

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE



TESI DI LAUREA
in
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
I PROCEDIMENTI IN CAMERA DI CONSIGLIO
NELLE PROCEDURE CONCORDATARIE

Relatore: Chiar.mo
Prof. Giorgio Costantino

Laureanda:
Lucrezia Albanese

Anno Accademico 2012 – 2013

*Al Prof. Costantino, per avermi trasmesso
“tutto quello e proprio quello” che nessun
manuale potrà mai insegnare*

INDICE

INTRODUZIONE.....	9
CAPITOLO I.....	12
IL RITO CAMERALE E LE SUE APPLICAZIONI	12
1. LA TUTELA CAMERALE IN GENERALE	12
1.1 Un’espressione omnicomprensiva.....	12
1.2 Giurisdizioni costituzionalmente <i>necessarie e non necessarie</i> .	13
1.3 Il “vizio d’origine” dei procedimenti camerali e l’oggetto della tutela.....	16
2. IL PROCEDIMENTO CAMERALE “UNIFORME”: STRUTTURA E COGNIZIONE.....	22
2.1 Le “Disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio”	22
2.2 La “sommarietà” della cognizione.....	35
3. L’“UNIVERSO” CAMERALE, TRA GIURISDIZIONE VOLONTARIA E CONTENZIOSA	39
3.1 Tipologie di procedimenti camerali: una premessa.....	39
3.2 La “pregiudizialità contenziosa” nei procedimenti camerali di volontaria giurisdizione	41
CAPITOLO II	45
LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI NEI PROCEDIMENTI CAMERAL-SOMMARI.....	45
1. I DIRITTI GIURISDIZIONALI COSTITUZIONALMENTE GARANTITI	45
1.1 Premessa.....	45
1.2 Il processo civile prima e dopo la novella dell’articolo 111 della Costituzione	46
1.3 Il rito camerale contenzioso alla luce del “ <i>giusto processo</i> ”	52
2. IL DIBATTITO DOTTRINARIO E GIURISPRUDENZIALE SUI PROCEDIMENTI CAMERAL-SOMMARI	61
2.1 Verso una progressiva “cameralizzazione” del giudizio su diritti	61

2.2 L'interpretazione della giurisprudenza: il "contenitore neutro" della Cassazione, gli interventi "costituzionalizzatori" della Consulta	65
2.3 La posizione della dottrina: tra compromessi correttivi e ferma opposizione	70
3. IL "GIUSTO PROCESSO" FALLIMENTARE	76
3.1 I profili del "giusto processo" che hanno interessato la procedura fallimentare	76
3.2 Segue. La "ragionevole durata" di una procedura fallimentare "regolata dalla legge"	78
3.3 Segue. Il problema dell'imparzialità del giudice delegato al fallimento	83
3.4 Segue. Il processo di fallimento come processo di "parti"	89
CAPITOLO III	92
PROBLEMATICHE APPLICATIVE DEI PROCEDIMENTI CAMERALI NELL'AMBITO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI	92
1. CENNI SULLE RIFORME ALLA LEGGE FALLIMENTARE	92
1.1 Il quadro normativo di riferimento	92
1.2 La svolta "privatistica" ed il <i>favor</i> per il debitore	93
2. LA CONVOCAZIONE DEL DEBITORE NEL PROCEDIMENTO PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO	98
2.1 L'art. 15 della legge fallimentare e il diritto del debitore al contraddittorio	98
2.2 Considerazioni sulla natura del procedimento di istruttoria prefallimentare	107
3. CONTRADDITTORIO E SODDISFAZIONE DEI CREDITORI NEL PROCEDIMENTO DI ESDEBITAZIONE DEL FALLITO	110
3.1 Origini e disciplina dell'istituto dell'esdebitazione	110
3.2 L'intervento della Consulta a tutela del contraddittorio dei creditori nel procedimento di esdebitazione del fallito	115

