deposito del ricorso.

Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, a cura del reclamante, al curatore e alle altre parti, entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto.

Tra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni.

Le parti resistenti devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza, eleggendo il domicilio nel comune in cui ha sede la corte d'appello.

La costituzione si effettua 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.

L'intervento di qualunque interessato non può aver luogo oltre il termine stabilito per la costituzione delle parti resistenti, con le modalità per queste previste.

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.

La corte provvede sul ricorso con sentenza.

La sentenza che revoca il fallimento è notificata, a cura della cancelleria, al curatore, al creditore che ha chiesto il fallimento e al debitore, se non reclamante, e deve essere pubblicata a norma dell'art. 17.

La sentenza che rigetta il reclamo è notificata al reclamante a cura della cancelleria.

Il termine per proporre il ricorso per cassazione è di trenta giorni dalla notificazione.

Se il fallimento è revocato, restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura.

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".

Gli Autori[532] hanno rilevato che la scelta del reclamo, per la fase di gravame, oltre ad apparire coerente con il rito camerale adottato per la decisione di primo grado, varrebbe ad *escludere l'applicabilità della disciplina dell'appello*, *novellata dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83* e dettata dal codice di rito, e *ad assicurare l'effetto pienamente devolutivo dell'impugnazione*, 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.

Già alla luce di tali considerazioni preliminari, in ordine alla disciplina attuale dell'art. 18, della legge fallimentare, è facile intuire ciò che gli stessi Autori hanno rilevato, ovvero che il rimedio previsto nei confronti della sentenza dichiarativa di fallimento è assimilabile, a

---

[532] A sostegno di una simile interpretazione, che *esclude* l'applicabilità della disciplina dell'appello, contenuta nel codice di rito, al reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, vedi, in dottrina, C. CECCHELLA, in R. VACCARELLA, F. P. LUISO, *Le impugnazioni civili*, in *L'appello speciale*, Torino, 2013, pp. 313 ss.; A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2014, p. 559.

differenza del difficile inquadramento sistematico esistente nella disciplina previgente, ad un vero e proprio giudizio di impugnazione.

A questo punto è necessario ricostruire il senso, che la dottrina, ha attribuito alla *c. d. efficacia devolutiva*[533] *del reclamo avverso la decisione dichiarativa di fallimento*.

Nel compiere tale operazione è necessario iniziare da alcuni dei requisiti di contenuto- forma che il reclamo deve contenere e che sono previsti nel secondo comma del nuovo art. 18, della legge fallimentare, ovvero l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni (punto tre); e l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti (punto quattro), nonché dei requisiti che, ai sensi del nono comma della medesima disposizione, la memoria, presentata dal resistente, deve contenere, ovvero l'esposizione delle difese in fatto e in diritto, oltre che l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti.

La formulazione del nono e secondo comma, numero quattro, dell'art. 18, della legge fallimentare, come evidenziato in dottrina[534], appare derogatoria rispetto all'art. 345 c. p. c., secondo e terzo comma, in quanto priva dei limiti che quest'ultimo contiene in ordine alla possibilità di allegazioni e deduzioni istruttorie.

Ai sensi del nono e secondo comma, punto quattro, dell'art.18, della legge fallimentare, è data, quindi, la possibilità, al reclamante e al

---

[533] Con l'espressione "effetto devolutivo" gli studiosi della materia fanno riferimento a quell'impugnazione idonea ad introdurre un nuovo grado di giudizio attinente, non unicamente alla sentenza gravata, bensì, nuovamente al medesimo rapporto sostanziale già sottoposto al giudice a quo.
All'ambito della cognizione del secondo giudice si riferiscono, invece, due ulteriori significati dell'espressione, con cui si allude tanto all'apertura del giudizio d'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.

[534] Vedi C.CECCHELLA, in R. VACCARELLA- F. P. LUISO, *Le impugnazioni civili*, in *L'appello speciale*, Torino, 2013, pp. 313 ss; A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2014, p. 569.

resistente, di introdurre difese nuove, siano esse eccezioni riservate o mezzi istruttori.

Con riferimento, invece, al requisito di cui al secondo comma, punto tre, dell'art. 18, della legge fallimentare (motivo di impugnazione), gli Autori[535] hanno rilevato che esso offre la misura della devoluzione, in funzione dei capi di sentenza effettivamente impugnati[536].

Di conseguenza, sulla base di tale impostazione, la cognizione del giudice di secondo grado rimane circoscritta a tali censure, senza, quindi, la riemersione automatica, per un nuovo esame, di tutte le questioni già sottoposte al tribunale. In quest'ultima ipotesi si finirebbe, come gli stessi fautori di tale esegesi hanno osservato, per svuotare di qualsiasi funzione la prescritta indicazione, la quale, appunto, disciplina i motivi di reclamo.

Dunque, se la specificità della motivazione è necessaria per la validità del reclamo fallimentare, a quest'ultimo, tuttavia, come gli stessi Autori hanno evidenziato, non è estensibile il rigore che, oggi, discende dalla specificazione del motivo, ex art. 342 c. p. c., e dalla sua fondatezza ad un apprezzamento preliminare di ragionevole probabilità di accoglimento, ex art. 348- bis, c. p. c..

---

[535] Vedi, in dottrina, C. CECCHELLA, in R. VACCARELLA- F. P. LUISO, *Le impugnazioni civili, in L'appello speciale, ibidem*; A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali, ibidem*; F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012, p. 318 e 591.

[536] Il medesimo principio è stato affermato dalla Corte di Cassazione, nella pronuncia 28 ottobre 2010, n. 22110, in *Giust. Civ. Mass*., 2010, 10, 1381.
Con tale sentenza la Corte ha affermato che, " ai sensi del comma due, punto tre, della legge fallimentare, 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". (Affermando detto principio, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che aveva revocato il fallimento dando rilievo, ai fini dei requisiti dimensionali di cui all'art. 1, comma due, della legge fallimentare, ma al di fuori della prospettazione del reclamante, al mancato svolgimento di attività del debitore nei tre anni anteriori alla istanza di fallimento, quale periodo da considerare per il riscontro delle soglie dell'attivo e dei ricavi, e non agli ultimi tre anni di attività effettiva, invece valutati dal tribunale.).

Pertanto, il reclamo dovrà contenere, semplicemente, l'indicazione dei capi della sentenza effettivamente impugnati e non le censure e i vizi che si intendono far valere, con l'indicazione dei contenuti sostitutivi richiesti al giudice del reclamo.

Infine, i sostenitori di tale impostazione, hanno anche sostenuto che, nel caso di omissione dei motivi, la conseguenza che ne deriva non è la diretta ed immediata inammissibilità, come, invece, prevede il nuovo art. 342 c. p. c., ma la nullità che consente, al giudice di appello, di fissare un termine perentorio per rinnovare la citazione o, se il resistente si è costituito, per integrare la domanda, ex art. 164, quinto comma, c. p. c..

Per quanto riguarda, invece, la posizione della giurisprudenza, in ordine all'applicabilità della disciplina dell'appello dettata dal codice di rito, al reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, è necessario far riferimento ad una pronuncia con la quale, la Corte di Cassazione, ha individuato il confine, nella disciplina positiva del reclamo stesso, tra la logica della de formalizzazione inverata dalla disciplina generale del procedimento camerale, e quella dell'impugnazione.

Il riferimento è alla sentenza 05 novembre 2010, n. 22546[537], con la quale, la Suprema Corte, chiamata a stabilire se la contumacia, nel giudizio prefallimentare, precludesse all'imprenditore di proporre eccezioni e domande nuove, prove documentali ed altri mezzi di prova con il reclamo, ha, infatti, affermato che "nel giudizio d'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 della legge fallimentare, ridenominando tale mezzo come reclamo in luogo del precedente appello, l'istituto, adeguato alla natura camerale dell'intero procedimento, è caratterizzato, *per la sua specialità*, da un effetto devolutivo pieno, cui

[537] Vedi Corte di Cassazione 05 novembre 2010, n. 22546, in *Riv. Dir. Proc*., 2011, p. 427.

non si applicano i limiti previsti, in tema di appello, dagli artt. 342 e 345 c. p. c., pur attenendo il reclamo ad un provvedimento decisorio, emesso all'esito di un procedimento contenzioso svoltosi in contraddittorio e suscettibile di acquisire autorità di cosa giudicata; ne consegue che il debitore, benché non costituito avanti al tribunale, 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. uno, comma due, della legge fallimentare, tenuto conto che, sul punto e come ribadito dalla Corte Costituzionale, nella pronuncia, 01 luglio 2009, n. 198, in tema di dichiarazione di fallimento ed onere della prova nel procedimento dichiarativo, permane un ampio potere di indagine officioso in capo allo stesso organo giudicante". (Affermando tale principio, la Suprema Corte, ha 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 con il reclamo).

Dunque, all'apertura dei nova, consentita dal secondo comma dell'art. 18 della legge fallimentare, si accompagna, secondo la Corte, *in virtù dello stesso art. 18, secondo comma della legge fallimentare*, e non in ragione dell'art. 342 c. p. c., la contestuale limitazione della cognizione della Corte d'appello alle sole questioni ritualmente dedotte dalle parti[538].

Tuttavia, la giurisprudenza, ha precisato che, ferma l'inapplicabilità dell'art. 345, secondo e terzo comma, del c. p. c., occorre tenere di

---

[538] Tale orientamento è stato ribadito, dalla stessa Corte di Cassazione, anche in successive pronunce, ovvero, nella sentenza 02 aprile 2012, n. 4247, in *Foro it*., 2012, I, p. 2080; nella sentenza 06 giugno 2012, n. 9174, in *Giust. Civ. Mass*., 2012, 6, 747.

Con tali pronunce la Corte ha affermato che " sulla premessa della natura devolutiva del reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, secondo la ricostruzione compiuta dalla medesima Corte nella sentenza numero 22546 del 2010, 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. uno, comma due della legge fallimentare ovvero l'insussistenza dello stato d'insolvenza".

conto di quelle preclusioni, eventualmente maturate dinanzi al tribunale, per effetto di specifiche disposizioni di legge, che impediscono, al reclamante, di poter dedurre, nel giudizio di reclamo, determinate questioni.

In tal modo, la Corte di Cassazione, con sentenza 22 maggio 2013, n. 12550[539], ha affermato che, "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, il mancato tempestivo rilievo della violazione del criterio fissato dall'art. 9, della legge fallimentare, rende incontestabile la competenza del tribunale adito e, così, non superabile, in sede di reclamo, la decadenza dalla eccezione di incompetenza per territorio inderogabile.

L'art. 18, primo comma, della legge fallimentare, prevede, espressamente, che il reclamo si propone mediante deposito del ricorso, nella cancelleria della Corte d'appello, nel termine perentorio di trenta giorni. Quest'ultimo, ai sensi del quarto comma della disposizione in commento, decorre, per il debitore, dalla data della notificazione della sentenza, mentre, per tutti gli altri interessati, dalla data di iscrizione nel registro delle imprese. Entrambi i dies a quo sono disciplinati nell'art. 17 della legge fallimentare[540].

Inoltre, nella norma, a conclusione del quarto comma, si prevede che "in ogni caso si applica la disposizione di cui all'art. 327, primo

---

[539] Vedi Corte di Cassazione 22 maggio 2013, n. 12550, in *Il Fall*., 2013, p. 829.
Il principio era già stato affermato dalla Corte di Cassazione 02 aprile 2012, n. 5257, in *Giust. Civ. Mass*., 2012, 4, p. 435.

[540] Ai sensi dell'art. 17 della legge fallimentare, infatti, "la sentenza che dichiara il fallimento è notificata al debitore ed è comunicata, per estratto, al pubblico ministero, al curatore ed al richiedente il fallimento. La sentenza è, altresì, iscritta presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta".

comma, c. p. c.", nel quale si prevede che, indipendentemente dalla notificazione, l'appello non può proporsi dopo che sono decorsi sei mesi dalla pubblicazione della sentenza.

L'espressione "in ogni caso", data la sua non perspicuità, è stata interpretata, da parte della dottrina[541], nel senso che il termine semestrale non trova applicazione nei confronti del contumace involontario, perché una simile estensione risulterebbe di dubbia costituzionalità, alla luce del principio, ormai consolidatosi nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui è lesivo del diritto di difesa un termine che comincia a decorrere dalla data di un evento che, il soggetto onerato di un'attività processuale, non è messo nella condizione di conoscere.

Sotto tale aspetto, dunque, il legislatore della riforma, già a partire dal d. lgs n. 5 del 2006, ha dettato una normativa con la quale ha definitivamente superato le diatribe che, durante la vigenza della disciplina previgente, esistevano in materia di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, con riferimento sia al dies a quo a partire dal quale il debitore può proporre opposizione, sia in ordine alla natura di tale termine, sia, infine, sull'applicabilità o meno dell'art. 327 c. p. c..

Tutti profili che ho ampliamente esaminato nel primo capitolo, ovvero nella parte in cui mi sono dedicata all'esame della disciplina

---

[541] Per una simile interpretazione vedi, in dottrina, A. JORIO- B. SASSANI, Trattato delle procedure concorsuali, I, Milano, 2014, p. 576.
Fra gli Autori c'è, anche, chi ha affermato che l'espressione "in ogni caso", potrebbe essere interpretata nel senso di escludere, per il termine lungo, la deroga prevista al secondo comma dell'art. 327 c. p. c., ovvero per il caso di contumacia involontaria. In tal senso vedi SANTANGELI, *Il nuovo fallimento*, Padova, 2006, p. 96.
Tale diatriba è stata di recente risolta dalla Corte di Cassazione 23 giugno 2014, n. 14232, in *Giust. Civ. Mass*., 2014.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "in tema di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, sebbene l'art. 18, quarto comma, della legge fallimentare, richiami espressamente il solo art. 327, comma uno, c. p. c., va ritenuta l'applicabilità anche del secondo comma della menzionata disposizione per ragioni connesse al rispetto del principio del contraddittorio, riferibile anche al procedimento prefallimentare".

previgente delle impugnative fallimentare, e, dunque, anche dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento.

Gli Autori[542] hanno rilevato che, la disciplina attualmente in vigore, rispetto a quella previgente, si lascia apprezzare per essere ben più garantista, sia per la maggiore ampiezza del termine, sia per la sua decorrenza in quanto legata, per il debitore, alla conoscenza integrale della decisione e, per gli altri interessati, a un adempimento efficace, come l'iscrizione nel registro delle imprese.

Continuando con l'esame del profilo dei termini per proporre reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, ai sensi della disciplina vigente, gli stessi Autori che ritengono che la formula "in ogni caso" deve essere interpretata nel senso di non ritenere applicabile il termine semestrale anche al contumace involontario, sostengono, invece, che il termine lungo è estendibile agli altri interessati, nel caso in cui sia mancata l'iscrizione nel registro delle imprese.

Infine, sulla base dell'orientamento giurisprudenziale già consolidatosi nel previgente giudizio di opposizione e oggi ribadito, al termine per proporre reclamo non si applica la sospensione feriale[543].

Per quanto riguarda la legittimazione attiva, l'art. 18 della legge fallimentare, sancisce ciò che già era statuito nella normativa previgente, ovvero che essa compete al "debitore" e "a qualunque interessato". La disposizione in commento, tuttavia, non prevede più, espressamente, che "chi ha chiesto la dichiarazione di fallimento non è legittimato a proporre opposizione"; ma ciò risulta essere logico in quanto, in tale ipotesi, viene meno l'interesse ad impugnare[544].

---

[542] A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2014, p. 577.

[543] Per l'inapplicabilità della sospensione feriale al termine per proporre reclamo già si era pronunciata la Corte di Cassazione 01 giugno 1994, n. 5329, in *Il Fall*., 1994, p. 1269.

[544] Affinchè si possa ravvisare l'interesse ad impugnare è, infatti, necessario, come sostenuto dalla recente dottrina e giurisprudenza, che l'impugnante consegua un

È stato rilevato che la legittimazione propria del debitore deve considerarsi estesa fino a comprendere quella del socio illimitatamente responsabile[545], in ragione del fatto che il fallimento della società costituisce il presupposto necessario di quello del socio[546].

La legittimazione a proporre reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, come rilevato dagli stessi Autori, spetta anche alla società, in persona del suo legale rappresentante.

Inoltre, fra gli "altri interessati", come rilevato dalla giurisprudenza, a titolo esemplificativo, vanno annoverati anche coloro che sono esposti ad un'azione revocatoria fallimentare[547] (il riferimento è al creditore soddisfatto prima del fallimento).

Tuttavia, la stessa giurisprudenza, in tempi recenti, ha sottolineato che, con riferimento all'individuazione dei soggetti legittimati a proporre reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, deve 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,

---

risultato più favorevole, una maggiorazione della sfera giuridica, rispetto a quella ottenuta con la sentenza che s'impugna.

[545] A tal riguardo è opportuno evidenziare che l'ordinamento, sotto il profilo soggettivo, contempla un'ulteriore categoria di soggetti fallibili, ovvero i soci illimitatamente responsabili delle società commerciali.
La ratio di estensione soggettiva, come ritenuto da Alcuni, (fra Costoro si colloca C. CECCHELLA, in *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 31) non risiede nella natura di imprenditore commerciale di tali soggetti, perché tali non sono, ma, piuttosto, in una ragione che ha molto più a vedere con il diritto sostanziale e, in particolare, con il regime della illimitata responsabilità del socio cui ha fatto affidamento il creditore o il terzo nei rapporti giuridici con la società.

[546] Per l'estensione della legittimazione attiva, di cui all'art. 18 della legge fallimentare, al socio illimitatamente responsabile vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 579.

[547] Vedi Corte di Cassazione 01 febbraio 1983, n. 861, in *Giust. Civ*., 1984, I, p. 281. Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "l'interesse, in astratto, all'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento deve essere riconosciuto anche al terzo che, creditore del fallito, sia stato soddisfatto prima della dichiarazione di fallimento, attesa la possibilità, per lo stesso, di essere sottoposto alle regole concorsuali relative all'azione revocatoria, a meno che non si debba escluderne l'interesse in concreto (ad esempio accertando che il già creditore, in relazione all'epoca di estinzione del credito, non possa comunque risentire degli effetti pregiudizievoli derivanti dal fallimento del debitore)".

dalla dichiarazione di fallimento e dalla contestuale apertura della procedura concorsuale[548].

È sulla base di tale orientamento giurisprudenziale che, a differenza di quanto ho affermato nel momento in cui ho esaminato tale profilo, facendo riferimento alla disciplina previgente dell'opposizione contro la sentenza dichiarativa di fallimento, è stato rilevato che coloro che sono portatori di un generico interesse morale sono privi di una tale legittimazione.

Per quanto riguarda, invece, la legittimazione passiva, ex art. 18, sesto comma della legge fallimentare, sono litisconsorti necessari il "curatore" e le "altre parti", cui il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza vanno notificati.

La stessa Corte di Cassazione, con sentenza 08 febbraio 2011, numero 3071[549], ha ribadito ciò che essa aveva già affermato durante la vigenza del regime previgente dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, ovvero che la previsione di un'ipotesi di litisconsorzio necessario comporta, da un lato, che la tempestiva notifica dell'atto introduttivo solo ad alcuni dei legittimati passivi, impone alla Corte di appello di disporre l'integrazione del contraddittorio; dall'altro che, laddove l'integrazione non sia disposta,

---

[548] Vedi Corte di Appello di Napoli 07 luglio 2013, in *Riv. Dott. Commercialisti*, 2013, 4, p. 960.
Con tale pronuncia la Corte ha affermato che "il reclamo avverso la sentenza di fallimento, ex art. 18 della legge fallimentare, può essere proposto da "qualunque interessato" ma non a tutti coloro che abbiano un "qualunque interesse"; la legittimazione attiva, infatti, sussiste solo qualora chi propone il suddetto reclamo sia titolare di situazioni giuridiche in qualche misura, in concreto, modificate o suscettibili di essere modificate, anche indirettamente, dalla dichiarazione di fallimento".
Nello stesso senso si è pronunciata sempre la Corte di Appello di Napoli, nella sentenza 15 novembre 2012, in *Foro it*., 2013, 5, I, p. 1535.
Con tale pronuncia ha affermato che "l'interesse idoneo a fondare la legittimazione di qualunque interessato a proporre reclamo, ex art. 18 della legge fallimentare, deve essere proprio, concreto e meritevole di tutela giuridica, e la sussistenza di tali qualificazioni va valutata alla stregua degli effetti giuridici del fallimento di cui si chiede la revoca".

[549] Vedi Corte di Cassazione 08 febbraio 2011, numero 3071, in *Il Fall*., 2011, p. 1243.

la sentenza di reclamo vada cassata, con conseguente remissione alla Corte di appello per rimediare al vizio.

La categoria "altre parti" è stata interpretata dagli Autori[550] nel senso che essa, come nel vigore della precedente disciplina, ricomprende anzitutto, i creditori istanti per il fallimento.

Con riferimento, invece, alla posizione del debitore dichiarato fallito, nel caso in cui il reclamo sia proposto da un terzo interessato, mentre nella previgente disciplina la giurisprudenza non era concorde nel qualificare, in tale ipotesi, il soggetto in questione come litisconsorte necessario, di recente la Corte di Cassazione[551] ha, invece, statuito che esso rientra nella categoria delle "altre parti" e, quindi, deve essere considerato litisconsorte necessario, sulla base del fatto che parti del giudizio di reclamo sono coloro che hanno partecipato al procedimento prefallimentare.

In tema di fallimento di società con soci illimitatamente responsabili, la giurisprudenza, durante la vigenza del regime dell'impugnativa avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, aspetto che ho già ampliamente trattato nel primo capitolo, 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, anche se la domanda di estensione fosse stata proposta dal curatore.

Tale orientamento si basava sul presupposto, come rilevato dalla stessa Corte di Cassazione, che l'originaria istanza di fallimento doveva, comunque, ritenersi implicitamente diretta anche nei confronti di coloro che per legge dovevano rispondere del denunciato dissesto; di conseguenza, anche se la successiva richiesta di estensione era

---

[550] Vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2014, p. 581.

[551] In tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione 16 febbraio 2012, numero 2281, in *Il Fall*., 2012, p. 801.

avanzata dal curatore, doveva pur sempre considerarsi sviluppo dell'iniziativa originaria.

Inoltre, poiché il previgente art. 18, terzo comma, della legge fallimentare, prevedeva che la notifica della citazione in opposizione oltre che al curatore, doveva essere effettuata anche nei confronti del creditore richiedente, ciò costituiva il fondamento normativo della partecipazione necessaria dell'istante per la dichiarazione di fallimento al successivo giudizio di opposizione.

L'attuale art. 18, della legge fallimentare, prevede, invece, che la notifica del reclamo deve essere fatta, oltre che al curatore, "alle altre parti", ovvero a coloro che sono stati effettivamente parti nel precedente procedimento. Inoltre, l'art. 147, della legge fallimentare, nella versione vigente, prevede che, in caso di rigetto della domanda di estensione, è legittimato a proporre reclamo, ex art. 22, della medesima legge, il solo "istante" e, quindi, non anche il creditore che, avendo a suo tempo presentato il ricorso per il fallimento sociale, non abbia, in seguito, richiesto il fallimento del socio.

Sulla base di tali considerazioni, la giurisprudenza formatasi post riforma[552], ha preferito negare al creditore che si è limitato a presentare ricorso per il fallimento sociale, senza, quindi, avanzare, successivamente, la domanda di estensione al socio illimitatamente responsabile, la qualità di parte necessaria, tanto nel procedimento per la dichiarazione di fallimento in estensione quanto nel successivo giudizio di reclamo.