3.3 La <i>vexata questio</i> della soddisfazione necessaria dei creditori concorsuali ai fini della concessione del beneficio dell'esdebitazione: la scelta delle Sezioni Unite.....	119
4. IL RITO CAMERALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO E NEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI.....	125
4.1 Il procedimento di ammissione e di omologazione della proposta di concordato.....	125
4.2 Il procedimento di ammissione della domanda di concordato preventivo "con riserva". Le linee guida del Tribunale di Milano .	132
4.3 Il procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti.....	139
5. L'INTERVENTO DEL TRIBUNALE NEL PROCEDIMENTO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO.....	143
5.1 Cenni sull'attuale disciplina del sovraindebitamento dell'imprenditore non fallibile e del consumatore.....	143
5.2 L'applicazione del rito camerale "puro" al procedimento di avvio della composizione della crisi.....	145
CAPITOLO IV.....	152
IL RICORSO STRAORDINARIO IN CASSAZIONE AVVERSO I PROVVEDIMENTI CAMERALI DECISORI	152
1. RICORSO STRAORDINARIO E PROCEDIMENTO IN CAMERA DI CONSIGLIO: IL CASO DEI RECLAMI ENDOFALLIMENTARI DELL'ARTICOLO 26 DELLA LEGGE FALLIMENTARE.....	152
1.1 Il ruolo della Cassazione nell'estensione del ricorso straordinario ai provvedimenti camerali decisori.....	152
1.2 La <i>via esclusiva</i> del procedimento camerale	156
1.3 I reclami endofallimentari contro i provvedimenti del giudice delegato al fallimento.....	158
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	166
Bibliografia.....	168

INTRODUZIONE

L'etimologia della parola "crisi" deriva dal greco antico *krisis*, a sua volta derivante dal verbo *krino* che letteralmente significa "separare, discernere", ma che in senso lato viene tradotto con il verbo "giudicare": lo stato di "crisi", pertanto, implica una fase di valutazione, di discernimento, in una parola, di "giudizio".

Tale premessa etimologica è utile al fine di ricordare che nella parola "crisi" non è presente soltanto la nozione di problema, come il linguaggio comune sembra aver esclusivamente recepito, ma anche la nozione contraria di superamento del problema. Questo implica che lo stato di crisi, nella sua accezione originaria, non determina necessariamente una situazione irreparabile ed irreversibile ma, al contrario, si configura come un momento di riflessione sulla situazione patologica a cui si è giunti, volta a ricercare le chiavi del cambiamento e della rinascita.

Nel tempo, l'esperienza ha dimostrato come queste considerazioni sullo stato di crisi valgano per tutti i fenomeni umani e, quindi, non solo per le vicende del cd. "foro interno", ma anche per tutte quelle attività, comprese quelle economiche, in cui è necessaria un'analisi dell'operato compiuto per risollevarsi da una situazione giunta ad uno stadio patologico.

Sotto questo profilo, la crisi di impresa non è altro che uno dei tanti fenomeni umani in cui si passa da una fase di attività ordinaria ad una situazione patologica straordinaria, dovuta ad una serie di fattori contingenti, e dalla quale si può uscire soltanto mediante un "giudizio".

Nel caso delle imprese e delle società, tuttavia, tale “giudizio” necessita di essere compiuto mediante un sistema predefinito dall’ordinamento giuridico che consenta la giusta tutela dei soggetti coinvolti. Di qui, l’importanza delle procedure concorsuali come strumento messo a disposizione dall’ordinamento per consentire una gestione pubblica dell’insolvenza e come rimedio volto ad individuare le concrete possibilità di ripresa dell’attività economica in crisi in alternativa al fallimento.

Queste premesse consentono di spiegare la scelta dell’oggetto del presente studio.

Come noto, lo studio del diritto viene tradizionalmente diviso in sostanziale e processuale, secondo una dicotomia molto marcata a livello accademico, ma che perde gran parte della sua valenza nella fase applicativa dello stesso, ove molti aspetti del diritto sostanziale si compenetrano e trovano la loro ragion d’essere nei corrispondenti istituti del diritto processuale.

Nel novero delle branche del diritto, il diritto fallimentare si caratterizza per la sua ontologica commistione tra elementi di diritto sostanziale e processuale, la quale trova piena espressione nel termine “procedure concorsuali”, intese appunto come procedure giudiziali finalizzate alla composizione della crisi di impresa.

Pertanto, uno studio approfondito del diritto fallimentare non può prescindere dagli aspetti processuali che ne sono alla base, essendo questi ultimi espressione di quel “giudizio”, le procedure concorsuali appunto, attraverso il quale l’ordinamento giuridico consente di uscire dalla crisi ponendo fine all’attività di impresa, mediante la dichiarazione di fallimento, ovvero consentendone la continuazione, attraverso

soluzioni giudiziali o stragiudiziali alternative alla procedura fallimentare.

Per questi motivi, si è scelto di incentrare l'oggetto di questo studio sui procedimenti in camera di consiglio disciplinati agli artt. 737 e seguenti del c.p.c., in quanto rito privilegiato dal legislatore per lo svolgimento del "giudizio" nell'ambito delle procedure concorsuali ed espressione massima dell'evoluzione delle tutele concretamente offerte in sede giurisdizionale ai soggetti coinvolti nella fase patologica dell'esercizio di impresa.

In particolare, il presente lavoro sarà articolato in due parti: nella prima parte, si parlerà del rito camerale in generale, mettendo in luce le carenze di tutela che ontologicamente caratterizzano questo tipo rito rispetto a quello ordinario e la sua compatibilità con la vigente formulazione dell'art. 111 Cost.; nella seconda parte, invece, si tratterà più specificamente delle applicazioni dei procedimenti in camera di consiglio nelle procedure concorsuali, approfondendo le procedure che sono state maggiormente interessate dall'applicazione del rito camerale, con le relative conseguenze in termini di tutela dei diritti costituzionali dei soggetti coinvolti.

Si vuole così offrire un contributo alla riflessione giuridica sulle conseguenze dell'estensione di un rito originariamente circoscritto all'ambito cd. giurisdizione volontaria, a fattispecie con caratteristiche di vero e proprio contenzioso.

CAPITOLO I

IL RITO CAMERALE E LE SUE APPLICAZIONI

1. LA TUTELA CAMERALE IN GENERALE

1.1 Un'espressione omnicomprensiva

Con l'espressione "tutela camerale" ci si riferisce genericamente alla tutela processuale di tutti quegli interessi privati, diritti soggettivi e *status* che il nostro legislatore pone indiscriminatamente sotto la disciplina delle "disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio" di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile.

Questa espressione, tuttavia, non consente di cogliere appieno quel dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, sui rapporti tra giurisdizione volontaria e giurisdizione contenziosa in materia di procedimenti camerali¹, che ha interessato studiosi e pratici del diritto processuale sin dall'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1940 e che non può dirsi, a tutt'oggi, sopito. Appare doveroso, pertanto, prendere le mosse dalle argomentazioni principali di tale dibattito, al fine di comprendere

¹Tra i molti, in dottrina: ALLORIO E., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, I, 487 e ss.; MICHELI G. A., *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. di dir. proc.*, 1947, I, 197; CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. Civ.*, 1987, I, 431 e ss.; PAGANO M., *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, in *Dir. e Giur.*, 1996, I, 50 e ss.; PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 407 e ss.; CIVININI M. G., *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino 1994, vol. I. Tra le più significative sentenze sull'argomento si citano: V. Cass., sez.un., 19 giugno 1996, n. 5629; Cass., sez.un., 5 agosto 1996, n. 7170; V. Cass., sez. un., 5 agosto 1996, n. 7170 cit., nei richiami alle sentenze della Corte Costituzionale n. 122 del 1996, n. 142 del 1970, n. 202 del 1975 e n. 193 del 1987.

meglio la problematica, che sarà oggetto di questo studio, dei procedimenti camerale applicati alle procedure concorsuali.

1.2 Giurisdizioni costituzionalmente *necessarie e non necessarie*

I procedimenti in camera di consiglio nascono come procedimenti speciali, la cui “specialità”² consiste, sostanzialmente, nell’essere procedimenti a contraddittorio rudimentale, dalla cognizione superficiale, che si concludono con un provvedimento (decreto) inidoneo al giudicato³.

Il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti soggettivi e interessi legittimi, costituzionalmente garantito dagli artt. 24 e 111 della Costituzione⁴, presuppone un raccordo tra le posizioni soggettive tutelate e l’azione. Tale raccordo pone, quale conseguenza diretta, l’esigenza di concedere delle tutele giurisdizionali adeguate alle peculiarità della situazione concreta (art. 3 Cost.) ed idonee ad assicurarne il soddisfacimento. Sulla base di questo presupposto, si è pervenuti alla distinzione tra forme di giurisdizione *costituzionalmente necessarie*, concepite nell’ottica di massimizzazione della tutela, e forme di giurisdizione *costituzionalmente non necessarie*⁵. Nelle prime, va

²In tal senso Arieta insiste sul differente ambito di “operatività” che contraddistingue la tutela camerale come “speciale”, rispetto al carattere “generale” di quella normale a cognizione piena ed esauriente (ARIETA G., *Giurisdizione camerale e sindacato contenzioso*, in *Riv. di dir. proc.* 1995, II, 1076).