Infine, con riferimento alla posizione del p.m., la giurisprudenza, nel regime previgente, riteneva che esso non fosse litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, in quanto il suo intervento costituiva una facoltà e non un obbligo.

---

[552] In giurisprudenza vedi Corte di Appello di Napoli 05 novembre 2009, in *Dir.e Giur.*, 2009. In dottrina vedi RASCIO, *Fallimento in estensione e litisconsorzio necessario*, in *Dir. e giur.*, 2009, p. 323.

Anche su tale questione, i giudici post- riforma[553] hanno assunto una diversa posizione: essi, infatti, hanno ritenuto che, tenendo conto del fatto che l'attuale art. 15, della legge fallimentare, prevede l'intervento del p.m., nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, quando esso ha assunto l'iniziativa, e che, l'art. 18, della disposizione in commento, prevede la notifica del reclamo alle "altre parti", la Cassazione ha affermato che, nel caso in cui vi sia stata richiesta di fallimento da parte del p.m., il reclamo deve essere proposto in contraddittorio anche con lui. In caso contrario, ovvero il p.m. non ha fatto richiesta di fallimento, l'organo di legittimità conferma l'intervento facoltativo di costui nel giudizio di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento.

Oltre ai litisconsorti necessari che non siano stati destinatari della notifica del reclamo, i quali possono intervenire volontariamente, nel giudizio di reclamo, in ogni momento, realizzando quella sanatoria che altrimenti andrebbe disposta dalla Corte di Appello, attraverso l'integrazione del contraddittorio, oggi, l'art. 18, nono comma, della legge fallimentare, prevede espressamente che è legittimato ad intervenire "qualunque interessato, nel medesimo termine e nelle forme previste per la costituzione delle parti resistenti".

La categoria, come rilevato dagli Autori e dalla stessa giurisprudenza, già nel periodo antecedente alla riforma, comprende coloro che hanno un interesse giuridicamente rilevante alla conferma della sentenza di fallimento e, ovviamente, coloro che avrebbero potuto proporre reclamo.

A proposito di quest'ultimi, la Corte di Cassazione[554], nella fase ante-riforma, stante il silenzio della legge, ammetteva l'intervento dei terzi legittimati all'opposizione e, nello stesso tempo, lo qualificava come

---

[553] Vedi Corte di Cassazione 04 settembre 2009, n. 19214, in *Il Fall*., 2010, p. 427.

[554] Vedi Corte di Cassazione 27 maggio 1997, n. 4698, in *Il Fall*., 1998, p. 151.

adesivo dipendente, per le ragioni che, nella sede opportuna, ho esaminato.

Oggi, poichè la norma prevede espressamente l'intervento di qualunque interessato, tale comma costituisce il fondamento normativo della legittimazione all'intervento di coloro che avrebbero potuto proporre reclamo. Gli Autori[555] hanno rilevato che, sulla base dell'orientamento giurisprudenziale già consolidato nel regime previgente, l'intervento dei terzi interessati, in particolare di coloro che avrebbero potuto proporre reclamo, sarà qualificabile come adesivo dipendente, se perfezionato dopo il decorso dei termini per reclamare la sentenza; come vero e proprio intervento litisconsortile, quando i termini per reclamare sono aperti. In quest'ultimo caso, quindi, l'interventore ha il diritto di esercitare i poteri pieni della parte, tra i quali quello di impugnare la sentenza finale.

Con riferimento ai profili procedimentali, l'art. 18, della legge fallimentare, attualmente vigente, a conferma del fatto che, con la riforma, il legislatore ha dettato un procedimento di gravame integralmente regolato ex novo, prevede che, a seguito della presentazione del reclamo, il Presidente, con decreto, provvede alla fissazione dell'udienza di comparizione, il quale, unitamente al ricorso, deve essere notificato, a cura del reclamante, al curatore e alle altre parti.

Quest'ultimi, almeno dieci giorni prima dell'udienza, devono costituirsi mediante memoria depositata in cancelleria. (art. 18, quinto e sesto comma).

Il reclamante, ex art. 18, sesto comma, della norma in esame, deve provvedere a notificare il ricorso ed il decreto alle parti resistenti entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto.

---

[555] Vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 118-119; A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2014, p. 585.

Sulla natura di tale termine, stante il silenzio della legge, recentemente, si è pronunciata la giurisprudenza di merito[556], la quale ha statuito che, poiché tale termine non è presidiato da alcune sanzioni, deve essere considerato ordinatorio. A sostegno di tale impostazione, i giudici hanno anche evidenziato che tale termine non appare funzionale ad assicurare la corretta instaurazione del contraddittorio, comunque garantito con l'effettiva notifica del reclamo e del decreto, e nemmeno il diritto di difesa, il quale è assicurato dal comma settimo dell'art. 18, della legge fallimentare, nel quale si prevede che tra la notifica dei provvedimenti e la data dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a trenta giorni.

Per quanto riguarda, invece, il termine di costituzione della parte resistente, di cui all'ottavo comma della disposizione in commento, esso, pur in mancanza di un'espressa previsione normativa, è stato considerato, dalla giurisprudenza di legittimità, perentorio.

In particolare, essa ha statuito che "il termine in questione può, certamente, essere considerato perentorio, anche in mancanza di un'espressa previsione normativa in tal senso, ma non potrebbe comunque comportare la decadenza, per le parti resistenti, dal diritto di opporsi al reclamo, attraverso l'intervento nel relativo procedimento. Ciò che risulta essere precluso alla parte, quindi, è la formulazione delle difese che la legge impone proprio in sede di costituzione tempestiva[557]".

Infine, per concludere sull'aspetto dei profili prettamente processuali, venutesi a delineare a seguito della riformulazione dell'art. 18, della legge fallimentare, di recente la Corte di Cassazione[558] ha individuato

---

[556] Vedi Corte di Appello dell'Aquila 15 novembre 2011, in *Il Fall*., 2012, p. 235; Corte di Appello di Milano 21 giugno 2011, in *Il Fall*., 2011, p. 1247.

[557] Vedi Corte di Cassazione 05 giugno 2009, n. 12986, in *Il Fall*., 2010, p. 445.

[558] Vedi Corte di Cassazione 07 ottobre 2010, n. 20836, in *Giust. Civ*., 2011,I, p. 2081.

le peculiarità del giudizio di reclamo: “esso si articola in una fase di costituzione delle parti che si conclude in un’unica udienza a trattazione orale, ove ciascuna, è ammessa ad illustrare le proprie difese ad anche a replicare a quelle avversarie, senza che tale dialettica contempli 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”.

Risulta essere evidente, come rilevato dagli stessi Autori ai quali, più volte, ho fatto riferimento, che il nuovo giudizio di reclamo, a differenza di quanto prevedeva il vecchio art. 18, della legge fallimentare, relativamente all’opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, anche alla luce di ciò che la giurisprudenza di legittimità ha statuito, risulta essere un procedimento di gravame integralmente regolato ex novo. Il legislatore, infatti, come del resto la stessa giurisprudenza, non opta per un semplice rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile relative al rito camerale, ma, piuttosto, ha preferito dettare una disciplina particolare che regola una forma ibrida, analoga a quella di un vero e proprio processo ordinario di impugnazione.

A conferma di ciò, il legislatore, al terzo comma dell’art. 18, della legge fallimentare vigente, non si è limitato a statuire che “il reclamo non sospende gli effetti della sentenza impugnata” in quanto ha aggiunto, a differenza di quanto era normativamente statuito durante la vigenza del regime relativo all’opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, che la Corte d’appello, adita con il reclamo, può sospendere, su istanza della parte o del curatore, in tutto o in parte,

oppure temporaneamente, quando ricorrono gravi motivi[559], la liquidazione dell'attivo.

La ragione che ha spinto il legislatore a prevedere, espressamente, tale tutela cautelare, anche se, nel periodo ante- riforma, non sono mancate pronunce giurisprudenziali in tal senso (e che ho già esaminato nel primo capitolo), risiede nel fatto che la versione previgente dell'art. 18 della legge fallimentare, aveva prodotto situazioni in cui, al momento del passaggio in giudicato della sentenza di revoca del fallimento, la liquidazione era ormai giunta ad un punto tale da non consentire più la ripresa dell'attività da parte dell'imprenditore ritornato in bonis.

Su tale aspetto si è, recentemente, pronunciata la Corte di Cassazione, con sentenza 27 maggio 2013, n. 13100[560], con la quale essa ha precisato che la prescrizione contenuta nel terzo comma dell'art. 18, della legge fallimentare attuale, fa riferimento ad una mera sospensione della liquidazione e non certo ad un'inibitoria degli effetti della sentenza di fallimento.

In particolare, nella pronuncia sopra citata, la Corte ha rilevato che "il quadro normativo oggi risultante dagli artt. 16, secondo comma, ("la sentenza dichiarativa di fallimento produce i suoi effetti personali e patrimoniali, per il debitore, dalla data della pubblicazione, ex art. 133 c. p. c.; nei confronti dei terzi, invece, gli effetti stessi si producono solo dalla data di iscrizione nel registro delle imprese, ex art. 17, secondo comma) e 19 (sospensione della liquidazione dell'attivo), della legge fallimentare, conferma, da un lato, l'esecutività immediata della sentenza dichiarativa di fallimento e, dall'altro, il principio della non sospendibilità dei relativi effetti con la proposizione del reclamo, il cui giudice può solo disporre la sospensione della liquidazione

---

[559] Gli Autori hanno rilevato che l'espressione "gravi motivi" fa riferimento alla fondatezza sommaria dell'impugnazione poiché il periculum appare in re ipsia, vista la stabilità della vendita forzata fallimentare.
Fra Costoro si colloca C.CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 118.

[560] Vedi Corte di Cassazione 27 maggio 2013, n. 13100, in Giust. Civ. Mass., 2013.

dell'attivo. Ed è proprio nell'art. 19 della legge fallimentare, che detta sospensione consente, che risiede, per la Corte, il contemperamento dei diversi interessi in gioco, quelli del fallito e dei creditori.

A quest'ultimi, infatti, come specificato nella decisione in commento, si assicurano 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 fallito, invece, completa la Corte, si assicura la possibilità di impedire la dispersione del proprio patrimonio in una situazione di incertezza circa l'esito finale del giudizio d'impugnazione della sentenza di fallimento".

Continuando con l'esame della disciplina attuale del giudizio di reclamo, il legislatore, al comma undici, dell'art. 18 della legge fallimentare, ha previsto che il collegio, nel rispetto del contraddittorio, può assumere tutti i mezzi di prova che ritiene necessari.

Anche nella disciplina previgente, il giudice dell'opposizione godeva di poteri istruttori d'ufficio e ciò aveva indotto la giurisprudenza[561] a precisare che, un tale giudizio se, da un lato, attribuisce al giudice il potere- dovere di riscontrare, anche d'ufficio, la sussistenza dello stato d'insolvenza e di ogni altro presupposto del fallimento, avvalendosi di tutti gli elementi comunque acquisiti, in atti o nel fascicolo fallimentare, dall'altro lato, un simile potere riveste un carattere officioso relativo perché opera pur sempre nell'ambito del principio generale dell'onere delle parti di fornire la prova delle rispettive allegazioni. Conseguentemente, concludeva la giurisprudenza, questi poteri officiosi potevano avere ad oggetto solo circostanze di fatto comunque allegate agli atti, dalle parti.

Un simile orientamento è stato ribadito dalla giurisprudenza, anche con riferimento all'attuale reclamo.

---

[561] Una simile puntualizzazione era stata effettuata dalla Corte di Cassazione 20 agosto 2004, n. 16356, in *Il Fall*., 2005, p. 743.

Ne discende che, anche nel regime vigente, la Corte d'appello deciderà del reclamo dando consueta applicazione alla regola fondata sull'onere della prova, ex art. 2697 c. c., con la precisazione che, solo nel caso in cui la parte omette di provare un fatto che comunque allega agli atti, potrà, lo stesso collegio, d'ufficio, esercitare i relativi poteri istruttori ed acquisire, così, possibili fonti di prova, della cui esistenza si sia avuta comunque notizia nel processo[562].

Anche nel regime previgente, la Corte, ai sensi dell'art. 18, comma dodici, della legge fallimentare, provvede sul ricorso con sentenza.

In particolare, *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, della legge fallimentare, per la sentenza di fallimento, ovvero è iscritta presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta[563].

Se, invece, *la sentenza conclusiva del giudizio di reclamo rigetta quest'ultimo,* è notificata, sempre a cura della cancelleria, al solo reclamante[564].

In entrambi i casi, la sentenza, ai sensi dell'art. 18, quindicesimo comma, della legge fallimentare, è comunque ricorribile in Cassazione nel termine di trenta giorni dalla notificazione.

La scelta di dimezzare il termine, come rilevato da parte della dottrina[565], è finalizzata a favorire il passaggio in giudicato, in tempi

---

[562] Con riferimento all'attuale reclamo, vedi Corte di Cassazione 23 luglio 2010, n. 17281, in *Il Fall*., 2011, p. 447.
Nella giurisprudenza di merito, vedi Corte di Appello di Salerno 26 novembre 2010, in *www. Ilcaso.it*, 2011.

[563] Ciò è quanto prevede *l'art. 18, tredicesimo comma, della legge fallimentare*.

[564] Ciò è quanto prevede *l'art. 18, quattordicesimo comma, della legge fallimentare*.

brevi, della sentenza conclusiva del giudizio di reclamo, sulla base della logica tipica del giudizio fallimentare.

In tale contesto, non vi è dubbio, che il profilo più delicato è quello relativo agli effetti che discendono dalla sentenza di revoca del fallimento. Lo stesso legislatore, infatti, al penultimo comma dell'art. 18 della legge fallimentare ha previsto, come del resto già era prescritto nel regime previgente, che la revoca travolge, con efficacia ex tunc, tutti gli effetti prodotti dalla sentenza di fallimento, mentre restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura.

Fra gli effetti che derivano dalla sentenza di fallimento, come rilevato dalla giurisprudenza di merito[566], si colloca la decadenza dei relativi organi, con conseguente obbligo, in capo al curatore, di rendere, al giudice delegato, il conto della propria gestione, ex art. 116[567], della legge fallimentare, e di redigere, insieme al debitore, un inventario di ciò che gli viene restituito e del momento della presa in consegna dei singoli beni.

Conseguentemente, una simile decadenza, come già aveva rilevato la giurisprudenza di legittimità durante la vigenza del regime previgente[568], ha ricadute sulle azioni in corso, quali ad esempio le revocatorie degli atti pregiudizievoli instaurate nei confronti di terzi, in quanto esse sono colpite dall'interruzione per perdita della capacità del curatore stesso.

---

[565] A sostegno di una simile interpretazione si colloca A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 604.

[566] Vedi Tribunale di Sulmona 12 maggio 2011, in *Il Fall*., 2011, p. 880.

[567] Ex art. 116, della legge fallimentare vigente, il curatore, ogni qual volta cessa le sue funzioni, deve redigere il rendiconto, il quale deve contenere l'esplicitazione di tutti gli atti e fatti salienti della gestione ed essere uniti alla documentazione contabile giustificativa.

[568] Già nel regime previgente la Corte di Cassazione, nella sentenza 31 luglio 1982, n. 4372, in *Il Fall*., 1983, p. 87, aveva affermato che " 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".

Più in generale, quindi, la revoca del fallimento, ed il conseguente ritorno in bonis dell'impresa dichiarata fallita, consentono a quest'ultima la prosecuzione delle sole azioni che potevano essere promosse e che siano state iniziate prima dell'apertura del fallimento, restando, invece, improcedibili quelle che presupponevano la pendenza della procedura stessa.

Di conseguenza, le istanze restitutorie 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[569].

Inoltre, la stessa giurisprudenza[570], ha anche rilevato che fra gli effetti discendenti dalla sentenza dichiarativa di fallimento che, con la revoca di quest'ultimo, vengono ad essere travolti, si colloca il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali, ex art. 51, della legge fallimentare: i creditori, quindi, successivamente alla revoca, possono aggredire i beni residui del debitore per soddisfare le proprie ragioni.

Al novero degli effetti della sentenza di fallimento che, con la revoca, vengono ad essere travolti, la medesima giurisprudenza ha ascritto l'inefficacia, ex art. 44 della legge fallimentare, degli atti e dei negozi compiuti dal debitore dopo la dichiarazione di fallimento: anch'essi, dopo la revoca, riacquistano efficacia; anche le limitazioni imposte dagli artt. 48 e 49 della legge fallimentare, ovvero la corrispondenza diretta e l'obbligo di residenza del fallito, nonché le incapacità personali e la punibilità dei reati fallimentari eventualmente configurabili, a seguito della revoca del fallimento, vengono meno.

Accanto agli effetti discendenti dalla sentenza dichiarativa di fallimento che, con la relativa revoca, vengono ad essere travolti, si intrecciano gli effetti, discendenti dagli atti legalmente compiuti dagli

---

[569] Una simile ricostruzione è oggi compiuta dal Tribunale di Sulmona nella pronuncia 12 maggio 2011, in *Il Fall*., 2011, p. 880.

[570] Vedi, ancora, Tribunale di Sulmona 12 maggio 2011, *ivi*.

organi della procedura fallimentare, i quali, invece, a seguito della revoca, sono fatti salvi.

È in ragione di tale previsione che, le alienazioni effettuate e le obbligazioni assunte, in costanza di fallimento, comportano una restituzione del patrimonio nello stato in cui questo si trova al momento del passaggio in giudicato della sentenza di revoca.

Esemplificativa, anche sotto tale aspetto, è la sentenza del Tribunale di Sulmona del 12 maggio 2011, già citata, nella quale esso ha affermato che "se il bene oggetto dell'atto revocato è 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'art. 18, penultimo comma, della legge fallimentare".

In tale contesto, una zona grigia è quella dei rapporti contrattuali pendenti al momento della dichiarazione di fallimento poiché, in tali ipotesi, lo scioglimento può discendere dalla legge o da un atto del curatore.

In dottrina, vi sono Autori[571] che hanno affermato che, nel caso in cui lo scioglimento è dettato dall'organo fallimentare, in ragione dell'art. 18, penultimo comma, della legge fallimentare, la legittimità dell'atto produrrà effetti che la revoca non può rimuovere. Di conseguenza, non si verifica la reviviscenza del contratto; nel caso, invece, di scioglimento ex lege, dato il silenzio della legge, Costoro ritengono che esso dovrà conservarsi, se non altro per un problema di ragionevole affidamento che, nel caso in cui si optasse per la soluzione opposta, verrebbe meno.

---

[571] Fra i sostenitori di tale opinione si colloca C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 122.

Altri[572], invece, ritengono che la mancata reviviscenza del contratto debba predicarsi nei soli casi di prestazione divenuta impossibile o di carenza sopravvenuta di interesse dell'altra parte. Nelle altre ipotesi, invece, per i sostenitori di tale opinione, il contratto dovrebbe riprendere vigore.

Per concludere sul tema relativo agli effetti che discendono dalla sentenza di revoca del fallimento, due sono i punti che devono essere ancora esaminati: il primo è rappresentato dalla delimitazione del concetto di legalità, in ordine agli atti compiuti dagli organi della procedura, dato che solo in presenza di tale circostanza gli effetti che discendono dal relativo atto sopravvivono alla revoca del fallimento; il secondo, invece, si riferisce al momento a partire dal quale decorrono gli effetti della revoca.

Con riferimento al primo quesito, la giurisprudenza e la dottrina[573], si sono pronunciate nel senso che la legalità deve essere riferita al rispetto della disciplina fallimentare e, nel caso in cui l'atto risulti essere viziato ma non tempestivamente impugnato, ai sensi della disciplina del fallimento, esso deve essere comunque considerato legalmente compiuto.

Per quanto riguarda, invece, l'altra questione, la dottrina ha rilevato che il silenzio dell'art. 18, della legge fallimentare, non appare significativo in considerazione del fatto che avverso la sentenza il curatore può proporre ricorso in cassazione, quindi egli non può

---

[572] Fra Costoro si posizione GHIGNONE, *Revoca della sentenza dichiarativa di fallimento ed effetti sostanziali e processuali*, in *Il Fall*., 2011, pp. 1440 ss.

[573] In giurisprudenza vedi, ancora, Tribunale di Sulmona 12 maggio 2011, in Il Fall., 2011, p. 280.
In tale pronuncia, con riferimento a tale aspetto, esso ha affermato che "quando le parti costituite non eccepiscono il difetto di legalità degli atti compiuti dagli organi della procedura, quest'ultimi vanno ritenuti validi e legittimamente posti in essere in assenza di specifica contestazione".
Per la dottrina, vedi FABIANI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, *Commentario diretto da Jorio*, I, Bologna, 2006, p. 389.

considerarsi decaduto già dopo la semplice pubblicazione della sentenza.

Ne deriva che, come di recente ha confermato la giurisprudenza[574], è con il passaggio in giudicato della sentenza di revoca che i relativi effetti iniziano a decorrere.

La nuova disciplina dettata dal legislatore nell'art. 18 della legge fallimentare, in materia di reclamo alla sentenza dichiarativa di fallimento, all'ultimo comma, prevede che "le spese della procedura ed il compenso al curatore sono liquidate dal tribunale, su relazione del giudice delegato, con decreto reclamabile ai sensi dell'art. 26 della legge fallimentare".

Tale previsione, come rilevato dalla dottrina[575], fa riferimento all'ipotesi in cui il reclamo è accolto in quanto, solo in tal caso, nasce il problema di stabilire a carico di chi vadano le voci di spesa, le quali, altrimenti, finiscono per gravare sulla massa fallimentare, ai sensi dell'art. 111, della legge fallimentare.

L'attuale disciplina è frutto dell'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza 06 marzo 1975, n. 46, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 21, comma tre, della legge fallimentare previgente, nella parte in cui, nel caso di sentenza di revoca della dichiarazione di fallimento, poneva le spese della procedura ed il

---

[574] Vedi la pronuncia, a sez. unite, della Corte di Cassazione 01 febbraio 2012, n. 1418, in *Giust. Civ. Mass*., 2012, 2, p. 109.
Tale principio è stato successivamente confermato dalla stessa Corte di Cassazione nella sentenza 27 maggio 2013, n. 13100, in *Giust. Civ. Mass*., 2013.
Tale orientamento è stato statuito anche in recenti pronunce di merito: ad esempio, vedi Corte di Appello Aquila, 16 marzo 2011, in *Il Fall*., 2011, p. 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 considerarsi ancora aperto".

[575] Per la ricostruzione, in ordine alle spese della procedura e del compenso al curatore, in dottrina vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 121; A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, pp. 610 ss.

compenso al curatore a carico di chi l'avesse subita, anche se non vi aveva, in alcun modo, dato causa col suo comportamento.

Tale disposizione, come già ho avuto modo di approfondire nel primo capitolo, è stata dichiarata illegittima per contrasto con l'art. 3 della Cost., in ragione della deroga che, ingiustificatamente, apportava al principio secondo il quale l'obbligo di refusione delle spese va collegato alla soccombenza ed alla correlativa responsabilità per aver reso necessario, col proprio comportamento, l'intervento dell'organo giurisdizionale.

A seguito della pronuncia della Consulta, la giurisprudenza[576] ha statuito che le spese della procedura ed il compenso del curatore, in assenza di responsabilità del creditore e del debitore, sono posti a carico dell'erario. Tale principio giurisprudenziale, quindi, continua, ancora oggi, con il nuovo regime normativo, a trovare applicazione.

Dunque, una volta che il giudice del reclamo ha stabilito 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, in difetto, all'Erario, la relativa liquidazione, in ragione dell'ultimo comma dell'art. 18 della legge fallimentare vigente, appartiene al tribunale fallimentare, previa relazione del giudice delegato. Il provvedimento assume la forma del decreto ed è reclamabile, ex art. 26 della medesima disposizione in commento.