³Secondo Andrea Proto Pisani si tratterebbe di un processo “semplificato, a contraddittorio rudimentale, dominato dall’assoluta discrezionalità del giudice nella determinazione delle sue modalità di svolgimento, destinato a concludersi con un decreto motivato reclamabile e in ogni tempo modificabile o revocabile”, PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene 2012, 670.

⁴CIVININI M. D. e VERARDI C.M., *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile (Atti del Convegno dell’Elba 9-10 giugno 2000)*, Franco Angeli 2001.

⁵CHIARLONI S. e CONSOLO C., *I procedimenti sommari e speciali*, UTET 2005, vol. III, 213-214; MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Giappichelli 2009, vol. I, 20 e ss.; COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Il Mulino 2011, 173.

senz'altro ricompreso il processo ordinario di cognizione, quale strumento più garantista che l'ordinamento pone a tutela dei diritti sostanziali lesi o controversi e che si esprime, in via di principio, nelle forme della cognizione piena, come disciplinate nel libro II del codice di procedura civile.

Tale cognizione esprime il massimo grado di tutela che l'ordinamento può offrire in un dato momento storico, prevedendo essa un giudice terzo ed imparziale, soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.); un rito rigorosamente predeterminato dal legislatore nelle forme e nei termini, nonché nelle posizioni soggettive (poteri, doveri, facoltà) delle parti e del giudice; l'instaurazione necessaria del contraddittorio in forma anticipata rispetto al provvedimento conclusivo (per lo più la sentenza) avente attitudine al giudicato. Nello stesso ambito del processo ordinario di cognizione vanno ricompresi anche i procedimenti sommari cautelari, data la loro "strumentalità"⁶ rispetto al processo a cognizione piena ed esauriente, ed il processo esecutivo, quale attività giurisdizionale successiva alla pronuncia di merito.

Processo a cognizione piena, tutela cautelare e tutela esecutiva costituiscono i caratteri essenziali ed ineliminabili della tutela giurisdizionale dei diritti e degli *status*.

Al contrario, procedimenti del tipo dei procedimenti camerati, come avviene anche per tutti i procedimenti sommari non cautelari⁷, devono essere fatti rientrare nell'area delle forme di

⁶MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile a cura di A. Carratta*, Giappichelli 2011, vol. IV, 245 e ss.

⁷Si tratta dei cd. "procedimenti sommari non cautelari con funzione decisoria" tra i quali: il procedimento ingiuntivo (art 633 – 656 c.p.c.), il procedimento ingiuntivo europeo (CE 21 Dicembre

giurisdizione *costituzionalmente non necessarie*, configurandosi come sistemi di tutela alternativi rispetto al processo ordinario di cognizione, la cui previsione non può che essere rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore. Tali procedimenti hanno la caratteristica di essere disciplinati dalla legge solo nello schema e nella struttura principali, rimettendo la definizione degli aspetti ulteriori alla discrezionalità del giudice. Allo stesso modo dei procedimenti sommari non cautelari, anche i procedimenti camerali sono stati pensati dal legislatore al fine di consentire un processo snello e veloce, che permetta di dare una tutela più celere a tutte quelle materie che non necessitino delle procedure, certamente più garantiste, ma indubbiamente più lunghe, del processo ordinario di cognizione.

Queste le ragioni di tutela giurisdizionale che, storicamente, hanno portato il legislatore a servirsi del rito camerale per lo più nelle materie di giurisdizione volontaria, ove il giudice è chiamato eccezionalmente⁸ ad occuparsi di interessi privati o aspettative la cui soddisfazione non sarebbe possibile altrimenti.