Nel caso, invece, di rigetto del reclamo, con conseguente conferma della sentenza dichiarativa di fallimento, si pone solo il problema

---

[576] Nel regime vigente, tale principio è possibile riscontrarlo nella pronuncia del Tribunale di Sulmona 12 maggio 2011, in *Il Fall*., 2011, p. 880; vedi anche Corte di Cassazione 26 ottobre 2012, n. 18541, in *Giust. Civ. Mass*., 2012, p. 1254.
Con tale sentenza la Corte ha affermato che " nell'ipotesi di revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, 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 essere sopportato, stante il carattere di officiosità della procedura fallimentare, dall'amministrazione dello stato".

relativo all'allocazione delle spese della procedura, le quali seguono il criterio ordinario della soccombenza.

Tuttavia, se reclamante è lo stesso fallito, una sua eventuale condanna alla refusione delle spese non avrebbe una rilevanza pratica in quanto esse finiscono per gravare sulla massa fallimentare, ai sensi dell'art. 111 della legge fallimentare.

Per concludere l'esame della disciplina attuale del reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, è necessario compiere un'ultima precisazione, ovvero, il giudizio di gravame, come rilevato dalla dottrina, ha ad oggetto non soltanto i presupposti della fallibilità (la qualità di imprenditore commerciale fallibile e l'insolvenza) in quanto, può esserne oggetto anche una domanda di risarcimento dei danni subiti dal fallito a seguito di un'ingiusta o illegittima sentenza, da formulare nei confronti dell'attore della prima fase camerale.

Una simile previsione non è espressamente menzionata nell'art. 18 della legge fallimentare, ma gli Autori[577] hanno evidenziato che è dall'art. 22, secondo comma[578], della legge in commento, contenente la disciplina del gravame avverso il provvedimento che rigetta l'istanza di fallimento, che discende una simile previsione.

Costoro hanno precisato che la domanda di risarcimento dei danni non è regolata dall'art. 96 c. p. c.[579], in quanto quest'ultimo dà rilievo soltanto al dolo e alla colpa grave, e non anche alla colpa lieve, la quale, invece, quanto all'elemento soggettivo, costituisce requisito della fattispecie costitutiva. Ai sensi dell'art. 147 del D. Lgs 30 maggio

---

[577] Vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 120-121.

[578] *Art. 22, secondo comma, della legge fallimentare*: "Il debitore non può chiedere, in separato giudizio, la condanna del creditore istante alla refusione delle spese ovvero al risarcimento del danno per responsabilità aggravata, ai sensi dell'art. 96 c. p. c.".

[579] *Art. 96 c. p. c., primo comma*: "Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza".

2002, n. 115[580], infatti, "in caso di revoca della sentenza dichiarativa del 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".

Inoltre, tale tipo di responsabilità, proseguono gli Autori, non può essere dedotta al di fuori del giudizio di reclamo in quanto, come già la giurisprudenza risalente aveva previsto e, oggi, confermato[581], il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento e la domanda di risarcimento del danno sono ritenute legate da un nesso di interdipendenza da cui consegue la competenza funzionale, esclusiva ed inderogabile del giudice del reclamo su entrambe.

Il fatto che la domanda di risarcimento del danno non è regolata dall'art. 96 del c. p. c., costituisce anche la ragione della non applicabilità del principio della liquidazione officiosa del danno, in quanto l'opponente deve dare prova, non solo della condotta, ma anche dell'evento e del nesso di causalità.

Concluso l'esame della disciplina vigente in materia di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, è evidente che, con la riforma, il legislatore ha dettato una normativa, l'attuale art. 18, che, sotto il profilo sistematico, consente di assimilare il giudizio di reclamo ad un vero e proprio giudizio di impugnazione e, sotto il profilo della tutela delle parti, tenendo conto delle modifiche che, nel 2012, il legislatore, con la legge n. 134, ha apportato all'istituto dell'appello di diritto comune, garantisce ad esse un effetto devolutivo

---

[580] *D. Lgs. 30 maggio 2002, n. 115*: "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia".

[581] Vedi Corte di Cassazione 28 aprile 2010, n. 10230, in *Il Fall*., 2010, p. 1331; Corte di Cassazione 22 luglio 2009, n. 17155, in *Il Fall*., 2010, p. 374.

pieno, a differenza, appunto, di ciò che, attualmente, si realizza nel giudizio di appello regolato dal codice di rito.

3.2. L'impugnazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo: art. 99 della legge fallimentare.

3.3.1. l'oggetto del giudizio in caso di opposizione;

3.3.2. l'oggetto del giudizio in caso di impugnazione in senso stretto;

3.3.3. l'oggetto del giudizio in caso di revocazione.

L'art. 98 della legge fallimentare vigente, a seguito del d. lgs. n. 5/ 2006, ha subito profonde modifiche: esso, nella versione originaria, disciplinava unicamente il procedimento di opposizione dei creditori esclusi o ammessi con riserva; a partire dalla prima riforma, invece, disciplina tutte e tre le tipologie delle impugnazioni alla stato passivo.

Conseguentemente, la norma in esame, oggi, in un'unica disposizione, disciplina i presupposti, l'oggetto, e la legittimazione attiva e passiva dell'opposizione, dell'impugnazione in senso stretto e della revocazione allo stato passivo.

Inoltre, ai sensi dell'art. 99 della legge fallimentare attuale, il legislatore, a differenza del regime previgente, del quale ho già ampliamente parlato nel primo capitolo, ha dettato un'unica procedura identica per le tre diverse impugnazioni.

Prima di affrontare la questione relativa alla natura dei rimedi, post riforma, è necessario compiere alcune precisazioni di carattere preliminare.

Innanzitutto, come rilevato dalla dottrina[582] e confermato, già durante la vigenza del regime previgente, dalla giurisprudenza[583], i rimedi in

---

[582] In dottrina vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1027.

[583] Tale considerazione già era presente nella giurisprudenza che si era formata durante il vigore del regime previgente delle impugnative fallimentari. In tal riguardo

questione hanno carattere esclusivo, ovvero sono gli unici strumenti dei quali, i soggetti interessati, possono avvalersi per sindacare le decisioni prese dal giudice delegato, in sede di verificazione dello stato passivo.

In ragione di ciò, quindi, ancora oggi, è esclusa la possibilità di utilizzare altri mezzi d'impugnazione, come ad esempio il reclamo al tribunale, ex art. 26 della legge fallimentare, oppure il ricorso straordinario in Cassazione, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, della Costituzione.

Inoltre, un'ulteriore precisazione da compiere è quella relativa al fatto che, mentre i primi due rimedi, disciplinati al secondo e terzo comma dell'art. 98 della legge fallimentare, possono definirsi "ordinari", il terzo, invece, regolato al quarto comma della medesima disposizione, rappresenta un mezzo straordinario.

Una simile distinzione si ricava dall'art. 99, primo comma, della legge fallimentare, poiché esso prevede che, mentre l'opposizione e l'impugnazione sono esperibili entro un termine che decorre da un dies a quo che è costituito dalla comunicazione dell'avvenuto deposito, in cancelleria, del decreto di accertamento dello stato passivo, di cui all'art. 97 della legge fallimentare, e perchè finalizzati a sindacare la pronuncia del giudice delegato formulata in base a dati ed elementi acquisiti; la revocazione, invece, è esperibile solo dopo la scoperta di fatti o di documenti decisivi, avvenuta successivamente alla scadenza dei termini ordinari per impugnare il provvedimento del giudice delegato[584].

A questo punto è possibile affrontare la questione relativa alla natura, post riforma, dei rimedi di cui all'art. 98 della legge fallimentare.

---

vedi Corte di Cassazione 20 gennaio 1996, n. 5719, in *Il Fall*., 1996, p. 1217; Corte di Cassazione 04 gennaio 1995, n. 103, in *Il Fall*., 1995, p. 1092.

[584] Per tali considerazioni, in dottrina, vedi PICCININI, *Accertamento del passivo. Impugnazioni*, in *Trattato delle procedure concorsuali III. Gli organi del fallimento e la liquidazione dell'attivo*, a cura di Ghia, Piccinini, Severini, Torino, 2010, p. 629.

Durante il vigore del regime previgente, era acceso il dibattito in ordine all'inquadramento, da un punto di vista sistematico, dell'opposizione al decreto di accertamento dello stato passivo in quanto, da un lato, c'era Chi considerava tale rimedio come un vero e proprio giudizio d'impugnazione; dall'altro lato, invece, si collocavano Coloro che consideravano il procedimento una successiva fase del giudizio di primo grado. (per un approfondimento di tale questione, con riferimento al periodo ante riforma, vedere il primo capitolo).

Con la prima novella legislativa, che ha rubricato la disposizione che racchiude tutte e tre le tipologie dei rimedi esperibili avverso il decreto di accertamento dello stato passivo con l'espressione "Impugnazioni", la dottrina e la giurisprudenza hanno continuato a chiedersi se l'opposizione, ex dell'art. 98 della legge fallimentare, determina il passaggio da una fase a cognizione sommaria, tipica della verifica davanti al giudice delegato, ad una fase a cognizione piena della stessa pretesa azionata con la domanda d'insinuazione al passivo fallimentare; oppure se essa non rappresenti, piuttosto, un giudizio di secondo grado, a fronte di un primo grado conclusosi col decreto del giudice delegato che ha reso esecutivo lo stato passivo, ex art. 96 della legge fallimentare.

La giurisprudenza, che già durante la vigenza del regime previgente, riconosceva la natura impugnatoria ai rimedi esperibili avverso il decreto di accertamento dello stato passivo, tutt'oggi riconosce, largamente, tale orientamento[585].

Anche in Dottrina[586] è condivisa e, quindi, prevalente, l'idea che i giudizi di cui all'art. 98, della legge fallimentare, siano veri e propri giudizi d'impugnazione.

---

[585] Durante la vigenza del regime previgente, vedi Corte di Cassazione 30 settembre 2004, n. 19605, in *Giust. Civ. mass*., 2004, 9.
Per la conferma del medesimo orientamento, durante la vigenza dei regime attuale, vedi Corte di Cassazione 25 febbraio 2011, n. 4708, in *Il Fall*., 2011, p. 1244; Corte di Cassazione 22 marzo 2010, n. 6900, in *Foro it*., 2010, p. 1414.

Dunque, a partire dalla riforma legislativa, avvenuta con D. lgs. n. 6/2006, ai rimedi previsti contro il decreto di accertamento dello stato passivo è riconosciuta natura impugnatoria.

In particolare, è stato rilevato[587] che, i rimedi in questione, presentano tutti i caratteri qualificanti delle impugnazioni in quanto, attraverso tali strumenti, i soggetti interessati pretendono un riesame della medesima vicenda oggetto del precedente procedimento di accertamento dello stato passivo; la richiesta di riesame è sollecitata da una parte che intende contrastare l'ingiustizia del provvedimento ed, infine, tale azione può avvenire fino a che non si consuma un termine fissato come perentorio.

Tuttavia, la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, nelle pronunce post riforma, non si è limitata a riconoscere la natura impugnatoria dei rimedi, di cui all'art. 98 della legge fallimentare, in quanto si è anche interrogata sul fatto se i giudizi, derivanti dall'esercizio degli strumenti in questione, potessero essere assimilati ad un giudizio d'appello, ai fini dell'applicabilità della disciplina dettata dal codice di rito, *sotto il profilo dei nova*, all'ambito fallimentare.

Dall'esame delle pronunce si deduce che, l'impugnazione delineata dagli artt. 98-99, della legge fallimentare, non è assimilabile ad un giudizio d'appello: ciò non determina, come rilevato dalla stessa giurisprudenza, l'automatica applicazione dell'intero complesso normativo che disciplina il giudizio di appello; in particolare, la norma

---

[586] Fra gli Autori, in dottrina, che riconoscono ai rimedi, di cui all'art. 98 della legge fallimentare, natura impugnatoria, si collocano C.CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 124; FAUCEGLIA-PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p. 1081; CAVALLINI, *Formazione ed impugnazione dello stato passivo: poteri processuali del creditore*, in *Il Fall*., 2007, p. 709.
Tra Coloro, invece, anche se minoritari, che non riconoscono ai rimedi di cui all'art. 98 della legge fallimentare, natura impugnatoria, si posizionano TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, p. 205; SASSANI, TISCINI, *L'accertamento del passivo*, in www. *Judicium.it*.

[587] Per tali considerazioni, vedi, in dottrina, FABIANI, *Impugnazioni dello stato passivo*, in *Foro it*., 2008, p. 637.

che prescrive la specificità dei motivi (art. 342 c. p. c.) e quella che stabilisce l'inammissibilità dei nuovi mezzi di prova ed eccezioni (art. 345 c. p. c.), risultano essere incompatibili.

A titolo esemplificativo, è opportuno citare la sentenza della Corte di Cassazione, 11 settembre 2009, n. 19697[588], con la quale essa ha statuito che "la fase della verifica, di competenza del giudice delegato, rimane un giudizio a cognizione sommaria, non assimilabile ad un primo grado di giudizio a cognizione piena ed esauriente, con la conseguenza della non assimilabilità della successiva fase d'opposizione allo stato passivo al giudizio d'appello.

Di conseguenza, di fronte alla necessità di una completezza cognitoria non offerta nella precedente fase, il legislatore ha sentito l'esigenza

---

[588] Corte di Cassazione 11 settembre 2009, n. 19697, in *Foro it*., 2010, p. 463.
Sempre con riferimento alla giurisprudenza di legittimità, in ordine alla non assimilabilità del giudizio di opposizione, di cui agli artt. 98-99, della legge fallimentare, al giudizio di appello, vedi Corte di Cassazione 04 giugno 2012, n. 8929, in *Giust. Civ. Mass*., 2012, p. 728.
Essa, in tale pronuncia, ha statuito che "nel giudizio di opposizione allo stato passivo non opera, nonostante la sua natura impugnatoria, la preclusione di cui all'art. 345 c. p. c., in materia di ius novo rum, con riguardo alle nuove eccezioni proponibili dal curatore, in quanto il riesame, a cognizione piena, del risultato della cognizione sommaria proprio della verifica, demandato al giudice dell'opposizione, se esclude l'immutazione del thema disputandum e non ammette l'introduzione di domande riconvenzionali della curatela, non ne comprime, tuttavia, il diritto di difesa, consentendo, quindi, la formulazione di eccezioni non sottoposte all'esame del giudice delegato".
Nello stesso senso si è pronunciata sempre la Corte di Cassazione, 12 dicembre 2012, n. 22765, in *Giust. Civ. Mass*., 2012, p. 1409.
Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza di merito, vedi Trib. di Milano, 04 marzo 2008, in *Riv. Dott. Commercialisti, 2008*, p. 568.
Esso ha statuito che "il giudizio di opposizione allo stato passivo non può essere qualificato come giudizio di appello, qualificazione rispetto alla quale discenderebbe l'applicazione della rigida barriera preclusiva, ma deve, invece, essere considerato quale giudizio genericamente impugnatorio".
Nello stesso senso si è pronunciato il Tribunale di Foggia, 01 ottobre 2013, in *Redazione Giuffrè 2013.*
Esso ha affermato che" in tema di opposizione allo stato passivo del fallimento, per la produzione di documenti a sostegno dell'istanza di ammissione al passivo, non trova applicazione il divieto di cui all'art. 345 c. p. c., versandosi in un giudizio diverso da quello ordinario di cognizione e non potendo, la predetta opposizione, essere qualificata come appello, pur avendo natura impugnatoria; tale rimedio, infatti, mira a rimuovere un provvedimento emesso sulla base di una cognizione sommaria e che, se non opposto, acquista efficacia di giudicato endofallimentare, ex art. 96 della legge fallimentare, segnando solo gli atti introduttivi, ex art. 98 e 99 della legge fallimentare, con l'onere di specifica indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti, il termine preclusivo per l'articolazione dei mezzi istruttori".

d'introdurre un'impugnazione aperta, ossia a cognizione piena e completa, a fronte di un primo grado chiuso".

Su tale tema, ovvero se l'impugnazione delineata dagli artt. 98- 99, della legge fallimentare, sarebbe o meno assimilabile al giudizio di appello di diritto comune, ai fini dell'applicabilità della relativa disciplina, sotto il profilo dei nova, all'ambito fallimentare, si è interrogata anche la dottrina ed, alcuni Autori[589], hanno rilevato che la normativa dettata all'interno del codice di rito, novellata dall'ultimo episodio legislativo n. 134 del 2012, in particolare gli artt. 342 e 345 c. p. c., non trova applicazione nell'ambito delle impugnative fallimentari, in quanto il legislatore, al secondo comma, punti 3 e 4, con riferimento alla parte dell'attore, e al sesto comma, con riferimento al convenuto, della legge fallimentare, ha dettato un'apposita disciplina che deve essere interpretata nel senso della totale liberalizzazione all'ingresso di nuove difese, dinnanzi al Tribunale.

Sulla base di tali considerazioni, quindi, l'opposizione allo stato passivo si configura come gravame a carattere sostitutivo, atto a promuovere il diretto riesame delle situazioni soggettive oggetto della domanda di ammissione al passivo.

Prima di esaminare la procedura, identica per tutte e tre le tipologie di impugnazioni, di cui all'art. 99, della legge fallimentare, è opportuno soffermarsi su quelli che sono gli aspetti peculiari di ciascun rimedio.

Al secondo comma dell'art. 98, della legge fallimentare, il legislatore regola lo strumento dell'opposizione e prevede espressamente che "*con l'opposizione, il creditore o il titolare di diritti reali su beni mobili o immobili, contestano che la propria domanda sia stata accolta in parte o sia stata respinta; l'opposizione è proposta nei confronti del curatore*".

Dalla lettura della disposizione si deduce che la *legittimazione attiva*, nell'opposizione allo stato passivo, che ha ad oggetto il decreto

---

[589] In tal senso si è pronunciato C. CECCHELLA, *L'appello speciale*, in *F. P. LUISO- R. VACCARELLA*, *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, pp. 519 ss.

depositato in cancelleria, con il quale, il giudice delegato, rende esecutivo lo stato passivo, spetta, esclusivamente, ai creditori esclusi, ovvero ammessi in modo difforme dalla domanda, al fine di contestare l'esclusione totale o parziale del credito oggetto della domanda di ammissione, ovvero dei diritti reali o personali oggetto della domanda di rivendica o di restituzione[590].

Dunque, rispetto alla formulazione previgente, la norma ha escluso, fra i soggetti investiti della legittimazione attiva, "i creditori ammessi con riserva".

Gli Autori[591] hanno rilevato che, per costoro, saranno gli eventi successivi, provocandone l'ammissione o meno[592], ad aprire la prospettiva di una impugnazione.

È stato, altresì, evidenziato che il legislatore, attribuendo la legitimatio ad opponendum ai soli creditori la cui domanda sia stata, in tutto o in parte, rigettata, non ha fatto altro che confermare la natura impugnatoria del rimedio in esame, in quanto il criterio applicato, ai fini della individuazione della legittimazione, è quello della soccombenza[593].

A tal riguardo è opportuno citare una pronuncia della Corte di Cassazione, 20 settembre 2006, n. 20416[594], con quale essa ha statuito

---

[590] L'azione di rivendicazione è fondata sul diritto di proprietà del bene; l'azione di restituzione, invece, sull'inesistenza o, sul sopravvenuto venir meno, di un titolo alla detenzione del bene da parte di chi, attualmente, ne disponga ed è volta, previo accertamento di tale mancanza, ad attuare il diritto personale alla consegna del bene.

[591] Per una simile considerazione vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 126.

[592] Per il credito sottoposto a condizione sospensiva, sarà l'avverarsi della condizione a provocare l'ammissione; per il credito non documentato sarà la sua documentazione; per il credito accertato con sentenza impugnabile in via ordinaria, sarà l'esito dell'impugnazione.

[593] Vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1036.

[594] Corte di Cassazione 20 settembre 2006, n. 20416, in *Il Fall*., 2007, p. 465.
In senso conforme anche Corte di Cassazione 15 settembre 2006, n. 19940, in *Il Fall*., 2007, p. 588.

che "il decreto dichiarativo dell'esecutività dello stato passivo, di cui agli artt. 96 e 97, della legge fallimentare, se non impugnato, preclude, nell'ambito del procedimento fallimentare, ogni questione relativa all'esistenza del credito ammesso, alla sua entità, all'efficacia del titolo da cui deriva e all'esistenza di cause di prelazione".

Per quanto riguarda la posizione del fallito, è stato rilevato che esso, come già era stato affermato durante la vigenza del regime previgente, non gode della legittimazione attiva in quanto non ha nessun interesse a contestare il mancato accoglimento di una domanda di insinuazione al passivo fallimentare[595].

Con riferimento, invece, alla legittimazione passiva, l'opposizione, come espressamente prevede la norma, è proposta nei confronti del curatore che assume la veste di convenuto: ciò in ragione del fatto che, attraverso tale rimedio, la parte interessata mira alla modificazione dello stato passivo.

Nella giurisprudenza di merito, come rilevato da un sondaggio[596], è questione discussa se il curatore deve essere preventivamente munito dell'autorizzazione del giudice delegato, poiché al secondo comma dell'art. 31,della legge fallimentare, è sancito, espressamente, che egli non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato.

Da tale sondaggio emerge che la soluzione positiva costituisce l'opinione minoritaria, mentre quella negativa costituisce l'orientamento maggioritario.

I fautori di quest'ultima impostazione fondano la loro razio giustificativa nelle ipotesi di esclusione, previste nello stesso secondo comma, della disposizione sopra citata, nel quale si prevede che "il curatore non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice

---

[595] Vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1039.

[596] Il sondaggio è riportato in FERRO- BASTIA- NONNO, *L'accertamento del Passivo. Procedimento di verifica dei crediti, giudizi d'impugnazione e questioni critiche: i risultati di una ricerca sui fallimenti italiani*, Milano, 2011, p. 211.

delegato, salvo che in materia di contestazioni e di tardive dichiarazioni di crediti e di diritti di terzi sui beni acquisiti al fallimento, e salvo che nei procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato e del tribunale e ogni altro caso in cui non occorra ministero di difensore".

L'art. 98, della legge fallimentare vigente, non prevede espressamente, a differenza della previgente formulazione, che *gli altri creditori possono intervenire nel giudizio di opposizione allo stato passivo*.

Gli Autori[597], quindi, si sono chiesti se tali soggetti possono intervenire nel giudizio in questione per contrastare le pretese avanzate dall'opponente.

La soluzione al problema è stata individuata nell'art. 99, settimo comma, della legge fallimentare, poiché in esso si prevede espressamente che è consentito l'intervento di qualunque interessato, a condizione che esso non avvenga oltre il termine stabilito per la costituzione delle parti resistenti e con le modalità per queste previste.

Il creditore interveniente ha, quindi, il dovere di sollevare, almeno dieci giorni prima dell'udienza e con la memoria d'intervento, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

Sul tema delle eccezioni è opportuno compiere una precisazione: i creditori concorrenti, ai sensi dell'art. 98, terzo comma, della legge fallimentare, possono impugnare i crediti ammessi, indipendentemente dalla proposizione, nel procedimento dinnanzi al giudice delegato, delle eccezioni contro l'ammissione di creditori concorrenti.

Conseguentemente, costoro possono, nel giudizio di opposizione al quale sono intervenuti, sollevare le eccezioni, le quali, invece, sono precluse al curatore in quanto sollevate, dallo stesso, nel procedimento dinnanzi al giudice delegato, ai sensi dell'art. 95 della legge fallimentare.

---

[597] Per una tale riflessione vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1040.

Il fatto che con la riforma il giudizio di opposizione, da un punto di vista sistematico, ha assunto natura impugnatoria, tale inquadramento, come espressamente sancito dalla Corte di Cassazione, nella pronuncia 04 giugno 2012, n. 8929[598], esclude che l'oggetto dell'opposizione possa essere diverso da quello del procedimento di accertamento dello stato passivo, non potendo, il creditore, dedurre fatti costitutivi diversi rispetto a quelli già dedotti o modificare le domande chiedendo che il credito venga riconosciuto con un rango diverso dalla domanda introduttiva. Allo stesso modo non è consentito, al curatore, l'introduzione, nel giudizio di opposizione, di una domanda riconvenzionale in quanto, il termine ultimo per la proposizione di quest'ultima, ai sensi dell'art. 95, della legge fallimentare, è quindici giorni prima dell'udienza.

Un simile divieto, invece, prosegue la Corte, non è ipotizzabile con riferimento alla formulazione di prove e di eccezioni.

Più specificatamente, la Suprema Corte, nella pronuncia sopra citata, ha sancito che "nel giudizio di opposizione allo stato passivo non opera, nonostante la sua natura impugnatoria, la preclusione di cui all'art. 345 c. p. c., in materia di ius novo rum, con riguardo alle nuove eccezioni proponibili dal curatore, in quanto il riesame, a cognizione piena, del risultato della cognizione sommaria proprio della verifica, demandato al giudice dell'opposizione, se esclude la possibilità di modificare il thema disputandum e non ammette l'introduzione di domande riconvenzionali della curatela, non ne comprime, tuttavia, il diritto di difesa consentendo, quindi, la formulazione di eccezioni non sottoposte all'esame del giudice delegato".

La Suprema Corte, a seguito della riforma, si è dovuta pronunciare anche sulla questione relativa all'omessa produzione, nel giudizio di opposizione, del provvedimento impugnato, al fine di stabilire se, una tale circostanza, costituisce motivo di non procedibilità oppure no.

---

[598] Corte di Cassazione 04 giugno 2012, n. 8929, in *Giust. Civ. Mass*., 2012, 6, p. 728.

Durante il vigore del regime antecedente, tale profilo risultava essere irrilevante in quanto, il Tribunale, sulla base di un'apposita statuizione della Corte di Cassazione[599], aveva la facoltà di acquisire, officiosamente, il fascicolo fallimentare.

Su tale tema, la Suprema Corte, con due pronunce[600], ha statuito che la mancata produzione del decreto del giudice delegato dichiarativo dell'esecutività dello stato passivo, in copia autentica, non è motivo d'improcedibilità sulla base del fatto che, in sede di appello ordinario, poiché l'art. 347 c. p. c. non specifica la conseguenza che ne discende nel caso di mancata produzione, in copia autentica, della sentenza impugnata, la giurisprudenza, in questa sede, ha statuito che una tale omissione non deve essere sanzionata con l'improcedibilità.

Conseguentemente, l'organo di legittimità, con le due pronunce sopra richiamate, ha affermato che, in ragione dell'applicazione analogica di quanto statuito in sede ordinaria all'ambito del giudizio di opposizione, di cui all'art. 98, secondo comma, della legge fallimentare, la mancata produzione della copia del decreto di esecutività dello stato passivo, emesso dal giudice delegato, non costituisce motivo d'improcedibilità.

Tuttavia, la stessa giurisprudenza di legittimità, su tale problematica, non risulta essere concorde, in quanto, in altra pronuncia, la Suprema Corte, ha affermato, in senso contrario, la necessità che al momento della decisione, risulti agli atti copia autentica del provvedimento impugnato, indipendentemente da chi l'abbia prodotto e dal momento temporale. In particolare, nella pronuncia, 04 maggio 2012, n. 6804[601], essa ha statuito che "nel giudizio di opposizione allo stato passivo, il

---

[599] Durante il vigore del regime antecedente, tale statuizione era stata affermata dalla Corte di Cassazione, 11 marzo 1995, n. 2823, in *Il Fall*., 1995, p. 1120.

[600] Per la non applicazione della sanzione di improcedibilità, nel caso di omessa produzione, in copia autentica, del decreto di esecutività dello stato passivo nel giudizio di opposizione, vedi Corte di Cassazione 22 febbraio 2012, n. 2677, in *Il Fall.*, 2012, p. 1477 e Corte di Cassazione 04 maggio 2012, n. 6804, in *Il Fall*., 2013, p. 320.

[601] Corte di Cassazione 04 maggio 2012, n. 6804, in *Il Fall*., 2013, p. 320.

deposito della copia autentica del provvedimento impugnato, la cui mancata produzione unitamente all'atto oppositivo non è sancita a pena d'improcedibilità, può essere utilmente eseguito da qualsiasi parte ed in qualsiasi momento, fino alla chiusura del contraddittorio, trattandosi di documento indispensabile per la decisione".

Poiché nella pronuncia sopra richiamata la Suprema Corte non ha specificato che cosa accada nel caso di mancanza della copia autentica del provvedimento ma, nello stesso tempo, ha affermato che " il giudice dell'impugnazione decide nel merito, se in atti vi sia comunque una copia autentica del provvedimento", alcuni Autori[602] hanno rilevato che, in tale ipotesi, probabilmente la Corte emetterà un provvedimento di rito che impedisce la pronuncia sul merito della domanda.

Continuando con l'esame degli aspetti peculiari che caratterizzano i singoli rimedi previsti nei confronti del decreto di esecutività dello stato passivo, prima di passare all'esame della procedura, identica per tutte le tipologie di impugnazioni, il legislatore, al terzo comma, dell'art. 98 della legge fallimentare, ha disciplinato l'impugnazione dei crediti ammessi.

Tale disposizione prevede espressamente che "*con l'impugnazione il curatore, il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili, contestano che la domanda di un creditore o di altro concorrente sia stata accolta; l'impugnazione è rivolta nei confronti del creditore concorrente, la cui domanda è stata accolta. Al procedimento partecipa anche il curatore*".

Dal tenore letterario della norma si deduce che, l'impugnazione dei crediti ammessi, costituisce lo strumento attraverso il quale, i soggetti legittimati, procedono alla modifica dello stato passivo, mediante l'estromissione dal concorso di un credito di un creditore concorrente.

---

[602] Vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1042.

Tale istituto, quindi, offre ai soggetti interessati un mezzo a tutela della corretta formazione dello stato passivo, consentendo un riesame dei provvedimenti d'accoglimento, totale o parziale, delle pretese fatte valere dai soggetti istanti in fase di verifica.

Per quanto riguarda la legittimazione attiva, essa è riconosciuta, espressamente, ai creditori, ai titolari di diritti su beni mobili od immobili e, a differenza della previgente disciplina, anche al curatore.

Tale novità, come espressamente rilevato in dottrina[603], è connessa al fatto che, con la riforma, il curatore ha assunto, ai sensi dell'art. 95 della legge fallimentare, la qualità di parte e non più di semplice ausiliario del giudice delegato. In ragione di ciò, egli può eccepire i fatti estintivi, modificativi od impeditivi del diritto fatto valere; nonché richiedere l'accertamento dell'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione.

Con riferimento alla posizione del creditore, la stessa dottrina ha rilevato che l'impugnazione posta in essere da tali soggetti si fonda sul presupposto dell'ammissione allo stato passivo, almeno parziale, dei propri rispettivi diritti, poiché i soggetti eliminati dal concorso non hanno alcun interesse a richiedere l'esclusione di altri dal passivo.

Pertanto, il rimedio oggetto di analisi, introduce un conflitto tra due creditori concorrenti, entrambi ammessi, totalmente o parzialmente, allo stato passivo del fallimento, nel quale uno di questi chiede l'esclusione o, quantomeno, la riduzione della pretesa dell'altro creditore.

Da tale considerazione discende che, coloro la cui domanda di credito non è stata accolta, sono legittimati all'impugnazione purchè propongano, contemporaneamente, il giudizio d'opposizione allo stato passivo. Nel caso di rigetto dell'opposizione, il giudizio d'impugnazione diviene improcedibile. Conseguentemente, atteso il ruolo pregiudiziale del giudizio d'opposizione nei confronti di quello

---

[603] Vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 128; A. JORIO- S. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1045.

d'impugnazione, è applicabile, come già era stato rilevato durante la vigenza del regime previgente, l'istituto della sospensione necessaria, ex art. 295 c. p. c. del giudizio d'impugnazione.

Inoltre, sempre con riferimento alla posizione del creditore, ancora oggi, in giurisprudenza, all'orientamento[604] secondo cui i creditori sono legittimati ad impugnare qualsiasi credito, e non solo quelli collocati in un grado superiore o pari a quello dell'impugnante, se ne contrappone un altro[605] secondo cui è inammissibile, per difetto d'interesse, l'impugnazione del creditore con un privilegio di grado superiore rispetto a quello che assiste il credito impugnato.

Per quanto riguarda, invece, la posizione di coloro che hanno proposto domanda di rivendicazione o di restituzione, essi, come rilevato dagli Autori[606], possono impugnare l'ammissione di una domanda di rivendicazione o restituzione, in ragione del fatto che il titolare di diritto incompatibile potrà temere di essere pregiudicato dagli effetti indotti dal decreto potendo, a seguito della esecuzione spontanea o coartata del titolo giudiziale, vedere la propria posizione da prevalente trasformarsi in subordinata. (ad esempio, il titolare del diritto accertato, con la consegna del bene mobile da parte dell'ufficio fallimentare, potrebbe unire i presupposti "del possesso vale titolo", di cui all'art. 1153 c. c., per opporre al concorrente, con titolo avente data certa precedente, un titolo prevalente).

Infine, la legittimazione attiva è negata al fallito ed ancora oggi, la Corte Costituzionale, rilevano gli stessi Autori[607], non ha ritenuto incostituzionale la soluzione.

---

[604] Tale orientamento è stato affermato dal Tribunale di Bologna, 25 febbraio 1998, in *Il Fall*., 1998, p. 1088.

[605] Per l'orientamento contrario vedi Tribunale di Roma, 14 settembre 1983, in *Il Fall*., 1983, p. 1451.

[606] Per tale riflessione vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 128; A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1047.

Relativamente al profilo della legittimazione passiva, la norma prevede espressamente che l'impugnazione è esperita nei confronti del creditore concorrente la cui domanda è stata ammessa al passivo.

Un'ultima precisazione, sul tema dell'oggetto dell'impugnazione dei crediti ammessi è necessaria: mentre il creditore può impugnare i crediti ammessi indipendentemente dalla proposizione, nella fase di verifica avanti al giudice delegato, di eccezioni contro l'ammissione di creditori concorrenti o l'accoglimento di pretese restitutorie; il curatore, invece, come rilevato dagli studiosi della materia, è vincolato alle conclusioni formulate nella fase di verifica dinnanzi al giudice delegato.

Pertanto, il curatore non potrà impugnare l'ammissione invocando la revocabilità del titolo costitutivo del credito o della prelazione, se non tempestivamente rilevata in sede di verifica dello stato passivo davanti al giudice delegato.

L'ultima parte del terzo comma dell'art. 98, della legge fallimentare, per concludere sul tema dell'impugnazione, prevede che "al procedimento deve partecipare anche il curatore", nel caso, ovviamente, in cui l'impugnazione non sia stata da esso proposta.

La dottrina ha evidenziato che l'espressione deve essere interpretata nel senso che, in tale ipotesi, il curatore è parte necessaria[608].

Il terzo ed ultimo rimedio che la disciplina fallimentare consente di esperire nei confronti del decreto di accertamento dello stato passivo, è la revocazione.

Gli aspetti caratterizzanti di tale istituto sono regolamentati nei commi quattro e cinque, dell'art. 98, della legge fallimentare.

In essi si prevede che "*con la revocazione il curatore, il creditore o il titolare di diritti su beni mobili od immobili, decorsi i termini per la proposizione della opposizione o dell'impugnazione, possono chiedere*

---

[607] Vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, *ibidem*; A. JORIO- B. SASSANI, *ivi*, p. 1048.

[608] Vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, *ibidem*.

che il provvedimento di accoglimento o di rigetto vengano revocati, se si scopre che essi sono stati determinati da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile. La revocazione è proposta nei confronti del creditore concorrente, la cui domanda è stata accolta, ovvero nei confronti del curatore quando la domanda è stata respinta. Nel primo caso, al procedimento partecipa il curatore".

La revocazione, come già ho illustrato nella parte introduttiva di tale paragrafo, rappresenta un rimedio straordinario in quanto il presupposto per il suo esercizio è costituito dalla circostanza che la scoperta del dolo, della falsità o dell'errore, ovvero la mancata conoscenza di documenti decisivi, siano *posteriori* rispetto al decorso dei termini per la proposizione dell'opposizione o dell'impugnazione, avverso il decreto di accertamento dello stato passivo[609].

Dunque, essa costituisce un rimedio residuale in quanto il soggetto è legittimato a esperire tale strumento nei soli casi in cui è incorso nell'impossibilità di impugnare il provvedimento contestato con i rimedi ordinari e non anche nei casi in cui sia rimasto inerte.

Di conseguenza, il ricorrente è sottoposto ad un preciso onere della prova.

Con riferimento al profilo della legittimazione attiva, la norma prevede espressamente che sono legittimati a proporre la revocazione il curatore, il creditore e il titolare di diritti su beni mobili o immobili: costoro, con tale mezzo, possono chiedere che il provvedimento di accoglimento o, a differenza di quanto si prevedeva nel regime previgente, di rigetto[610] sia revocato, se scoprono che esso è stato

[609] Per la statuizione, in giurisprudenza, secondo la quale la revocazione può essere proposta solo decorsi i termini per la proposizione dell'impugnazione e dell'opposizione allo stato passivo, vedi Tribunale di Novara, 25 ottobre 2012, in *www.il caso.it*.

determinato da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa a loro non imputabile.

Dal tenore letterale della norma in commento si deduce, altresì, che il curatore assume la posizione di convenuto, nell'ipotesi in cui l'azione di revocazione sia stata esercitata con riguardo ad una domanda d'insinuazione allo stato passivo che sia stata respinta in sede di verifica; assume, invece, la veste di litisconsorte necessario, nel caso in cui il ricorrente ha promosso l'azione di revocazione con riferimento ad un credito ammesso. In quest'ultima ipotesi, la posizione di convenuto è ricoperta dal creditore concorrente.

Per quanto riguarda l'oggetto del giudizio di revocazione, poiché nella norma si fa riferimento, in via generale, al provvedimento di accoglimento o di rigetto, sul punto gli Autori non sono concordi: Taluni[611] ritengono che con tale espressione il legislatore ha voluto far riferimento al decreto irrevocabile pronunciato dal giudice delegato, ex art. 97 della legge fallimentare, e non alla decisione emanata dal Tribunale in seguito ad un ricorso di opposizione o d'impugnazione; Altri[612], invece, ritengono che anche quest'ultimi provvedimenti possono essere oggetto di revocazione, purchè, ovviamente, siano passati in giudicato.

La norma oggetto di esame sancisce, espressamente, i casi di revocazione, ovvero la falsità, il dolo, l'errore essenziale di fatto ed, infine, la mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile.

---

[610] Durante la vigenza del regime previgente, come già ho ampliamente illustrato nel primo capitolo, l'istanza di revocazione era consentita solo nei confronti di un provvedimento di accertamento e non anche di rigetto.

[611] In tal senso vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1050.

[612] Per il diverso orientamento vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 130.

Con riferimento al primo caso, poiché il legislatore non specifica a che cosa si riferisce la falsità, gli Autori[613] richiamano l'art. 395, punto due[614], c. p. c., per definirne il concetto.

Conseguentemente, la falsità, come da Costoro rilevato, è da riferire alle prove.

Relativamente alla seconda ipotesi di revocazione, Essi hanno rilevato che nel dolo rientrano i vizi di cui all'art. 395, punto uno e sei c. p. c., ovvero il dolo di una parte ai danni dell'altra ed il dolo del giudice, nonché i vizi di cui all'art. 404, secondo comma, c. p. c., ossia il dolo o collusione delle parti a danno di terzi.

Per quanto riguarda, invece, l'errore essenziale di fatto, su tale tema la giurisprudenza si è più volte pronunciata.

In particolare, già durante la vigenza della precedente normativa, la Corte di Cassazione[615] aveva statuito che "l'errore di fatto coincide con l'errore dovuto a *falsa percezione materiale della realtà* da parte del giudice, restando escluso che detto errore possa concretarsi in un inesatto apprezzamento del materiale probatorio od in un'errata valutazione giuridica di un fatto".

Dunque, in tal caso, l'azione di revocazione può essere esercitata dai soggetti legittimati se la volontà del giudice è stata determinata da una falsa percezione della realtà, e non da un semplice errato apprezzamento del materiale probatorio a sua disposizione o da un'errata valutazione giuridica del fatto.

Su tale questione si è pronunciata, di recente, anche la giurisprudenza di merito; in particolare il Tribunale di Novara, con la pronuncia 25

---

[613] Vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 129; A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1050.

[614] Ex art. 395, punto due, c. p. c., la sentenza può essere impugnata per revocazione "se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza.

[615] Corte di Cassazione 11 maggio 2005, n. 9929, in *Il Fall*., 2006, p. 95.

ottobre 2012[616], ha individuato quattro presupposti la cui sussistenza è sintomo di un errore di fatto, rilevante ex art. 98 della legge fallimentare: "la mancanza di qualsiasi componente valutativo-ricostruttiva; il contrasto totale tra l'assunzione dei fatti erroneamente percepiti e gli atti e documenti di causa; la decisività del fatto cui attiene l'errore e, pertanto, il rapporto di causalità tra l'erronea percezione del giudice e la pronuncia da lui emessa tale che, una volta eliminato quest'ultimo, cade il presupposto su cui la pronuncia è basata; infine, l'insussistenza di un contrasto tra le parti sul punto erroneamente prospettato".

Il quarto ed ultimo motivo di revocazione è rappresentato dalla mancata conoscenza di documenti decisivi che non siano stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile, che coincide con l'ipotesi prevista dall'art. 395, punto tre, c. p. c..

Lo stesso Tribunale di Novara, con la sentenza 25 ottobre 2012, ha affermato che "l'impossibilità di produrre in giudizio un documento decisivo, per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario, legittima la domanda di revocazione solo quando chi promuove la revocazione abbia dimostrato di aver fatto tutto il possibile per acquisire tempestivamente il documento e di non esserci riuscito per causa a lui non imputabile o per fatto dell'avversario".

Gli Autori hanno anche riconfermato, sulla base di ciò che, durante la vigenza del regime previgente, avevano sostenuto, che, se da un lato, è consentito, alle parti, proporre la revocazione comune, di cui all'art. 395 c. p. c., avverso la decisione del Tribunale; dall'altro lato, al di fuori di tale ipotesi, è escluso che il rimedio della revocazione fallimentare concorra con quello di cui all'art. 395 c. p. c., in quanto l'art. 98, della legge fallimentare, assorbe le ipotesi previste dal codice di rito.

---

[616] Tribunale di Novara, 25 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*.

Conclusa l'analisi degli aspetti peculiari dei singoli giudizi che possono instaurarsi a seguito della proposizione dei rimedi di cui all'art. 98, della legge fallimentare, prima di passare alla trattazione della successiva disposizione, è opportuno compiere due precisazioni.

La prima è rappresentata dall'ammissibilità, nel regime attuale, di una reformatio in peius in danno del creditore.

Sotto il vigore del regime previgente, (rimando al primo capitolo per un'analisi approfondita di tale questione) l'orientamento prevalente propendeva per la soluzione negativa in quanto, la giurisprudenza, riteneva che "in sede di giudizio di opposizione allo stato passivo del fallimento il curatore, costituendosi nella veste di convenuto, poteva far valere l'infondatezza delle censure mosse dal creditore opponente, ma non poteva svolgere tesi difensive volte a caducare il provvedimento del giudice delegato che aveva disposto l'ammissione del credito".

Il curatore poteva, quindi, solo ricorrere a tutte le difese necessarie a paralizzare la pretesa fatta valere dall'opponente, ma non poteva sollevare eccezioni finalizzate ad invalidare il provvedimento d'ammissione al passivo relativo ad un credito.

La disciplina attuale, a differenza di quella passata, al terzo comma dell'art. 98 della legge fallimentare, ha riconosciuto la legittimazione attiva al curatore ad impugnare.

Da ciò discende, come evidenziato dalla giurisprudenza e confermato dalla dottrina[617], che quando l'opposizione è proposta contro un provvedimento di rigetto parziale, il curatore, mediante la proposizione di un'impugnazione incidentale, può chiedere la reformatio in peius.

---

[617] In giurisprudenza vedi Tribunale di Vicenza, 27 maggio 2011, in *Dejure*.
Esso ha statuito che "il curatore, a fronte dell'opposizione allo stato passivo presentata dal creditore ammesso solo parzialmente, può chiedere l'esclusione integrale del credito (reformatio in peius) mediante la proposizione di un'impugnazione incidentale avverso il decreto di esecutività dello stato passivo".
Nello stesso senso si è pronunciato anche il Tribunale di Milano, 12 aprile 2011, in *Dejure*.
In dottrina vedi MONTANARI*, Le impugnazioni dello stato passivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di Buonocore- Bossi, Padova, 2011, p. 95.

L'altra precisazione, invece, riguarda il ruolo del fallito nell'ambito delle impugnative fallimentari.

Tale soggetto, nel procedimento di formazione dello stato passivo, come rilevato dagli Autori[618], non è parte formale del processo, non è titolare di un potere d'azione, né può esercitare diritti di difesa.

Egli, infatti, ex art. 95, della legge fallimentare, può esaminare il progetto di stato passivo presentato dal curatore e presentare osservazioni scritte fino all'udienza.

Questa sua posizione trova conferma anche nei giudizi d'impugnazione in quanto, il fallito, è legittimato ad intervenire in tali giudizi nei soli casi previsti dall'art. 43, secondo comma, della legge fallimentare, ovvero "solo per la questioni dalla quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge".

A questo punto è possibile dedicarsi alla trattazione della disciplina procedurale, contenuta nell'art. 99 della legge fallimentare, che è identica per tutte le impugnazioni dello stato passivo.

A seguito delle riforme, prima con d. lgs 5/2006 e, successivamente, con d. lgs 169/2007, è stato delineato, come hanno rilevato gli stessi Autori[619], un procedimento di gravame integralmente regolato ex novo, ovvero una sorta di rito ibrido in quanto l'art. 99 della legge fallimentare delinea un procedimento speciale a natura camerale che, però, prescinde dalla generalizzata applicazione degli artt. 737 ss. c. p. c., analogamente a quanto osservato a proposito del reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento.

---

[618] Su tale aspetto vedi FERRI, *Il fallito nella nuova disciplina della verifica dei crediti: esclusione di poteri processuali di proporre domande ed eccezioni, difetto di legittimazione sull'impugnazione del decreto di esecutività dello stato passivo*, in *Il Fall*., 2007, p. 289.

[619] Vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 130; COSTANTINO, *Profili processuali della delega per la riforma*, in Il Fall., 2005, p. 995.

In dottrina, Taluni[620] hanno affermato che il legislatore, con la nuova normativa, ha voluto soddisfare due distinte esigenze: da un lato, dettare un procedimento snello ma, al contempo, capace di garantire il diritto di difesa e il principio del contraddittorio; dall'altro, evitare che il provvedimento decisorio finale rivestisse la forma della sentenza, in quanto, tale veste formale, non sarebbe stata consona alla natura endofallimentare che i provvedimenti emessi in sede di verifica del credito ed, eventualmente, di impugnazione dello stato passivo posseggono.

La struttura del procedimento delineato dall'art. 99, della legge fallimentare, è tale da far ritenere, come osservato dagli stessi studiosi della materia, che esso è a cognizione piena: le modalità e le forme con le quali il contraddittorio è attuato sono, infatti, disciplinate in modo analitico, come del resto, sono dettagliatamente regolamentati gli oneri e le preclusioni delle parti, relativamente alla fase istruttoria ed alla deduzione dei mezzi di prova.

Ex dell'art. 99, della legge fallimentare, si prevede, infatti, che "*le impugnazioni di cui all'articolo precedente si propongono con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui all'art. 97 ovvero, in caso di revocazione, dalla scoperta del fatto o del documento.*

Il ricorso deve contenere:

1) *L'indicazione del tribunale, del giudice delegato e del fallimento;*
2) *Le generalità dell'impugnante e l'elezione del domicilio nel comune ove ha sede il tribunale che ha dichiarato il fallimento;*
3) *L'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e le relative conclusioni;*
4) *A pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di*

[620] Vedi LAMANNA, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006, p. 631.

prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.

Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore, al quale può delegare la trattazione del procedimento e fissa, con decreto, l'udienza di comparizione entro sessanta giorni dal deposito del ricorso.

Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, a cura del ricorrente, al curatore, al fallito a all'eventuale contro interessato entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto.

Tra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni.

Le parti resistenti devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza, eleggendo il domicilio nel comune in cui ha sede il tribunale.

La costituzione si effettua mediante il deposito, in cancelleria, di una memoria difensiva contenente, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova e dei documenti prodotti.

L'intervento di qualunque interessato non può aver luogo oltre il termine stabilito per la costituzione delle parti resistenti con le modalità per queste previste.

Il giudice provvede, anche ai sensi del terzo comma, all'ammissione e all'espletamento dei mezzi istruttori.

Il giudice delegato non può far parte del collegio.

Il collegio provvede in via definitiva sull'opposizione, impugnazione o revocazione con decreto motivato entro sessanta giorni dall'udienza o dalla scadenza del termine eventualmente assegnato per il deposito di memorie.

Il decreto è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre ricorso per cassazione".

Con riferimento al profilo delle preclusioni, è opportuno precisare che esse si articolano in modo diverso a seconda di quello che è il concreto oggetto del giudizio d'impugnazione: nei giudizi di opposizione, ad esempio, poiché i soggetti legittimati a proporre tale rimedio sono i creditori che sono stati esclusi dal passivo, oppure ammessi in misura o in modo diverso rispetto a quanto richiesto, sono questi i soggetti onerati dall'allegazione dei fatti e delle prove a dimostrazione delle loro richieste, secondo il regime preclusivo previsto per il ricorso introduttivo; spetterà, invece, al curatore allegare eventuali fatti impeditivi, modificativi od estintivi.

Nei giudizi di impugnazione o revocazione, invece, i soggetti che possono ricoprire il ruolo di attore sono gli altri creditori e il curatore: spetterà a costoro, a seconda dei casi, contestare lo stato passivo, negando i fatti costitutivi posti alla base del diritto affermato, oppure, allegare fatti impeditivi, modificativi o estintivi[621].

Con riferimento al contenuto del ricorso introduttivo, la norma è chiara sul punto: essa, infatti, prevede, espressamente, che esso deve contenere oltre alle indicazioni minime e necessarie per radicare il gravame, ovvero le informazioni indicate ai punti uno e due, dell'art. 99, secondo comma, della legge fallimentare, anche l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e le relative conclusioni, nonché, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.

Dal tenore della norma, quindi, si evince in modo chiaro che non sono ammissibili eventuali domande riconvenzionali. Ciò è stato

[621] Per tale puntualizzazione, in dottrina, vedi COSTANTINO, *Sub. Artt 98- 99 l.fall.*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro- Sandulli-Santoro, II, Torino, 2010, p. 1255.

confermato dalla stessa Corte di Cassazione che, nella sentenza, 22 novembre 2010, n. 6900[622], ha statuito che è esclusa l'ammissibilità di domande nuove, non proposte nel grado precedente, quali le domande riconvenzionali.

Di conseguenza, solo le attività processuali indicate nell'art. 99, della legge fallimentare, possono essere compiute; ulteriori domande dovranno essere oggetto di un autonomo processo.

Gli Autori hanno rilevato che il senso di tale previsione si deduce mediante la comparazione dell'attuale normativa con quella previgente.

Prima delle riforme, il giudice, sulla domanda di ammissione al passivo, si pronunciava direttamente, con l'assistenza del curatore, ammettendo, in tutto o in parte, i crediti con l'eventuale relativo grado di prelazione ed indicando quelli, in tutto o in parte, non ammessi, con l'esposizione sommaria delle ragioni dell'esclusione totale o parziale di essi e delle relative garanzie.

Nel successivo giudizio di opposizione, la posizione delle parti era paragonabile a quella che esse assumono in un giudizio nel quale il provvedimento viene adottato inaudita altera parte, nel quale deve assicurarsi la pienezza del contraddittorio.

Di conseguenza, durante la vigenza del regime previgente, gli Autori (in senso non uniforme si poneva la giurisprudenza, ma per l'approfondimento di tali aspetti rimando al primo capitolo) ritenevano che attraverso l'opposizione veniva introdotto un giudizio, a tutti gli effetti, di primo grado, ed i rimedi impugnatori previsti contro il provvedimento conclusivo del giudizio di opposizione erano quelli tipici della sentenza di primo grado, ovvero l'appello.

---

[622] Vedi Corte di Cassazione 22 novembre 2010, n. 6900, in *Giust. Civ. Mass*., 2010, 4, p. 418. Nello stesso senso si è pronunciata anche la Corte di Cassazione, 08 giugno 2012, n. 9341, in *Giust. Civ. Mass*., 2012, 6, p. 761.

Tuttavia, poiché con la novelle del 2006/ 2007, lo scenario legislativo è completamente mutato, ciò ha fatto sì che anche gli Autori[623] mutassero la propria impostazione, per allinearsi a quella della giurisprudenza, ed affermare, quindi, che, nel regime vigente, anche *l'opposizione costituisce un vero e proprio giudizio d'impugnazione*.

Costoro, infatti, hanno ritenuto che, a seguito della novella, l'opposizione del creditore o del titolare di beni mobili od immobili per le domande respinte, è strutturata come le altre impugnazioni possibili avverso il decreto, ovvero quella del curatore, del creditore concorrente e del titolare di diritti su beni mobili od immobili per le domande accolte; e quella di revocazione del provvedimento determinato da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o mancata conoscenza di documenti non prodotti per causa non imputabile.

La stessa Corte di Cassazione, infatti, nella sentenza 22 marzo 2010, n. 6900, prima citata, ha affermato che il procedimento configurato dall'art. 99, della legge fallimentare, post riforme, presenta le caratteristiche inequivocabilmente impugnatorie, le quali, appunto, escludono l'ammissibilità di domande nuove, non proposte nel grado predicente.

Il primo comma dell'art. 99, della legge in commento, prevede che le impugnazioni, che ai sensi dell'art. 98, della suddetta legge, possono essere esperite avverso il decreto di esecutività dello stato passivo, si propongono con ricorso, il quale deve essere depositato, presso la cancelleria del tribunale, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione dell'esito di accertamento dello stato passivo, di cui all'art. 97, della legge fallimentare, oppure, in caso di revocazione, dalla scoperta del fatto o del documento.

---

[623] Vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 123; A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuale*, Milano, 2014, pp. 1063- 1064.

A tal riguardo, la Corte di Cassazione, con sentenza 01 febbraio 2000, n. 1091[624], ha statuito che, con riferimento a tale termine, è operante la sospensione feriale.

Successivamente, ai sensi del terzo comma, della legge fallimentare, il Tribunale, con apposito decreto, provvede a fissare l'udienza.

Il ricorso, unitamente al decreto, deve essere notificato, a cura del ricorrente, entro il termine assegnato dal tribunale, al curatore, al fallito e all'eventuale contro interessato, con l'avvertenza che tra la notifica, da intendersi la data in cui il destinatario della notifica riceve l'atto e non il giorno di richiesta, all'ufficiale giudiziario, di effettuazione della notifica, e l'udienza devono esservi almeno trenta giorni, che sono necessari al curatore per predisporre le proprie difese.

Gli Autori[625] hanno precisato che tali giorni, in assenza di una specifica previsione normativa, non devono essere considerati liberi, di conseguenza trova applicazione l'art. 155 c. p. c., il quale, al primo comma, sancisce che nel computo dei termini a giorni o ad ore, si escludono il giorno e l'ora iniziali.

In caso di violazione di tale termine, la dottrina[626] è concorde nel ritenere che, dato il silenzio della legge, è applicabile l'art. 164 c. p. c., di conseguenza, se il convenuto deduce l'inosservanza del termine a comparire, il giudice provvederà a fissare una nuova udienza nel rispetto dei termini.

Gli studiosi si sono anche interrogati sul significato che deve essere attribuito alla disposizione in esame, nella parte in cui prevede che

---

[624] Vedi Corte di Cassazione 01 febbraio 2000, n. 1091, in *Il Fall*., 2000, p. 1272.

[625] Vedi PICARDI- MARTINO, voce *Termini* (*Diritto processuale civile*), in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994.

[626] Vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1068.

il ricorso deve essere notificato anche al fallito, dato che tale aspetto costituisce una novità della riforma.

Costoro hanno evidenziato che la notifica a tale soggetto ha il solo valore di incentivare, per fini meramente cooperativi, la partecipazione del fallito senza, quindi, che esso assumi la veste di parte processuale nel procedimento.

Da tale impostazione discende che, in caso di vizi nell'instaurazione del contraddittorio rispetto al fallito, non si verificano nullità in grado di ripercuotersi sulla regolare prosecuzione del procedimento.

La tutela del fallito, nell'assetto normativo vigente, hanno concluso gli Autori sul punto, si realizza attraverso l'efficacia meramente endofallimentare dei provvedimenti relativi alla verifica del credito[627].

Anche la giurisprudenza[628], relativamente al significato da attribuire alla disposizione in commento, nella parte in cui prevede che il ricorso deve essere notificato anche al fallito, è concorde con l'impostazione della dottrina, sopra ricostruita.

Il legislatore, al punto tre, del secondo comma dell'art. 99, della legge fallimentare, ha previsto che il ricorso deve anche contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda l'impugnazione, oltre che le relative conclusioni.

A tal riguardo gli Autori[629] hanno osservato che, se da un lato, la specificità della motivazione si rende necessaria per la validità dell'impugnazione, sulla base del principio generale in ragione del

---

[627] In dottrina, con riferimento al significato da attribuire alla disposizione nella parte in cui prevede che il ricorso deve essere notificato anche al fallito, vedi LAMANNA, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006, pp. 634-635.

[628] Vedi Corte di Cassazione 10 gennaio 2011, n. 365, in *Giust. Civ. Mass*., 2011, 1, p. 31.

[629] Vedi C. CECCHELLA, in *L'appello speciale*, in *F. P. LUISO- R. VACCARELLA*, *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, pp. 318 ss.; A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1071.

quale è necessario indicare la causa petendi ed il petitum della domanda, i quali, in un giudizio d'impugnazione, coincidono con il capo di sentenza di cui si richiede la riforma o l'annullamento; dall'altro lato, non è estensibile, alle impugnazioni avverso il decreto di accertamento dello stato passivo, il rigore che, oggi, discende dalla specificazione del motivo, ex art. 342 c. p. c., come novellato dalla legge n. 134 del 2012.

Conseguentemente, proseguono gli studiosi della materia, non sarà necessaria, a pena d'inammissibilità, la tassativa espressione dei vizi e delle censure che s'intendono far valere, con l'indicazione dei contenuti sostitutivi richiesti al giudice dell'impugnazione, oppure, un'espressione analitica del motivo tale da indurre il giudice del riesame ad un giudizio prognostico di ragionevole probabilità di accoglimento.

Da tali considerazioni deriva che il ricorso, più semplicemente, ex dell'art. 99, secondo comma, punto tre, della legge fallimentare, dovrà contenere l'indicazione dei capi della sentenza e del decreto effettivamente impugnati e la riproposizione delle difese misconosciute dal giudice di appello, delle quali, la parte, chiede l'accoglimento nel giudizio riformatore reso in sede d'impugnazione.

Un ulteriore aspetto sul quale gli studiosi[630] si sono soffermati, dato il silenzio della legge, è quello relativo al fatto se colui che instaura l'impugnazione deve essere assistito da un difensore.

Costoro hanno risolto tale questione in senso affermativo e hanno giustificato questa loro conclusione facendo leva sull'utilizzo di termini ed espressioni, nella descrizione delle modalità e delle fasi nelle quali si snoda il procedimento, che sono proprie del processo civile e, quindi, tali da rendere impensabile l'agire in giudizio del creditore senza l'assistenza tecnica di un difensore.

---

[630] Per tale riflessione vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2012, p. 1073.

Continuando con l'esame della disciplina contenuta nell'art. 99, della legge fallimentare, il legislatore, all'ottavo comma, ha previsto, espressamente, la possibilità d'intervento del terzo nelle procedure di gravame contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

Tale legittimazione, hanno rilevato gli studiosi[631], deve essere circoscritta solo ai creditori insinuati al passivo e non, anche, ai soggetti che vantano ragioni di credito al di fuori di tale contesto.

La ratio di tale interpretazione, per Costoro, risiede nell'esigenza di procedere, quanto più celermente, alla definizione delle ragioni di credito che devono trovare ingresso nella procedura concorsuale, evitando, in tal modo, ogni pretestuosa contestazione che possa arrecare rallentamenti alla liquidazione dell'attivo ed al soddisfacimento dei creditori.

Per quanto riguarda i poteri processuali del soggetto che è legittimato ad intervenire, le sue possibilità difensive sono limitate: potrà, di fatto, solo contrastare le ragioni dei creditori opponenti, al fine di evitare che la decisione favorevole a costoro possa riflettersi negativamente sui propri diritti, in sede di ripartizione dell'attivo.

La natura di tale intervento, quindi, può essere annoverata come un intervento adesivo autonomo: il terzo, infatti, è portatore di un autonomo diritto che, tuttavia, si pone in una posizione parallela a quella di cui è portatore il fallimento nella persona del curatore.

Un ulteriore profilo che il legislatore, nella norma in commento, ha disciplinato e che risulta essere interessante ai fini della comparazione tra normativa fallimentare e quella di diritto comune, in materia di novità difensive nel giudizio di impugnazione, è quello concernente *le eccezioni processuali e di merito* che, le parti, a pena di decadenza, devono indicare nei rispettivi atti

---

[631] In tal senso si è espresso A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, ivi, p. 1074.

introduttivi, ai sensi dell'art. 99, settimo e secondo comma, punto quattro, della legge fallimentare.

La giurisprudenza di legittimità è intervenuta su tale tema e in più pronunce[632], tutte contenenti il medesimo orientamento, ha statuito che "l'art. 99, nel testo novellato dapprima dal D. Lgs 5/2006 e, successivamente, dal D. Lgs 169/2007, configura il giudizio di opposizione allo stato passivo in senso inequivocabilmente impugnatorio e, quindi, non ammette né domande nuove da parte dell'opponente, né domande riconvenzionali del curatore, non previste dal comma quinto della disposizione. Tuttavia, il reclamo avverso il decreto di accertamento dello stato passivo non è un giudizio d'appello poiché mira a rimuovere un provvedimento emesso sulla base di una cognizione sommaria ed all'esito di un procedimento che non prevede la formalizzazione della posizione del curatore come parte processuale contrapposta al creditore. Il procedimento di verifica, infatti, seppure teso ad assicurare il contraddittorio sostanziale tra le parti, con la previsione di un giudice terzo che pronunzia sulla domanda di ammissione al passivo, sulle conclusioni del curatore e sulle eventuali osservazioni del creditore, non prevede la formale costituzione del curatore a mezzo di difensore tecnico, mentre quella del creditore è solo eventuale. Si deve, pertanto, ritenere che la disciplina applicabile al giudizio di opposizione, in tema di eccezioni proponibili, deve essere ricercata nello stesso art. 99, della legge fallimentare, il quale, al settimo comma, descrivendo il contenuto della memoria difensiva di costituzione della parte resistente, fa menzione, tra l'altro, delle eccezioni processuali e di merito non

---

[632] Nel testo, la pronuncia a cui ho fatto riferimento è Corte di Cassazione, 12 dicembre 2012, n. 22765, in *Giust. Civ., Mass*., 2012, 12, p. 1409.
Il medesimo orientamento è stato espresso anche in altre pronunce, ovvero Corte di Cassazione, 04 giugno 2012, n. 8929, in *Giust. Civ. Mass*., 2012, 6, p. 728; Corte di Cassazione, 25 febbraio 2011, n. 4708, in *Giust. Civ. Mass*., 2011, 6, p. 1465; Corte di Cassazione, 22 marzo 2010, n. 6900, in *Giust. Civ. Mass*., 2010, 3, p. 418.

rilevabili d'ufficio, senza porre altre limitazioni. Ne deriva che il curatore, nel giudizio di opposizione, può riproporre le eccezioni che siano state disattese dal giudice delegato, in sede di verificazione dello stato passivo".

È evidente, quindi, che, per i giudici di legittimità, le limitazioni previste all'art. 345 c. p. c., versione attuale, in tema di eccezioni e documenti nuovi, non trovano applicazione in sede di gravame avverso il decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo.

L'art. 99, della legge fallimentare, oltre ad imporre alle parti una chiara delimitazione del thema decidendum, mediante l'indicazione delle eccezioni non rilevabili d'ufficio, obbliga costoro a delimitare anche il thema probandum, con riferimento sia alle prove costituende, dato il richiamo ai c. d. mezzi di prova, che ai documenti.

Il ricorso, infatti, come del resto la memoria difensiva, deve contenere l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente, e la parte resistente, intende avvalersi e dei documenti prodotti.

Naturalmente, come espressamente sancisce, al nono comma, la disposizione in commento, il giudice, a fronte di prove nuove, procede all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori.

Tale locuzione, come rilevato dagli studiosi della materia, apparentemente, non sembrerebbe lasciare ampio spazio alla possibilità, per l'organo giudicante, di procedere con mezzi istruttori d'ufficio.

Tuttavia, poiché la formula utilizzata dal legislatore, a seguito della novella del 2006, prevedeva, espressamente, che il collegio era provvisto di poteri istruttori officiosi, anche se in via residuale e solo se ritenuto necessario[633], Costoro si sono domandati se un

[633] L'art. 99, all'ottavo comma, della legge fallimentare, a seguito della prima riforma, avvenuta con D. Lgs. n. 5/2006, prevedeva che "il tribunale, se necessario,

simile potere, dato che la formulazione successiva alla novella del 2007 non contiene più un simile riferimento, oggi, deve ritenersi ancora sussistente.

A tale interrogativo, gli Autori[634], hanno dato risposta positiva, sulla base del fatto che il gravame tratteggiato dall'art. 99, della legge fallimentare, anche se sui generis, conserva la natura di giudizio camerale. Da ciò deriva che, ai sensi dell'art. 738 c. p. c., il giudice può assumere informazioni.

Ciò nonostante, poichè in relazione alla natura del procedimento disciplinato dall'art. 99, della legge fallimentare, emerge una non perfetta univocità di vedute, in quanto accanto a Coloro che enfatizzano la natura camerale di esso, con conseguente applicazione della disciplina contenuta nel codice di rito, all'art. 738, in ambito probatorio, si pone la Suprema Corte[635], la quale, invece, ha precisato che, il procedimento in questione, pur essendo un rito camerale sui generis, presenta, tuttavia, caratteristiche diverse rispetto al rito di cui agli artt. 737 ss c. p. c.: ne deriva che, secondo l'impostazione dei giudici di legittimità, il materiale probatorio può essere solo quello prodotto dalle parti o acquisito dal giudice, non ai sensi dell'art. 738 c. p. c., ma degli artt. 210 e 213 c. p. c., che disciplinano, rispettivamente, l'ordine di esibizione

---

poteva assumere informazioni anche d'ufficio ed autorizzare la produzione di ulteriori documenti".

[634] In tal senso, in dottrina, si è pronunciato NARDONE, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro- Sandulli, Torino, 2006, I, p. 545; CANALE, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Stefano Ambrosini, 2006, p. 192.
Costoro, tuttavia, hanno anche evidenziato che, alla luce della disciplina, tanto dettagliata, dettata dalla disposizione in commento, il mantenimento di un'indicazione chiara, anche in punto di poteri istruttori officiosi del giudice, sarebbe stata opportuna.

[635] Tale orientamento, in ordine al potere istruttorio officioso del giudice, nel procedimento di cui all'art. 99, della legge fallimentare, è stato affermato dalla Corte di Cassazione nella pronuncia, 08 novembre 2010, n. 22711, in *Giust. Civ. Mass*., 2010, 11, p. 1419.

dei documenti, alla parte o al terzo, e la richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione.

Un'altra questione, sempre concernente il profilo del thema probandum, riguarda i documenti che possono trovare ingresso nel procedimento disciplinato dalla norma in commento: a tal riguardo la giurisprudenza[636] ha statuito che, se da un lato, è consentito alla parte utilizzare le risultanze documentali del fascicolo fallimentare, il quale, appunto, contiene tutti i documenti utilizzati per la fase di istruzione preventiva, oltre che di tutti i documenti allegati alle domande di ammissione al passivo dei crediti, dall'altro lato, ha precisato che, la parte che propone il gravame, è onerata a produrre, nella causa, tutti i documenti di cui intende avvalersi, non potendo, in difetto, il tribunale acquisire la documentazione d'ufficio.

Su tale tema, di recente, si è pronunciata anche la Corte di Cassazione, la quale, nella pronuncia, 14 luglio 2014, n. 16101[637], ha statuito che "il giudizio di opposizione allo stato passivo è regolato dal principio dispositivo, sicchè al creditore, la cui domanda sia stata respinta dal giudice delegato, è fatto onere di produrre, nuovamente, dinnanzi al tribunale, nel corrispondente procedimento, ex art. 99 della legge fallimentare, la documentazione già disposta in sede di verifica del passivo, la quale non può essere acquisita d'ufficio. Peraltro, qualora l'opponente abbia tempestivamente indicato, nel ricorso, la documentazione di cui intende avvalersi, facendo riferimento a quanto già prodotto davanti al giudice delegato, in modo tale da non lasciare dubbi sull'identità degli atti su cui vuole fondare l'opposizione, e ne abbia contestualmente formulato istanza di acquisizione, non è ravvisabile alcuna sua inerzia idonea a

[636] Vedi Tribunale di Treviso, 06 luglio 2011, in *Dejure*.

[637] Vedi Corte di Cassazione, 14 luglio 2014, n. 16101, in *Giust. Civ. Mass*., 2014.

giustificare il rigetto del ricorso, per inosservanza dell'onere della prova, potendo quell'istanza essere interpretata come autorizzazione al ritiro della documentazione".

Per concludere il discorso sul tema delle prove, la giurisprudenza, sulla base di una comparazione tra normativa fallimentare e di diritto comune, in materia di novità difensive nel giudizio d'impugnazione, ha osservato che, nel procedimento di cui all'art. 99 della legge fallimentare, non trova applicazione il divieto dei nova vigente nel giudizio ordinario d'appello, con riferimento sia alle prove costituende che alle produzioni di documenti.

La Suprema Corte, nella pronuncia, 11 settembre 2009, n. 19697[638], ha, infatti, statuito che "il legislatore della riforma, sebbene abbia ampiamente mutato la natura del giudizio di verifica dei crediti, in particolare precisando che il giudice delegato pronuncia su ciascuna domanda nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio e a quelle formulate dagli altri interessati, ne ha, però, mantenuto la caratteristica di giudizio a cognizione sommaria, in cui non è obbligatoria l'assistenza tecnica a favore del creditore *ed ove è previsto che il giudice possa procedere ad atti di istruzione a richiesta delle parti, compatibilmente con le esigenza di speditezza del procedimento, ai sensi dell'art. 95, terzo*

---

[638] Vedi Corte di Cassazione, 11 settembre 2009, n. 19697, in *Giust. Civ. Mass*., 2009, 9, p. 1307.

L'orientamento che afferma la totale liberalizzazione all'ingresso di nuove difese nel procedimento di cui all'art. 99, della legge fallimentare, in contrapposizione a quanto accade nel giudizio di appello ordinario, è stato sancito anche dal Tribunale di Milano, 04 marzo 2008, in *Il Fall*., 2008, p. 667.

Tale orientamento giurisprudenziale, in Dottrina, non è da tutti condiviso: tra Coloro che appoggiano tale impostazione si colloca C. CECCHELLA, in *L'appello speciale*, in *F. P. LUISO- R. VACCARELLA*, *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, p. 318 ss; FABIANI, Impugnazioni dello stato passivo, raccordo con il procedimento sommario e preclusioni, in Foro it., 2008, p. 633 ss; FERRI, *La formazione dello stato passivo nel fallimento: procedimento di primo grado e impugnazioni*, in *Riv. Dir. proc*., 2007, p. 1272.

In senso contrario, invece, si collocano SCARSELLI, in *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 300; NARDECCHIA, *Opposizioni allo stato passivo*, in *Le insinuazioni allo stato passivo, a cura di M. FERRO*, Padova, 2006, p. 96.

comma, ultima parte, della legge fallimentare. La limitazione del diritto alla prova che si consuma, così, nella fase di verifica del credito e che si giustifica in relazione alla natura sommaria di tale momento processuale ed all'esigenza di celerità ad esso connessa, è destinata a venir meno in sede di opposizione. Una diversa interpretazione, ha concluso la Corte, non sarebbe possibile, poiché essa sarebbe in antitesi con il precetto costituzionale[639] del diritto di difesa e, più esattamente, del diritto alla prova quale nucleo essenziale del diritto di azione e di difesa".

Da tale pronuncia ne discende che non è possibile richiamare, nell'ambito del procedimento ex art. 99, della legge fallimentare, l'art. 345 c. p. c..

Detta conclusione, come rilevato dalla Corte di Cassazione, nella pronuncia, 22 marzo 2010, n. 6900[640], non si pone in contrasto con l'attribuzione, all'opposizione, della natura di impugnazione.

In verità, come dichiarato dalla Suprema Corte, nella pronuncia in esame, la natura impugnatoria del rimedio rimane, in ogni caso, inequivoca, poiché con il gravame si mira a rimuovere un provvedimento emesso sulla base di una cognizione sommaria che, se non opposto, acquista efficacia di giudicato endofallimentare. Né essa è incompatibile con la produzione di nuovi documenti e prove costituende non ammesse in fase sommaria per incompatibilità con le esigenze di speditezza della procedura".

Per completare l'esame della nuova disciplina del procedimento di impugnazione, di cui all'art. 99, della legge fallimentare, è necessario esaminare il profilo relativo alla fase decisoria.

---

[639] Vedi Corte Costituzionale, 11 giugno 1975, n. 139, in www.cortecostituzionale.it.

[640] Vedi Corte di Cassazione, 22 marzo 2010, n. 6900, in *Giust. Civ. Mass*., 2010, 3, p. 418.

Innanzitutto, il legislatore, al decimo comma, ha previsto, espressamente, che il giudice delegato non può far parte del collegio giudicante.

Con tale scelta legislativa, il soggetto legittimato, ha posto fine alla situazione di non perfetta imparzialità che si era creata durante la vigenza della normativa previgente, in ragione della quale il giudice delegato della fase di verificazione dei crediti poteva partecipare anche alla fase successiva, finalizzata a risolvere le relative contestazioni.

Su tale questione, come già ho ampliamente approfondito nel primo capitolo, la Corte Costituzionale[641] aveva sempre fatta salva la disciplina prevista nella legge fallimentare, affermando che il principio d'incompatibilità, di cui all'art. 51, primo comma, punto quattro, c. p. .c, operava solo nell'ipotesi in cui il giudicante doveva prendere parte ad un vero e proprio gravame. Pertanto, poiché la fase di opposizione allo stato passivo era considerata, dalla Consulta, una mera revisione della decisione concernente l'ammissione del credito nell'ambito dello stesso procedimento, la partecipazione del medesimo giudice delegato anche alla fase successiva era giustificata dall'esigenza di avere un giudizio più efficiente relativamente al sistema di verificazione dei crediti e di formazione dello stato passivo.

Tuttavia, con la recente riforma, il legislatore ha fatto proprie le critiche mosse dalla dottrina prevedendo, appunto, che il giudice delegato non possa far parte del collegio che decide sull'impugnazione.

Inoltre, dall'undicesimo comma della disposizione in commento, si deduce che la fase decisoria è stata regolamentata in modo snello e duttile: si prevede, infatti, che "*il collegio provvede in via definitiva sull'opposizione, impugnazione o revocazione, con*

[641] Vedi Corte Costituzionale, 29 aprile 1975, n. 94, in www.cortecostituzionale.it.

decreto motivato, entro sessanta giorni dall'udienza o dalla scadenza del termine eventualmente assegnato per il deposito di memorie".

Gli studiosi della materia hanno rilevato che tale fase è regolamentata in modo tale che la sua organizzazione è lasciata alla decisione del collegio, il quale può, così, adattare la prosecuzione del procedimento alle esigenze del caso concreto.

Costoro hanno anche evidenziato che, poiché questa caratteristica è tipica del rito camerale, nella fase finale del procedimento delineato dall'art. 99, della legge fallimentare, quest'ultimo torna a riespandersi[642].

Il provvedimento decisorio finale assume la forma del decreto, succintamente motivato, e con esso il tribunale decide sul credito e sul diritto a farlo valere nell'ambito della procedura fallimentare.

In caso di rigetto dell'impugnazione, esso produce esiti diversi a seconda del tipo di gravame proposto: il rigetto dell'opposizione, comporta la conferma del provvedimento del giudice delegato, di esclusione totale o parziale del credito; il rigetto dell'impugnazione o della revocazione del credito ammesso, invece, determina la definitiva ammissione al passivo dello stesso.

Anche nel caso di accoglimento dell'impugnazione, gli esiti che si producono sono diversi a seconda del tipo di gravame azionato: l'accoglimento dell'opposizione allo stato passivo, ad esempio, determina l'ammissione definitiva del credito al passivo; l'accoglimento della domanda di rivendicazione del bene, invece, implica la restituzione del bene; infine, l'accoglimento dell'impugnazione o della revocazione del credito ammesso, comporta l'esclusione di esso dallo stato passivo.

---

[642] Per tale riflessione vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1089.

Il tribunale deve provvedere anche in ordine alle spese giudiziali, le quali, secondo gli Autori[643], seguono il criterio della soccombenza, di cui all'art. 91, c. p. c..

Tale considerazione, hanno rilevato Costoro, si basa sul fatto che l'art. 99, della legge fallimentare, pur disciplinando un procedimento camerale, esso, tuttavia, verte su diritti; è per tale ragione che, in tema di spese, il rinvio è alla disciplina ordinaria e non a quella applicabile in caso di rito camerale puro.

Il legislatore, nella disposizione in commento, non chiarisce se il decreto, conclusivo del giudizio d'impugnazione, sia immediatamente esecutivo oppure no.

Gli Autori[644], prendendo spunto da ciò che è statuito nell'art. 113, della legge fallimentare, nel quale, appunto, si prevede che, nelle ripartizioni parziali, devono essere trattenute le quote assegnate ai creditori opponenti a favore dei quali sono state disposte misure cautelari, propendono per la conclusione affermativa.

Il decreto, ai sensi dell'ultimo comma, è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre ricorso per cassazione.[645]

Gli studiosi della materia[646] hanno rilevato che, la scelta della comunicazione, in sostituzione della notificazione, ai fini del decorso del termine per impugnare, costituisce un segno della volontà del legislatore di immaginare il procedimento, ex art. 99, della legge fallimentare, come camerale, anche se, dato che

---

[643] Vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1091.

[644] Vedi LAMANNA, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006, p. 742.

[645] Nei limiti previsti all'art. 360 c. p. c.: cfr. VITIELLO, *Impugnazione diretta in cassazione*, in *G. dir*., 2000, p. 101; CAIAFA, *Il nuovo ricorso per cassazione ed i procedimenti in materia fallimentare*, in *Dir. fall*., 2007, p. 111.

[646] Per tale riflessione vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 1092.

l'oggetto su cui verte sono diritti, sarebbe stato preferibile fissare la decorrenza del termine dalla notificazione.

Concluso l'esame della disciplina relativa al procedimento di impugnazione, è evidente che, il legislatore della riforma, ha dettato una normativa, l'attuale art. 99, della legge fallimentare, che, a differenza del regime previgente ed analogamente a quanto osservato con riferimento alla disciplina attuale in materia di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, di cui all'art. 18, della medesima legge in commento, da un punto di vista sistematico, consente di assimilare il procedimento in questione ad un vero e proprio giudizio d'impugnazione.

Anche con riferimento al profilo della tutela delle parti, ciò che ho osservato nel momento in cui ho esaminato l'istituto del reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, ovvero che *la disciplina relativa ai nova in appello, contenuta nel codice di rito*[647], non trova applicazione nel procedimento disciplinato all'art. 18, della legge fallimentare, è estendibile anche al procedimento d'impugnazione dell'art. 99, della legge fallimentare.

Di conseguenza, anche in tale procedimento, alle parti, è garantito un effetto devolutivo pieno, a differenza di ciò che, attualmente, a seguito della riforma legislativa n. 134 del 2012, si realizza nel giudizio di appello di diritto comune.

[647] Il riferimento è alla disciplina dei nova in appello che, a seguito della riforma legislativa n. 134 del 2012, ha definitivamente mutato la natura dell'istituto in questione: l'appello, infatti, come ho ampliamente approfondito nel secondo capitolo, ha perso i caratteri di rimedio a critica libera per diventare espressione di un'impugnazione in senso stretto, avente ad oggetto l'atto da impugnare, i suoi errori ed i suoi vizi.

3.3. Il reclamo contro il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento.

La disciplina dell'impugnazione del decreto di rigetto dell'istanza di fallimento è regolata dall'art. 22, della legge fallimentare vigente, ovvero dal Regio Decreto, 16 marzo 1942, n. 267, riformato, dapprima, dal d. lgs n. 5/2006 e, successivamente, dal d. lgs. n. 169/2007.

In esso si prevede che "*il tribunale, che respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento, provvede con decreto motivato, comunicato, a cura del cancelliere, alle parti.*

Entro trenta giorni dalla comunicazione, il creditore ricorrente o il pubblico ministero richiedente, possono proporre reclamo contro il decreto alla corte d'appello che, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con decreto motivato. Il debitore non può chiedere in separato giudizio la condanna del creditore istante alla refusione delle spese ovvero al risarcimento del danno per responsabilità aggravata, ai sensi dell'art. 96 del codice di procedura civile.

Il decreto della corte d'appello è comunicato, a cura del cancelliere, alle parti del procedimento di cui all'art. 15.

Se la corte d'appello accoglie il reclamo del creditore ricorrente o del pubblico ministero richiedente, rimette d'ufficio gli atti al tribunale, per la dichiarazione di fallimento, salvo che, anche su segnalazione di parte, accerti che sia venuto meno alcuno dei presupposti necessari.

I termini di cui agli articoli 10 e 11 si computano con riferimento al decreto della corte d'appello".

Dalla lettura della norma si evince, chiaramente, che la forma del provvedimento che respinge l'istanza di fallimento, a differenza di quanto dispone l'art. 18, relativamente all'ipotesi di accoglimento, ed analogamente a quanto era previsto nella disciplina previgente, è il decreto motivato.

Gli Autori hanno rilevato che, se da un lato, con le riforme legislative del 2006-2007, si è realizzata una generale cameralizzazione della procedura concorsuale; dall'altro lato, nel sistema fallimentare novellato, il legislatore, mentre rispetto a certi procedimenti (vedi, ad esempio, nell'ambito delle impugnative, il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, l'impugnazione avverso il decreto di esecutività dello stato passivo ed, infine, il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale, di cui all'art. 26, della disposizione in commento) ha adottato un rito camerale, c. d. sui generis, per altri, invece, ha fatto riferimento ad un rito che, maggiormente, si adegua alle forme camerali pure.

Fra quest'ultimi, secondo la dottrina prevalente[648], rientra il reclamo avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento che, in tale paragrafo esamino, nonché il reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori, di cui all'art. 36, della legge fallimentare.

In particolare, con riferimento alla disciplina del reclamo contro il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, il legislatore, al secondo comma, dell'art. 22, della legge fallimentare, ha previsto, espressamente, come del resto aveva già affermato durante la vigenza del regime previgente, che il reclamo va proposto alla corte di appello la quale provvede in camera di consiglio, sentite le parti.

È evidente, quindi, che, in tal caso, il riferimento normativo è agli artt. 737 e ss. del c. p. c.[649].

---

[648] In tal modo si è espresso C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 16 e 86.

[649] A tal proposito, è opportuno citare la sentenza, 07 marzo 2007, n. 5220, in *Il Fall*., 2007, p. 765, con la quale la Corte di Cassazione, già durante la vigenza del regime previgente, aveva statuito che "nel procedimento di reclamo, ai sensi dell'art. 22, della legge fallimentare, 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, infine, il fatto che il debitore si fosse costituito al solo fine di far valere i vizi della convocazione; nei procedimenti camerali, infatti, deve essere assicurato il rispetto del contraddittorio ma non sono predeterminate le forme in cui deve essere instaurato".

Tuttavia, a tal riguardo è opportuno precisare che, se da un lato, in dottrina, vi è unanimità nel ritenere che il procedimento dettato dal legislatore per il reclamo avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento si adatta, maggiormente alle forme del rito camerale puro, dall'altro lato, alcuni Autori[650], hanno affermato che, dato che l'art. 22, secondo comma, della legge fallimentare, non dedica un'articolata disciplina al procedimento, in quanto esso si limita ad imporre al collegio solo il contraddittorio al cui esito la Corte decide con decreto motivato, non c'è ragione per non ritenere applicabili, ad esso, le formalità che il legislatore, per l'ipotesi di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, ha, invece, previsto, all'art. 18 della citata legge.

Inoltre, per quanto riguarda il profilo delle allegazioni istruttorie, sia del reclamante che del resistente, poiché la norma in commento non prevede termini decadenziali, parte della dottrina e della giurisprudenza, ha sostenuto che, attraverso il reclamo, viene sottoposta alla Corte d'appello la diretta ed integrale cognizione sui presupposti per la dichiarazioni di fallimento.

Ne discende, quindi, che, la cognizione della Corte, non è circoscritta alle questioni oggetto di segnalazione da parte del reclamante e, senz'altro, è aperta ai nova[651].

Gli stessi Autori, infatti, sulla base delle considerazioni appena esposte, hanno evidenziato che anche il reclamo avverso il decreto che

---

[650] In tal senso si è espresso C. CECCHELLA, in *Trattato di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, *diretto da F. VASSALLI- F. P. LUISO- E. GABRIELLI*, Torino, 2014, II, p. 150.

[651] In dottrina, tale impostazione è sostenuta da C. CECCHELLA, in *Trattato di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, *diretto da F. VASSALLI- F.P. LUISO- E. GABRIELLI*, *ibidem*; A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 616.
Tale orientamento, in giurisprudenza, è sostenuto da Corte d'appello di Venezia, 04 novembre 2011, in *Il Fall*., 2011, p. 1479.
In tale pronuncia essa ha statuito che "qualora la corte d'appello adita, ai sensi dell'art. 22 della legge fallimentare, accerti che l'istanza per la dichiarazione di fallimento è stata respinta dal tribunale senza previo espletamento dell'istruttoria prefallimentare, deve procedere a tale incombente in sede di reclamo".

rigetta l'istanza di fallimento, fuoriesce dal modello dell'appello ordinario, in quanto, quest'ultimo, a seguito della legge n. 134/2012, si caratterizza per una chiusura nei confronti delle difese delle parti e del pieno effetto devolutivo.

Un ulteriore aspetto che avvalora tale impostazione, ovvero che il reclamo avverso il decreto che rigetta l'istanza di fallimento mutua intensamente la disciplina dal rito camerale, è costituito dal fatto che il decreto della Corte d'appello che, in sede di reclamo, conferma o revoca il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, non forma mai giudicato. (l'art. 742 c. p. c., infatti, relativamente al rito camerale, prevede che i decreti possono, in ogni tempo, essere modificati e revocati).

Di conseguenza, in presenza di un siffatto decreto di rigetto, la parte ha la facoltà di presentare nuovamente il ricorso, nei medesimi termini di quello respinto sin dal primo grado.

Tali considerazioni, oltre ad essere sostenute dagli Autori, sono state affermate dalla giurisprudenza di legittimità; in particolare, la Corte di Cassazione nella sentenza, 21 dicembre 2010, n. 25818[652], ha statuito che "*il provvedimento della corte d'appello che, in sede di reclamo, confermi o revochi il decreto di rigetto di un'istanza di fallimento, ai sensi dell'art. 22 della legge fallimentare, nel testo modificato dal d. lgs n. 169/2007, è privo di attitudine al giudicato, né ha natura decisoria, essendo configurabile una mera preclusione di fatto, in ordine al credito fatto valere ed allo stato d'insolvenza del debitore e non precludendo, in tal modo, la presentazione di un nuovo ricorso nei medesimi sensi di quello respinto sin dal primo grado; pertanto,*

---

[652] Vedi Corte di Cassazione, 21 dicembre 2010, n. 25818, in *Il Fall*., 2011, p. 876.
È opportuno sottolineare che, già durante la vigenza del regime previgente, come ho esaminato nel primo paragrafo, tale orientamento, ovvero che il decreto emesso dalla Corte di appello, ai sensi dell'art. 22, della legge fallimentare, è inidoneo al giudicato, si era delineato ed era quello prevalente.

avverso tale provvedimento, non è ammissibile ricorso per cassazione".

Continuando con l'esame della disciplina, di cui all'art. 22 della legge fallimentare, il legislatore se, da un lato, ha previsto che la comunicazione del decreto con il quale il tribunale ha respinto l'istanza di fallimento deve essere fatta alle parti, vale a dire, al fallendo ed al creditore o al p. m. che avevano presentato l'istanza, dall'altro lato, invece, nell'individuare i soggetti legittimati a proporre reclamo alla Corte d'appello, ha fatto riferimento, come si evince dal secondo comma della disposizione in commento, solo al creditore ed al p. m.[653].

La legittimazione del debitore che, ai sensi dell'art. 6 della legge fallimentare, ha richiesto il proprio fallimento, almeno testualmente, risulta essere esclusa.

A tal riguardo gli Autori[654] hanno rilevato che, se di esclusione secca si trattasse, la scelta del legislatore del 2006 desterebbe forti dubbi alla luce della prescrizione, introdotta dallo stesso, che "il debitore non può chiedere, in separato giudizio, la condanna del creditore istante alla refusione delle spese ovvero al risarcimento del danno per responsabilità aggravata, ai sensi dell'art. 96 c. p. c.".

Alla luce di tale novità legislativa, Costoro hanno affermato che, proprio il divieto di agire in separato giudizio per il regolamento delle spese e l'accertamento della responsabilità aggravata, dallo stesso art. 22 della legge fallimentare imposto, è da interpretare come riconoscimento, al debitore, di una *eccezionale legittimazione al reclamo*, avendo, tali domande, come unica sede, proprio tale impugnazione.

---

[653] Con riferimento al tema della legittimazione attiva, è opportuno sottolineare che, durante la vigenza del regime previgente, era questione discussa, in giurisprudenza, se essa potesse essere riconosciuta anche al p. m., dato il silenzio della legge.
Con la riforma il legislatore ha provveduto a colmare la lacuna.

[654] In tal senso si è espresso LONGO, *La dichiarazione di fallimento*, in *Diritto delle procedure concorsuali*, a cura di Trisorio Liuzzi, Milano, 2013, p. 49.

Una simile interpretazione è avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, con sentenza, 21 dicembre 2010, n. 25818[655], ha statuito che "*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, della legge fallimentare, di introdurre tale domanda in separato giudizio; ne consegue che, la pronuncia della corte d'appello nella parte in cui regola le spese, è impugnabile con ricorso per cassazione, ex art. 111 Cost., in quanto va ad incidere su di un diritto soggettivo*".

Tuttavia, gli stessi Autori[656], hanno, anche, sottolineato che, riconoscere al debitore la legittimazione a richiedere il proprio fallimento e, al contempo, precludergli il potere di impugnare in caso di soccombenza, lascia spazio a forti perplessità in quanto, in tal modo, si realizza un'ingiustificata compressione del riconoscimento del diritto d'azione.

A tale considerazione, Costoro, sono giunti facendo leva sulle argomentazioni di una parte della giurisprudenza ante riforma[657], le quali, in ordine al riconoscimento della legittimazione attiva, in capo al p. m., dato il silenzio della legge, erano giunte ad affermare che "*negare al p. m. il diritto di impugnare, in una 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*

---

[655] Vedi Corte di Cassazione, 21 dicembre 2010, n. 25818, in *Il Fall*., 2011, p. 876.

[656] Per tale riflessione vedi A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 615- 616.

[657] Nel regime previgente, in ordine al riconoscimento della legittimazione attiva, ex dell'art. 22 della legge fallimentare, in capo al p.m., se la giurisprudenza prevalente era orientata per la soluzione negativa, quella minoritaria, assumeva la posizione opposta.
In quest'ultima si colloca la pronuncia della Corte di appello di Torino, 14 agosto 2003, in *Il Fall*., 2004, p. 766; Corte di Cassazione, 07 marzo 2007, n. 5220, in *Il Fall*., 2007, p. 765.

all'analogo diritto riconosciuto al creditore istante per la dichiarazione di fallimento, in violazione degli artt. 3 e 24".

Proseguendo con l'esame della disciplina in questione, il legislatore, al quinto comma, ha prescritto che, "nel caso in cui la corte d'appello accoglie il reclamo del creditore ricorrente o del p. m. richiedente e, quindi, riconosce la sussistenza dei presupposti del fallimento, rimette, d'ufficio, gli atti al tribunale, per la dichiarazione di fallimento, salvo che, anche su segnalazione di parte, accerti che sia venuto meno alcuno dei presupposti necessari".

La ragione per la quale solo il tribunale è competente a dichiarare il fallimento, risiede nel fatto, come rilevato da alcuni Autori[658], che, sulla base del contenuto che la sentenza dichiarativa del fallimento deve avere, ai sensi dell'art. 16 della legge fallimentare, solo il tribunale è competente ad individuare gli organi fallimentari.

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

A tale riguardo, importante, è la pronuncia, 23 febbraio 2011, n. 4417[659], con la quale la Corte di Cassazione ha sancito che "*il decreto con cui la corte d'appello accoglie, ai sensi dell'art. 22, quinto comma, della legge fallimentare, il reclamo avverso il provvedimento di rigetto del ricorso per la dichiarazione di fallimento, rimettendo d'ufficio gli atti al tribunale, deve essere comunicato alle parti, ai sensi del quarto comma dell'art. citato, essendo in facoltà delle stesse segnalare al tribunale, che non ha più l'obbligo di sentirle di nuovo (dopo averle sentite in sede di istruttoria prefallimentare), la sopravvenuta modificazione dei presupposti per la dichiarazione di*

---

[658] Vedi C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 87.

[659] Vedi Corte di Cassazione, 23 febbraio 2011, n. 4417, in *Il Fall*., 2011, p. 1243. Con tale pronuncia la Suprema Corte, sulla base del principio affermato nel testo, ha cassato la sentenza impugnata, per il difetto della predetta comunicazione al debitore, revocando la sentenza di fallimento, affetta da nullità.

fallimento; tale comunicazione è funzionale all'esercizio del diritto di difesa, in quanto, la parte, in tanto può evitare la dichiarazione di fallimento, se posta in condizione di recare nuovi elementi di conoscenza al tribunale".

Nella giurisprudenza di legittimità, inoltre, è comune l'affermazione secondo la quale, il provvedimento di accoglimento che dispone la trasmissione degli atti al tribunale per la dichiarazione di fallimento, non è impugnabile per cassazione, ex dell'art. 111 Cost., perché carente 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. Di conseguenza, il decreto della Corte d'appello che accoglie il reclamo contro il precedente decreto di rigetto, emesso dal tribunale, secondo la giurisprudenza, assolve una funzione meramente processuale, propedeutica alla formazione della sentenza che dispone il fallimento"[660].

La medesima impostazione è stata ravvisata dalla giurisprudenza, oltre che dagli Autori, anche in riferimento al decreto con cui la Corte d'appello rigetta il reclamo, proposto ex art. 22 della legge fallimentare, il quale è, dalla stessa, considerato inidoneo ad acquisire 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[661]. (su tali aspetti già mi sono soffermata, in tale paragrafo, nel momento in cui ho affermato che il reclamo avverso il decreto di

---

[660] A titolo esemplificativo, vedi Corti di Cassazione, 23 febbraio 2011, n. 4417, in *Il Fall.*, 2011, p. 1243.

[661] A titolo esemplificativo, vedi Corte di Cassazione, 21 dicembre 2010, n. 25818, in *Il Fall*., 2011, p. 876; Corte di Cassazione, 10 novembre 2011, n. 23478, in *Il Fall*., 2011, p. 1395.

rigetto dell'istanza di fallimento si adatta, maggiormente, alle forme del rito camerale puro).

Diversa è, invece, la situazione nel caso in cui il rigetto del reclamo è accompagnato da una pronuncia sulla statuizione delle spese del procedimento e/o una condanna ai sensi dell'art. 96 c. p. c..

In tale ipotesi, il provvedimento va, immediatamente, ad incidere sui diritti soggettivi e, quindi, la parte è legittimata a proporre ricorso per cassazione, ex art. 111 Cost., per la parte relativa alle spese[662].

Conclusa l'analisi della nuova disciplina relativa al reclamo avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, di cui all'art. 22 della legge fallimentare, è evidente che, il legislatore della riforma, non ha apportato modifiche sostanziali rispetto alla disciplina previgente.

Su taluni aspetti, infatti, si è limitato a codificare orientamenti giurisprudenziali che, durante la vigenza del regime previgente, si erano formati, (vedi, ad esempio, il caso del riconoscimento della legittimazione attiva in capo al p.m.), per altri, invece, ha riconfermato quanto già era previsto.

Per quanto riguarda, invece, il profilo dell'applicabilità, a tale rimedio impugnatorio, delle restrizioni relative ai nova che, a seguito della legge n. 134/ 2012, sono state introdotte al giudizio di appello di diritto comune, l'orientamento dottrinale che ho ricostruito e che trova un avallo anche in giurisprudenza, opta per la soluzione negativa.

Di conseguenza, anche nel procedimento di reclamo avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, di cui all'art. 22, della legge fallimentare, come, del resto, per i rimedi impugnatori disciplinati agli artt. 18 e 99, della citata legge, alle parti è garantito un effetto devolutivo pieno, a differenza di ciò che, attualmente, si realizza nel giudizio di appello di diritto comune.

---

[662] Vedi, ancora, Corte di Cassazione, 21 dicembre 2010, n. 25818, in *Il Fall*., 2011, p. 876.

3.4. Le impugnative degli atti degli organi fallimentari.

Anche la disciplina relativa alle impugnative degli atti degli organi fallimentari, contenuta negli artt. 26 e 36 della legge fallimentare, i quali si riferiscono, rispettivamente, al reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale ed al reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori, con la riforma, è stata innovata, sotto vari aspetti.

Dunque, prima di procedere alla trattazione delle singole disposizioni vado ad individuare tali aspetti innovativi.

Anzitutto, al primo comma dell'art. 26, della legge fallimentare, è stata prevista anche la possibilità di proporre reclamo, alla Corte d'appello, avverso gli atti del tribunale; durante la vigenza del precedente regime, invece, una simile possibilità non era ammessa, in quanto il vecchio art. 23, della citata legge, non consentiva di assoggettare gli atti emessi dal tribunale ad ulteriori impugnative.

La norma, tuttavia, non si pronuncia sull'ulteriore ricorribilità in cassazione del provvedimento, emesso dal tribunale, a seguito del reclamo, proposto ai sensi dell'art. 26 della medesima legge, avverso il decreto del giudice delegato.

Su tale questione è più volte intervenuta la giurisprudenza di legittimità la quale ha statuito che, *in relazione alle controversie sui diritti*, l'ulteriore impugnativa è ammessa[663].

---

[663] In tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione nella pronuncia, 15 aprile 2011, n. 8768, in *Giust. Civ. Mass*., 2011, 4, p. 620.
Con tale sentenza la Corte ha statuito che "perché il decreto del tribunale fallimentare reso in sede di reclamo avverso il provvedimento del giudice delegato, di autorizzazione alla vendita, abbia carattere decisorio e sia suscettibile di ricorso per cassazione, ex art. 111 Cost., occorre che esso provveda su contestazioni in ordine alla legittimità di provvedimenti del giudice delegato incidenti su diritti soggettivi di natura sostanziale (nella specie, attinenti all'accertamento di proprietà ostative alla vendita), e non meramente processuali, connessi alla regolarità procedurale della liquidazione dell'attivo".
In senso conforme si è sempre pronunciata la Corte di Cassazione, 14 marzo 2011, n. 5993, in *Giust. Civ. Mass*., 2011, 3, p. 410.

Il legislatore della riforma ha, poi, introdotto una diversificazione di forme tra ricorso avverso gli atti degli organi giurisdizionali, art. 26 della legge fallimentare, ed il reclamo avverso gli atti degli altri organi, art. 36 della suddetta legge.

In particolare, nel primo caso, ha introdotto una regolamentazione particolareggiata delle forme, non più abbandonata alla discrezionalità del giudice, come, invece, accadeva nel regime previgente: anche tale procedimento, come del resto quello relativo al reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento e delle impugnative avverso il decreto di esecutività dello stato passivo, con la riforma, è stato regolato ex novo, sino a renderlo una sorta di rito camerale c.d. "sui generis", in ragione dei contenuti della domanda, delle forme introduttive, delle garanzie di tempo, della forma per lo svolgimento delle difese delle parti e dell'istruttoria.

Nel secondo caso, invece, il legislatore resta nell'alveo del rito camerale "puro", in quanto, non dettando una regolamentazione particolareggiata, lascia il relativo procedimento alla discrezionalità del giudice.

Gli Autori hanno rilevato che, una simile impostazione, se risulta essere comprensibile sul piano della celerità, dall'altro lato pone un discrimine tra atti degli organi giurisdizionali ed atti degli organi amministrativi[664].

Inoltre, continuando con l'esame degli aspetti innovativi, il nuovo art. 36, della legge fallimentare, al primo comma, prevede che è ammesso solo un controllo di legalità avverso gli atti degli organi amministrativi e non più di opportunità: tale modifica, hanno evidenziato gli stessi Autori, intensifica le prerogative degli organi di gestione a discapito di quelli giurisdizionali[665].

---

[664] Per tale ricostruzione e, conseguente riflessione, vedi C. CECCHELLA, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, *diretto da F. VASSALLI, F. P. LUISO- E. GABRIELLI*, II, Torino, 2014, p. 360.

Anche il termine introduttivo, a seguito della riforma legislativa ed in ossequio alle pronunce della Corte Costituzionale, del periodo ante-riforma, è stato meglio regolamentato poiché è stato codificato in otto giorni, per gli atti del curatore e del comitato dei creditori, ed in dieci, per gli atti degli organi giurisdizionali, ed è stato anche previsto che esso muove dalla conoscenza dell'atto e non più dal suo compimento.
Più specificatamente, per quanto riguarda l'impugnativa degli atti giurisdizionali, ex art. 26, terzo comma, della legge fallimentare, il dies a quo s'identifica non solo nella comunicazione ma anche, se anteriore, nella notificazione, per i soggetti legittimati identificabili (curatore, fallito, comitato dei creditori, chi ha chiesto o nei cui confronti è stato chiesto il provvedimento); per tutti gli altri interessati, invece, il termine decorre dalle formalità pubblicitarie disposte dal giudice delegato o dal tribunale[666].

---

[665] Per tale considerazione vedi, ancora, C. CECCHELLA, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, *ibidem*.
Per comprendere la considerazione riportata nel testo è opportuno precisare che, anche nell'ambito dell'organizzazione fallimentare, con la riforma, si sono apportate sostanziali novità; in particolare è stato affidato un ruolo preminente al comitato dei creditori, nell'amministrazione dell'impresa fallita e nella liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente, a scapito, rispetto al regime previgente, del tribunale fallimentare e del giudice delegato.
Più specificatamente, al comitato dei creditori è stata attribuito il potere di approvazione del progetto di liquidazione, che prima della riforma era affidato al giudice delegato, nonché il potere di autorizzare il curatore al compimento degli atti di straordinaria amministrazione.
Di conseguenza, le originarie funzioni tutorie del giudice delegato, oggi, sono attribuite al comitato dei creditori, il quale, in tal modo, interviene nelle attività di amministrazione e gestione del patrimonio fallimentare.
È stata, altresì, esaltata la centralità del curatore nell'amministrazione del patrimonio e nella sua liquidazione, mediante la rivalutazione della sua professionalità, attraverso criteri di reclutamento in specifici ambiti professionali: ex del nuovo art. 28, della legge in commento, "possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti di cui sopra; ed, infine, coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purchè non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento".

[666] A tal riguardo, la Corte di Cassazione, con una sentenza che ha creato perplessità tra gli studiosi della materia, ovvero la pronuncia 12 maggio 2010, n. 11503, in *Giust. Civ. Mass*., 2010, 5, p. 733, ha statuito che il termine per proporre reclamo, ex

Inoltre, sempre con riferimento al reclamo avverso gli atti degli organi giurisdizionali, il legislatore, al quinto comma, dell'art. citato, ha previsto, espressamente, l'applicazione del termine lungo di novanta giorni. Di conseguenza, indipendentemente dal termine di cui al terzo comma, tale reclamo non può essere più proposto una volta che è decorso il termine perentorio di novanta giorni dal deposito del provvedimento in cancelleria.

Gli Autori hanno rilevato che una simile previsione risponde ad esigenze di certezza e colma, altresì, una lacuna che, nel sistema previgente, si era venuta a creare e che aveva indotto ad escludere l'applicazione del termine lungo[667].

Per quanto riguarda, invece, il reclamo avverso gli atti del curatore e del comitato dei creditori, il legislatore, al primo comma, dell'art. 36, della legge fallimentare, ha ammesso la reclamabilità non solo delle attività, ma anche delle omissioni di tali organi fallimentari. In quest'ultima ipotesi, il dies a quo, per la proposizione del reclamo, decorre dalla scadenza del termine all'adempimento indicato nella diffida a provvedere, previamente notificata.

Inoltre, sempre relativamente al reclamo di cui all'art. 36, della legge in commento, il legislatore, a differenza di quanto ha statuito all'art. 26, non ha previsto un termine lungo.

Alcuni Autori hanno rilevato che, nel momento in cui il provvedimento diventa definitivo, per decorso del termine, esso non è più impugnabile nemmeno con un'azione ordinaria di cognizione[668].

---

art. 26, della legge fallimentare, può decorrere anche dall'effettiva conoscenza del provvedimento da impugnare e non dalla notificazione o comunicazione.

[667] Tale riflessione è stata elaborata da C. CECCHELLA, *in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, *diretto da F. VASSALLI- F.P. LUISO- E. GABRIELLI*, II, Torino, 2014, p. 361.

[668] In tal senso si è pronunciato C. CECCHELLA, *in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, *ivi*, p. 362.
Per la posizione contraria, invece, vedi MANTOVANI, *Sub art. 7*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico*, a cura di Ferro, Padova, 2011.

Un ulteriore aspetto innovativo che, a seguito della riforma, si espande in tutta la legge fallimentare, e, quindi, anche alla disciplina contenuta agli artt. 26 e 36, oggetto di esame, è quello dell'incompatibilità del giudice delegato.

All'art. 25, della legge fallimentare, infatti, il legislatore ha previsto che "il giudice delegato non può trattare i giudizi che abbia autorizzato, né può far parte del collegio investito del reclamo proposto contro i suoi atti".

È sulla base di questa nuova previsione normativa che, gli studiosi della materia, hanno osservato che, nel caso in cui il giudice delegato ha provocato l'atto sottoposto al reclamo innanzi al tribunale, sia nell'ipotesi che abbia pronunciato sull'atto gestorio del curatore o del comitato del creditori, sia che sia stato autore dell'atto reclamato per la prima volta, non può far parte del collegio del tribunale che decide sul reclamo.

Individuati, in via generale, gli aspetti innovativi che il legislatore della riforma ha apportato alla disciplina del reclamo avverso gli atti degli organi fallimentari, è necessario passare all'esame delle singole disposizioni, ovvero degli artt. 36 e 26 della legge fallimentare, i quali, appunto, costituiscono i rimedi attraverso i quali i soggetti legittimati possono far valere i vizi che, per violazione di legge o anche solo di opportunità, colpiscono tali atti.

L'art. 36, della legge fallimentare, detta la disciplina relativa ai reclami contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori: "*Contro gli atti di amministrazione del curatore, contro le autorizzazioni o i dinieghi del comitato dei creditori e i relativi comportamenti omissivi, il fallito e ogni altro interessato possono proporre reclamo al giudice delegato per violazione di legge, entro otto giorni dalla conoscenza dell'atto o, in caso di omissione, dalla scadenza del termine indicato nella diffida a provvedere. Il giudice delegato, sentite le parti, decide con decreto motivato, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio.*

Contro il decreto del giudice delegato è ammesso ricorso al tribunale entro otto giorni dalla data della comunicazione del decreto medesimo. Il tribunale decide entro trenta giorni, sentito il curatore e il reclamante, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, con decreto motivato non soggetto a gravame.

Se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del curatore, questi è tenuto a dare esecuzione al provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del comitato dei creditori, il giudice delegato provvede in sostituzione di quest'ultimo con l'accoglimento del reclamo".

Dalla normativa si deduce, chiaramente, che il legislatore si preoccupa solo del contraddittorio, abbandonando alla discrezionalità dell'organo giudicante ogni altra forma: il modello che egli segue, dunque, è quello codicistico degli artt. 737 e ss. c. p. c., ovvero del rito camerale puro.

Data la scarna disciplina, gli Autori[669] hanno ritenuto che l'atto introduttivo ha la forma del ricorso al giudice delegato e, in mancanza di prescrizioni in ordine al suo contenuto, esso dovrà contenere il vizio di legittimità che colpisce l'atto e il tipo di provvedimento richiesto al giudice. Sono questi i requisiti, come evidenziato da Costoro, che, in un giudizio d'impugnazione, identificano gli elementi della domanda, ovvero, rispettivamente, la causa petendi ed il petitum.

Per quanto riguarda il profilo della legittimazione attiva, nella norma si prevede espressamente che sono legittimati a proporre reclamo, di cui all'art. 36, della legge fallimentare, il fallito e qualunque interessato.

Rispetto a quest'ultimo, gli studiosi della materia hanno osservato che, la misura dell'interesse, s'identifica nell'esistenza, in capo

---

[669] Tale interpretazione è sostenuta da C. CECCHELLA, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, *diretto da F. VASSALLI, F. P. LUISO, E. GABRIELLI*, II, Torino, 2014, p. 364.

all'interessato, di una posizione giuridicamente protetta alla legalità dell'atto[670].

Anche sul tema dell'obbligo della difesa tecnica, alcuni Autori[671] hanno evidenziato che, nel caso in cui l'atto del curatore o del comitato dei creditori va ad incidere su diritti soggettivi, in tale ipotesi le forme camerali devono adattarsi alle peculiarità del giudizio contenzioso e, quindi, scatta l'obbligo di difesa tecnica; nei casi, invece, in cui il controllo si riferisce ad atti strettamente gestori, tale obbligo viene meno.

Una questione che, in dottrina, ha suscitato dibattito concerne il tipo di controllo che, dato il silenzio della legge, deve essere riconosciuto al tribunale, in quanto, ex del secondo comma, dell'art. 36, della legge fallimentare, contro il decreto del giudice delegato, emesso ex del primo comma della medesima disposizione, è ammesso ricorso al tribunale.

In particolare, se da un lato gli Autori sono concordi nel ritenere che, nella prima fase del reclamo al giudice delegato, il controllo è di pura legalità, in quanto lo prevede espressamente, al primo comma, la norma in commento; con riferimento, invece, alla successiva fase di gravame, innanzi al tribunale, Taluni[672] sostengono che, in ragione delle forme di reclamo avverso gli organi giurisdizionali, di cui all'art. 26, della medesima legge, (essendo, nel caso di specie, oggetto di reclamo il decreto del giudice delegato che ha pronunciato, in prime cure, sull'atto amministrativo), è consentito anche un controllo sul

---

[670] Per tale interpretazione vedi RECCHIONI, *Sub. art. 26*, *in Commentario alla legge fallimentare*, *diretto da Cavallini*, I, Roma, 2010, p. 264.

[671] Vedi C. CECCHELLA, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, *diretto da F. VASSALLI, F. P. LUISO, E. GABRIELLI*, II, Torino, 2014, p. 365.

[672] In senso favorevole si è pronunciato C. CECCHELLA, *in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, *ibidem*; NARDO, *Sub. art. 36*, *in Il nuovo fallimento*, *a cura di Santangeli*, Milano, 2006, p. 184.
In senso sfavorevole, invece, si è pronunciato TRISORIO LIUZZI, *I reclami*, *in Fallimento ed altre procedure concorsuali*, *diretto da Fauceglia e Panzani*, Torino, 2009, p. 416.

merito e, quindi, sull'opportunità dell'atto; Altri, invece, assumono una posizione contraria.

Inoltre, qualche interprete[673], ha, altresì, ipotizzato che, nonostante la norma, relativamente alla seconda fase di gravame innanzi al tribunale, faccia espresso riferimento al modello del rito camerale puro, è possibile applicare la disciplina dettata dall'art. 26; per la prima fase, invece, è concorde per l'applicazione delle forme camerali pure.

La norma oggetto di esame si occupa della disciplina del reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori; di conseguenza, oggetto dell'impugnazione, come rilevato dagli studiosi della materia, sono gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione del curatore[674], le autorizzazioni richieste al comitato dei creditori ed al giudice delegato ed, infine, il programma di liquidazione, ex art. 104-ter, legge fallimentare[675].

Qualche dubbio si è posto con riferimento all'espressione di un parere da parte del comitato dei creditori. La norma, infatti, non contiene nessun riferimento a tale ipotesi.

Su tale questione, gli Autori, assumono diverse posizioni: Taluni ritengono che, mentre il parere obbligatorio e vincolante, rispetto all'atto, possa essere oggetto di impugnazione in quanto destinato ad incidere sulla sua esistenza, il parere obbligatorio ma non vincolante, invece, non può essere impugnato perché non gode di autonomia rispetto all'atto finale di competenza dell'organo diverso dal

---

[673] In tal modo si è espresso TRISORIO LIUZZI, *I reclami*, *in Fallimento e altre procedure concorsuali, ivi*, p. 634.

[674] Poichè la legge non definisce gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, in generale, i primi, sono quelli diretti alla gestione del patrimonio e che non determinano un rischio di alterazione dello stesso; i secondi, invece, sono quelli che possono alterare e modificare la struttura e la consistenza del patrimonio o che possono generare un rischio di alterazione dello stesso.

[675] Ex art. 104- ter, legge fallimentare, il curatore deve predisporre un programma di liquidazione, concernente la pianificazione e l'indirizzo da seguire in ordine alle modalità ed ai termini previsti per la liquidazione dell'attivo, da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori.

comitato[676]; per Altri, invece, i pareri resi dal comitato dei creditori, in ogni caso, non possono essere impugnati[677].

Oltre ai comportamenti commissivi degli organi gestori, anche quelli omissivi, per espressa previsione di legge, possono essere oggetto d'impugnazione, ai sensi dell'art. 36, legge fallimentare.

A tal riguardo, gli studiosi della materia, hanno precisato che tale tipo di impugnativa è consentita solo per gli atti di amministrazione in senso stretto e relativi comportamenti omissivi, poiché in tutte quelle ipotesi nelle quali l'interessato è legittimato a surrogarsi alla inerte iniziativa processuale dell'organo (ad esempio, nel caso in cui il creditore, nella verifica dello stato passivo, si sostituisce al curatore, il quale non ha dedotto un'eccezione in senso stretto o non abbia impugnato un credito ammesso) oppure nel caso in cui il silenzio sia diversamente qualificato dalla legge (ad esempio, nell'ipotesi in cui il curatore, a seguito di messa in mora, faccia inutilmente decorrere il termine di sessanta giorni stabilito all'art. 72, legge fallimentare: in tal caso si realizza lo scioglimento ex lege del contratto), l'impugnativa di cui all'art. 36 non è ammessa.

La disposizione in commento, infine, prevede che il reclamo è deciso con decreto, il quale, potrà provocare l'annullamento dell'atto con potere surrogatorio del giudice delegato o del tribunale, in relazione agli atti del comitato dei creditori e, con ordine al curatore di ottemperare, negli altri casi.

---

[676] In tal senso si è espresso C. CECCHELLA, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, diretto da F. VASSALLI- F.P. LUISO- E. GABRIELLI, II, Torino, 2014, p. 366.
In senso favore, all'impugnazione dei pareri, si è espresso, altresì, ABATE, *I nuovi rapporti tra gli organi*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di Fabiani e Patti, Milano, 2006, p. 92.
Tale impostazione trova un avallo anche nella giurisprudenza, in particolare nella pronuncia del Tribunale di Roma, 20 ottobre 2010, in *Il Fall*., 2011, p. 722.
Con tale pronuncia esso ha statuito che "se il parere è offerto dal giudice delegato surrogandosi al Comitato inerte, l'impugnazione deve comunque introdursi nelle forme dell'art. 36, legge fallimentare".

[677] In senso contrario, sull'impugnazione dei pareri, si è pronunciato FABIANI, *Sub art. 36*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, p. 307.

Gli studiosi della materia hanno, altresì, evidenziato che, nonostante la norma faccia espresso riferimento solo ai comportamenti omissivi, essa è applicabile anche al di fuori di tale ipotesi.

Un'ultima questione che deve essere affrontata, e che è oggetto di discussione in dottrina, è quella relativa al ricorso straordinario in cassazione, ex art. 111 Cost.: mentre alcuni Autori ritengono che, nel caso in cui il decreto, conclusivo del reclamo proposto innanzi al giudice delegato o, a seguito della seconda istanza, al tribunale, non abbia natura semplicemente gestoria in quanto idonea ad incidere sul diritto soggettivo, è ricorribile in cassazione; Altri, invece, assumono una posizione contraria[678].

Concluso l'esame della disciplina relativa al reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori, contenuta nel nuovo art. 36, del r.d. 267/ 1942, è possibile passare all'analisi dell'altra disposizione, ovvero dell'art. 26, della suddetta legge.

Quest'ultimo detta la nuova disciplina del reclamo avverso i decreti del giudice delegato e del tribunale: "*salvo che sia diversamente disposto, contro i decreti del giudice delegato e del tribunale, può essere proposto reclamo al tribunale o alla corte d'appello, che provvedono in camera di consiglio.*

Il reclamo è proposto dal curatore, dal fallito, dal comitato dei creditori e da chiunque vi abbia interesse.

Il reclamo è proposto nel termine perentorio di dieci giorni, decorrente dalla comunicazione o dalla notificazione del provvedimento per il curatore, per il fallito, per il comitato dei creditori e per chi ha chiesto o nei cui confronti è stato chiesto il provvedimento; per gli altri interessati, il termine decorre

---

[678] Per l'ammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione, vedi C.CECCHELLA, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, *cit*., p. 367;
per la posizione contraria, invece, vedi TRISORIO LIUZZI, *I reclami*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, p. 435. Quest'ultimo autore ritiene che la lesione di diritto soggettivo debba risolversi con la possibile introduzione di un procedimento a cognizione piena.

dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie disposte dal giudice delegato o dal tribunale, se quest'ultimo ha emesso il provvedimento.

La comunicazione integrale del provvedimento fatta dal curatore mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telefax o posta elettronica con garanzia dell'avvenuta ricezione in base al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, equivale a notificazione.

Indipendentemente dalla previsione di cui al terzo comma, il reclamo non può più proporsi decorso il termine perentorio di novanta giorni dal deposito del provvedimento in cancelleria.

Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento.

Il reclamo si propone con ricorso che deve contenere:

1) *L'indicazione del tribunale o della corte d'appello competente, del giudice delegato e della procedura fallimentare;*
2) *Le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito;*
3) *L'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa il reclamo, con le relative conclusioni;*
4) *L'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.*

Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore, e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro quaranta giorni dal deposito del ricorso.

Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, a cura del reclamante, al curatore ed ai contro interessati entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto.

Tra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non minore di quindici giorni.

Il resistente deve costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza, eleggendo il domicilio nel comune in cui ha sede il tribunale o la corte d'appello, e depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti.

L'intervento di qualunque interessato non può aver luogo oltre il termine stabilito per la costituzione della parte resistente, con le modalità per questa previste.

All'udienza il collegio, sentite le parti, assume anche d'ufficio i mezzi di prova, eventualmente delegando un suo componente.

Entro trenta giorni dall'udienza di comparizione delle parti, il collegio provvede con decreto motivato, con il quale conferma, modifica o revoca il provvedimento reclamato".

Dall'analisi della normativa sopra riportata, si deduce che, anche la disciplina dei reclami avverso gli atti giurisdizionali, come, del resto, quella relativa al procedimento per la dichiarazione di fallimento, per l'accertamento dello stato passivo e delle relative impugnative, si caratterizza per l'uso del c. d. "modello camerale ibrido", il quale non è alla lacunosa disciplina codicistica degli artt. 737 e ss. c. p. c. a cui fa riferimento, ma ad un procedimento di gravame integralmente regolato ex novo[679].

Il legislatore, infatti, nella disposizione oggetto di esame, fa riferimento a tutta una serie di elementi, ovvero, la dettagliata disciplina dei contenuti degli atti introduttivi (commi sette ed undici dell'art. 26, della legge fallimentare), le forme destinate a garantire il contraddittorio ed il diritto di difesa (la dilazione, per il convenuto, imposta dalla legge e la previa costituzione di quest'ultimo per l'attore, rispettivamente, commi dieci ed undici), il pieno svolgimento di un'attività istruttoria secondo le regole comuni e non mediante

[679] Per un approfondimento in ordine alla categoria del c.d. "rito camerale ibrido", vedi C. CECCHELLA, *Il processo per la dichiarazione di fallimento. Un rito camerale ibrido*, Padova, 2012, p. 22.

informazioni sommarie (undicesimo comma. Da notare che la novella del 2007 ha sostituito la dizione di "informazioni" con quella "prove") e la facoltà di intervento volontario di terzi nel procedimento, nei limiti di tempo e di forma della costituzione del convenuto (undicesimo comma), che fanno pensare ad un modello processuale a cognizione piena, piuttosto che sommaria.

Il reclamo oggetto di esame, dunque, in ragione della nuova disciplina dettata dal legislatore della riforma, oltre ad avere natura impugnatoria, assume, altresì, come evidenziato da alcuni Autori, i caratteri del gravame pieno, nel quale, in virtù dell'effetto pieno e sostitutivo, è rinnovato il giudizio della prima fase, con i soli limiti imposti dal potere dispositivo della parte, in quanto, essa, dovrà stabilire quale parte del giudizio vorrà rinnovare, motivi a critica libera, sia di legittimità che di merito, ed un effetto sempre sostitutivo del provvedimento conclusivo[680].

A tal proposito, dato che il giudizio di reclamo avverso gli atti giurisdizionali emessi dagli organi della procedura fallimentare ha natura impugnatoria, gli stessi Autori si sono domandati, come del resto hanno fatto con riferimento alle altre impugnative fallimentari (e rispetto alle quali la questione l'ho già esaminata, nelle sedi opportune), se la nuova disciplina dell'appello di diritto comune, contenuta nel codice di rito e novellata dalla legge n. 134/2012, relativamente all'introduzione dei nova, nonché alla specificazione dei motivi e dei filtri in appello, di cui agli artt. 342 e 348 bis e ter c. p. c. (normativa che, come ho ampliamente argomentato nel secondo capitolo, spinge l'appello verso un modello d'impugnazione in senso stretto), trova applicazione nella disciplina del reclamo regolata nell'art. 26, legge fallimentare.

---

[680] Per una tale riflessione vedi C. CECCHELLA, *Trattato di diritto fallimentare e della altre procedure concorsuali*, cit., p. 368; RECCHIONI, *sub art. 26, in Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, I, Roma, 2010, p. 640 ss.

A tale questione gli Autori hanno dato risposta negativa: poichè oggetto del procedimento di reclamo è un decreto il quale è motivato differentemente da una sentenza, ciò conduce, come rilevato da Costoro, ad un onere meno gravoso del reclamante nella specificazione del motivo di gravame[681].

Continuando con l'esame della disciplina contenuta nella norma in commento, il legislatore, come per il reclamo di cui all'art. 36, della legge fallimentare, riconosce la legittimazione attiva a qualunque interessato. In tale ipotesi, il criterio per determinare quest'ultima categoria, è quello della soccombenza.

Una questione dibattuta, in dottrina, a causa del silenzio della legge, è quella dell'ammissibilità o meno della reclamabilità, alla Corte d'appello, dei decreti resi dal tribunale sul reclamo avente ad oggetto il decreto emesso dal giudice delegato. A tal proposito è stato rilevato che, se da un lato, la norma, sotto il profilo letterale, consentirebbe di optare per la doppia impugnativa[682]; sotto il profilo sistematico, invece, in ragione del principio di celerità ed urgenza che sta alla base dell'intera disciplina fallimentare, conduce ad escludere l'applicabilità della doppia impugnativa[683].

La norma, inoltre, al primo comma, si apre con un inciso in ragione del quale sono fatti salvi i mezzi d'impugnazione espressamente previsti.

Tale espressione, come rilevato dagli studiosi della materia, deve essere interpretata nel senso che l'art. 26 non trova applicazione in

---

[681] Oltre agli Autori indicati nella nota precedente, anche A. JORIO- B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, p. 775, hanno affermato che "la struttura del procedimento, di cui all'art. 26, legge fallimentare, rende incompatibile l'applicazione delle regole dell'appello ordinario di cui agli artt. 348 bis e ter c. p. c.".

[682] In tal senso si è espresso TISCINI, *Sub art. 26*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006, p. 155.

[683] Per una simile considerazione, vedi TRISORIO LIUZZI, *I reclami*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, p. 407; GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, p. 344.

tutte quelle ipotesi, e solo in quelle, nelle quali sono previste forme di reclamo speciali, diversamente regolate, per singoli procedimenti.

È il caso, ad esempio, del decreto di rigetto della domanda per la dichiarazione di fallimento e del decreto che da esecutività allo stato passivo, i quali sono soggetti, rispettivamente, al reclamo di cui all'art. 22 e 99, legge fallimentare.

Vi sono, poi casi, nei quali il legislatore, pur disciplinando esplicitamente un reclamo, non richiama l'art. 26 (a contrario, invece, di quanto accade, nell'art. 18 legge fallimentare, a proposito del decreto che liquida le spese della procedura e il compenso del curatore; nell'art. 37, legge fallimentare, a proposito della revoca del curatore; nell'art. 119, legge fallimentare, a proposito del decreto che dichiara chiuso il fallimento) o, addirittura, prevede specialità di vario tipo: ad esempio, nell'art. 102, legge fallimentare, nel quale è statuito che, "contro il decreto, emesso dal tribunale, di non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali, se risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura, i creditori, che abbiano presentato domanda di ammissione al passivo, *nei quindici giorni successivi*, alla comunicazione del relativo atto, possono presentare reclamo alla corte d'appello", il termine è di quindici giorni e non più di dieci.

In tali casi è stato evidenziato che, se non c'è una regola ulteriore speciale introdotta per il reclamo tipico, rispetto al reclamo generico, di cui all'art. 26, legge fallimentare, è applicabile la disciplina generale contenuta in quest'ultima disposizione[684].

Un altro aspetto che, sia in dottrina che in giurisprudenza, è stato oggetto di dibattito è quello inerente al fatto che il legislatore se, da un

---

[684] Per tale ricostruzione, in ordina all'interpretazione del primo comma, dell'art. 26, legge fallimentare, vedi C. CECCHELLA, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, *cit.*, pp. 370- 371.

lato ha espressamente previsto, al sesto comma, dell'art. 26 cit., che il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato; dall'altro lato, invece, a differenza di altre previsioni, come ad esempio nell'art. 19, della legge fallimentare, per il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, non ha previsto espressamente nessuna inibitoria.

Di fronte ad un simile scenario, mentre alcuni Autori hanno affermato che, pur nel silenzio della legge, è ammessa la previsione di un'inibitoria[685]; la giurisprudenza di legittimità, invece, ha espresso un orientamento opposto[686].

Con riferimento, invece, all'obbligo di difesa tecnica, in tal caso la questione è pacifica in quanto la peculiarità del rito rende necessaria l'assistenza di un avvocato.

Per quanto riguarda, poi, il profilo istruttorio, il legislatore, con la novella del 2007, ha sostituito la dizione "sommarie informazioni" con "prove": da tale impostazione discende che, come rilevato dagli studiosi della materia, l'istruttoria dovrà uniformarsi alle regole proprie del processo ordinario di cognizione piena e, nonostante la norma preveda che il giudice, all'udienza, sentite le parti, possa, anche d'ufficio, assumere i mezzi di prova, egli dovrà, quindi, tenere di conto del principio di tipicità della prova e delle regole di ammissibilità ed assunzione.

Un ultimo aspetto che ritengo opportuno esaminare e rispetto al quale il legislatore nulla ha previsto all'art. 26, legge fallimentare, è quello dell'impugnabilità, ex art. 111 Cost., del decreto reso in sede di giudizio di reclamo dal tribunale o dalla corte d'appello.

---

[685] Fra gli Autori, si è espresso in senso favorevole alla previsione di un'inibitoria in sede di reclamo, nel silenzio della legge, TRISORIO LIUZZI, *I reclami*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, p. 417.

[686] In senso sfavorevole, invece, si è espresso il Tribunale di Pordenone, 18 marzo 2011, in *Il Fall*., 2011, p. 752.

A tal proposito, esemplificativa, è la pronuncia della Corte di appello di Caltanisetta, 03 novembre 2003[687], nella quale essa, già durante la vigenza del regime previgente, aveva statuito che "ai fini dell'impugnabilità per cassazione, la natura ordinatoria o decisoria del decreto emesso ai sensi dell'art. 26, legge fallimentare, va ravvisata caso per caso, a seconda che esso incida o no, in concreto, sui diritti soggettivi dell'istante e sia suscettibile di passare in giudicato, poiché solo in tal caso è ammesso il ricorso straordinario in cassazione".

Una conferma, nel regime vigente, di tale impostazione, ovvero della possibilità di proporre ricorso straordinario per cassazione, ex art. 111 Cost., contro *i decreti decisori* emessi dal tribunale o dalla Corte d'appello, ex art. 26, legge fallimentare, è riscontrabile nella pronuncia della Corte di Cassazione, 30 luglio 2012, n. 13565[688], nella quale essa ha statuito che "la decorrenza del dies a quo dalla comunicazione o dalla notificazione del decreto non si riferisce soltanto al reclamo al tribunale o alla corte d'appello, ma anche al ricorso per cassazione, essendo identica la ratio di speditezza della procedura concorsuale, che giustifica la decorrenza del termine dalla comunicazione di cancelleria".

Concluso l'esame di entrambe le disposizioni contenenti la disciplina relativa alle impugnative degli atti degli organi fallimentari, di cui agli artt. 26 e 36, legge fallimentare, è possibile constatare che, anche in tali ipotesi, come nel reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, delle impugnative avverso il decreto di esecutività dello stato passivo e del gravame avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, siamo di fronte ad un giudizio di natura impugnatoria che, tuttavia, è assoggettato a modelli processuali diversi: mentre nel reclamo contro gli atti del giudice delegato e del tribunale è al modello

---

[687] Vedi Corte di appello di Caltanisetta, 03 novembre 2003, in *Giur. Merito*, 2004, p. 217.

[688] Vedi Corte di Cassazione, 30 luglio 2012, n. 13565, in *Giust. Civ. Mass*., 2012, 9, p. 1071.

del rito camerale c. d. “ibrido” a cui il legislatore fa riferimento; nel reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori, invece, il legislatore è rimasto nel solco del rito camerale puro.

A parte tale differenziazione, entrambi i gravami, anche se di natura impugnatoria, non sono assimilabili al giudizio di appello di diritto comune.

Più specificatamente, la normativa del codice di rito, novellata dalla legge n. 134/ 2012, concernente la disciplina dei nova in appello, nonché la formulazione dei motivi e dei filtri di ammissibilità, non trova applicazione nemmeno nell’ambito dei reclami avverso gli atti degli organi della procedura fallimentare.

Di conseguenza, nelle impugnative fallimentari in generale, alle parti viene ad essere garantita una tutela piena, a differenza che nel giudizio di appello di diritto comune, il quale, a seguito delle molteplici restrizioni che la riforma del 2012 ha previsto nei confronti dello stesso, in materia di allegazioni e deduzioni istruttorie, oltre che del merito del motivo come questione di ammissibilità dell’appello, ha assunto le caratteristiche di un’impugnazione in senso stretto, nel quale, il relativo oggetto, tende a spostarsi dalla fattispecie e dal diritto dedotto in primo grado, al provvedimento del giudice.

CONCLUSIONE

Dalla ricostruzione della disciplina delle impugnative fallimentari che, nel primo e terzo capitolo ho riprodotto, si deduce che, il legislatore della riforma, in un primo momento, con D. lgs. n. 5/2006 e, subito dopo, con D. lgs. n. 169/2007, ha fortemente innovato la relativa normativa.

In particolare, con riguardo al reclamo avvero la sentenza dichiarativa di fallimento, di cui all'art. 18, legge fallimentare, all'impugnazione del decreto di esecutività dello stato passivo, di cui all'art. 99, della citata legge ed, infine, al reclamo nei confronti degli atti del giudice delegato e del tribunale, di cui all'art. 26, del R. D. n. 267/1942, il legislatore ha dettato un procedimento di gravame integralmente regolato ex novo: in tali disposizioni, infatti, a differenza del regime vigente nel periodo ante- riforma, sono dettate regole specifiche sulla forma-contenuto che gli atti introduttivi devono avere, sull'instaurazione del contraddittorio nonché sullo svolgimento di un'istruttoria ampia ed aperta a nuovi mezzi di prova, oltre che a nuove allegazioni.

Dunque, se da un lato, tale novellazione normativa consente di risolvere le problematiche che, nel periodo anteriore alla riforma del 2006-2007, erano sorte con riguardo al difficile inquadramento, da un punto di vista sistematico, dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento ed al decreto di esecutività dello stato passivo, in quanto, anche tali rimedi, in ragione della nuova e particolareggiata disciplina, hanno assunto le caratteristiche proprie dei giudizi di natura impugnatoria; dall'altro lato, essa consente di attribuire ai rimedi fallimentari il connotato della specialità.

Quest'ultimo, ovviamente, deve essere riferito solo a quegli aspetti che il legislatore ha codificato nella nuova legge fallimentare.

Tuttavia, poiché tra questi è riscontrabile un'apposita disciplina sul tema dei nova in sede di gravame, oltre che sulla motivazione che il relativo atto introduttivo deve avere, ciò che ho voluto evidenziare, tramite il secondo ed il terzo capitolo, è che la nuova disciplina dell'appello di diritto comune, introdotta con la legge 07 agosto 2012, n. 134, non trova applicazione nell'ambito dei rimedi fallimentari.

Tale esclusione, infatti, come sostenuto dalla giurisprudenza, è giustificata proprio dal carattere della specialità di cui, la disciplina fallimentare, sotto il profilo dei nova e dei motivi di gravame, gode.

Di conseguenza, se da un lato, il nuovo giudizio di appello, a causa delle molteplici restrizioni che la novella del 2012 ha introdotto, ovvero il divieto dei nova e l'esasperazione della fondatezza del merito del motivo, come condizione di ammissibilità dell'appello, hanno causato il mutamento dell'istituto in questione, da mezzo di gravame a mezzo d'impugnazione in senso stretto; dall'altro lato, attraverso la nuova disciplina dei rimedi fallimentari, è possibile recuperare, e nello stesso tempo garantire alle parti, quell'effetto pieno e devolutivo che, prima della riforma del 2012, costituiva il fulcro dell'appello di diritto comune.

Tuttavia, il legislatore della riforma ha provveduto a dettare una disciplina particolareggiata solo con riguardo ai rimedi di cui agli artt. 18, 99 e 26, del R. D. n. 267/1942, in quanto, a proposito del gravame promosso contro il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento e del reclamo avverso gli atti del curatore e del comitato dei creditori, di cui, rispettivamente, agli artt. 22 e 36, della legge fallimentare, egli è rimasto, sotto il profilo normativo, nell'alveo del rito camerale puro.

Ciò nonostante, anche se in tali casi la novellazione normativa non è stata rilevante come per gli altri rimedi, è comunque esclusa l'applicazione della disciplina dell'appello di diritto comune, per quel che concerne il profilo dei nova e dei motivi.

In conclusione, quindi, attraverso la ricostruzione del regime delle impugnative fallimentari che, nei capitoli precedenti, ho elaborato, ho voluto evidenziare che, se da un lato i rimedi fallimentari hanno natura impugnatoria, dall'altro lato, con riferimento al profilo dei nova e dei motivi di gravame, essi non sono assimilabili al giudizio di appello in quanto, quest'ultimo, a seguito della riforma n. 134 del 2012, non ha più ad oggetto la fattispecie ed il diritto dedotto in primo grado, ma, piuttosto, la verifica dell'errore o del vizio di cui è affetta la sentenza di primo grado.

Alle parti, quindi, nel giudizio di appello di diritto comune, al contrario di quanto avviene nei giudizi impugnatori di diritto fallimentare, non è più garantito l'effetto pieno e devolutivo.

Dunque, con il regime delle impugnative fallimentari, il legislatore, in ordine al profilo dei nova e dei motivi di gravame, ha riprodotto l'istituto primordiale dell'appello di diritto comune.

Tengo a precisare, tuttavia, che, se da un lato, data l'esplicita positivizzazione della disciplina dei nova e dei motivi di gravame, nell'ambito della normativa dei rimedi fallimentari, sono giunta ad affermare che quest'ultimi, pur avendo natura impugnatoria, con riferimento a tali aspetti, non sono assimilabili all'appello di diritto comune; dall'altro lato, invece, rispetto a tutte quelle questioni che il legislatore ha omesso di regolamentare, non posso giungere, in modo altrettanto chiaro e certo, ad affermare la medesima conclusione.

BIBLIOGRAFIA

Con riferimento al primo capitolo, i testi consultati sono i seguenti:

ALBERTI M. A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, Cedam, 2000;

ANDRIOLI V., *voce Fallimento*, in *Enc. Dir*., Milano, Giuffrè, 1967;

AZZOLINA U., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, Utet, 1961;

CUNEO V. L., *Le procedure concorsuali*. *Natura*, *effetti*, *svolgimento*, Milano, Giuffrè, 1988;

FERRARA F.- BORGIOLI A., *Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 1995;

LANFRANCHI L., *La verificazione del passivo nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1979;

LANFRANCHI L., *Fall*. *(Accertamento del passivo)*, in *Enc. Treccani*, Roma, 1988;

MONTANARI M., in *Le procedure concorsuali*, *a cura di G. U. TEDESCHI*, I, Torino, Utet, 1996;

MONTANARI M., *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, Cedam, 1991;

PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1993;

PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974;

RAGUSA MAGGIORE G., *Diritto fallimentare*, Napoli, Morano, 1974;

SATTA S., *Diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1996.

Con riferimento al secondo capitolo, i testi consultati sono i seguenti:

ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, Cedam, 1991;

BALENA G., *Diritto processuale civile*, II, III, Bari, Cacucci, 2006;

BALENA G., *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1994;

BALENA G.- CAPONI R.- CHIZZINI A.- MENCHINI S., *La riforma della giustizia civile*, Torino, Utet, 2009:

BUONCRISTIANI D., L'allegazione dei fatti nel processo civile, Torino, Giappichelli, 2002;

CANOVA C., *Le impugnazioni civili*. *Struttura e funzione*, Padova, Cedam, 1973;

CECCHELLA C., *Diritto processuale civile*, Milano, Gruppo 24 Ore, 2010;

CONSOLO C., *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, II ed., Padova, Cedam, 2008;

CONSOLO C.- LUISO F. P.- SASSANI B., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1991;

CONSOLO C.- LUISO F. P.- SASSANI B., Commentario alla riforma del processo civile, Milano, Giuffrè, 1996;

D'ONOFRIO P., *Commento al codice di procedura civile*, Torino, Utet, 1957;

DI MARZIO M., *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, Giuffrè 2013;

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 2011;

MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 2009;

PROTO PISANI A., Lezioni di diritto processuale civile, Napoli, 1999

PUNZI C., *Il processo civile, sistemi e problematiche*, Torino, Giappichelli, 2010;

TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, II ed., Milano, Giuffrè 2002;

TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, IV ed., Milano, Giappichelli, 2009;

VACCARELLA R.- CAPPONI B.- CECCHELLA C., *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, Utet, 1992.

Con riferimento al terzo capitolo, i testi consultati sono i seguenti:

CAVALLINI, *Commentario alla legge fallimentare*, I, Roma, Egea, 2010;

CECCHELLA C., *Il processo per la dichiarazione di fallimento*. *Un rito camerale ibrido*, Padova, Cedam, 2012;

C. CECCHELLA, *Il diritto fallimentare riformato,* Milano, Il Sole 24 Ore, 2007;

FAUCEGLIA G.- PANZANI L., *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, Torino, Utet, 2009;

FERRO, Commentario teorico della legge fallimentare, Padova, Cedam, 2011;

SASSANI B.- JORIO A., *Trattato delle procedure concorsuali*, I, II, Milano, Giuffrè, 2014.