Tuttavia, soprattutto in tempi recenti, si è assistito a veri e propri “abusi”⁹ da parte del legislatore nell’utilizzo della tutela camerale anche in riferimento a situazioni giuridiche soggettive appartenenti alla giurisdizione contenziosa le quali, seppur motivati da ragioni di speditezza del procedimento rispetto al rito ordinario, hanno dato luogo ad una divaricazione tra la forma e la sostanza della tutela richiesta, rispetto alla quale possono

2006, n. 1896), il procedimento per la convalida di licenza o sfratto (artt. 657 – 669 c.p.c.; art. 30 l. 27 luglio 1978, n. 392), il processo sommario di cognizione (art 702 *bis* – 702 *quater* c.p.c.).

⁸PROTO PISANI A., *Lezioni, cit.*, p. 665-690, Jovene 2012.

⁹PROTO PISANI A., *Usi ed abusi della procedura camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c.*, in *Riv. Proc. Civ.*, 1990, I, 393 e ss.

prospettarsi gravi dubbi di opportunità ed anche di costituzionalità, dando origine al fenomeno della cd. “*cameralizzazione*” del giudizio sui diritti soggettivi.¹⁰

1.3 Il “vizio d’origine” dei procedimenti camerali e l’oggetto della tutela

I procedimenti in camera di consiglio erano previsti, nel precedente codice di procedura civile del 1865 (art. 778), con espresso riferimento alla materia della “giurisdizione volontaria”. Tale riferimento venne eliminato ad opera del legislatore del 1940, che invece lo mantenne nell’art. 801 c.p.c. e nell’art. 32 delle disposizioni di attuazione (oggi entrambi abrogati).

Nel nuovo codice, le “Disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio” fanno parte del capo VI, titolo II “Famiglia e stato delle persone”, contenuto nel libro IV, dedicato ai procedimenti speciali.

Eliminato ogni riferimento alla “giurisdizione volontaria”, i procedimenti camerali persero quel collegamento diretto che storicamente li univa alle materie di volontaria giurisdizione, contribuendo alla formazione di ciò che è stato definito in dottrina un vero e proprio “vizio d’origine”¹¹ della tutela camerale.

Un “vizio”, che sarebbe stato fonte di incertezza in merito all’ambito di applicazione di tali procedimenti e che avrebbe posto forti dubbi quanto all’adeguatezza della tutela camerale rispetto al suo oggetto.

¹⁰MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile* a cura di Carratta A., Giappichelli 2012, vol. IV, 375; LANFRANCHI L., *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. It.*, 1989, I, 33 e ss.

¹¹MONTESANO L. e ARIETA G., *Diritto processuale civile*, Giappichelli 2000, vol. IV, 194.

Nelle materie appartenenti alla giurisdizione volontaria, il giudice è chiamato a svolgere una funzione eccezionale rispetto a quelle che gli competono in sede contenziosa: egli non deve dirimere una controversia od accertare un diritto, bensì dare soddisfazione ad interessi privati. In questo senso, la giurisdizione volontaria è stata definita “amministrazione pubblica del diritto privato”¹², in quanto si presenterebbe come una tutela “sostanzialmente” amministrativa, ma “formalmente” giurisdizionale. Tale carattere ibrido della volontaria giurisdizione è stato al centro di uno storico dibattito sulla natura di questo istituto.

Alla tesi della natura amministrativa¹³, fondata per lo più sugli effetti del provvedimento camerale, inidoneo al giudicato, concepito quest’ultimo come espressione inequivoca della giurisdizione, se ne sono contrapposte altre, come quella dell’appartenenza dei procedimenti volontari ad un *tertium genus*¹⁴, caratterizzato *in re ipsa* da specialità; per giungere alla tesi, ormai accreditata, della natura giurisdizionale¹⁵. Quest’ultima si è basata su un percorso che ha prevalentemente, se non esclusivamente, esaltato il profilo soggettivo dell’organo chiamato ad attuare le rispettive tutele, sul presupposto che il giudice possa coprire quelle garanzie costituzionali minime (di cui pure la giurisdizione volontaria necessita) assicurate dal potere giudiziario e dalle sue strutture.

¹²MICHELI G.A., *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1947, I, 18 e ss.

¹³ALLORIO E., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, I, 487 e ss.

¹⁴FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, 54.

¹⁵MICHELIG. A., *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Proc.* 1957, 527-554; DE MARINI C. M., *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, I, 255 e ss; MICHELI G. A., *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. Proc.* 1947, 191.

L'aver posto l'accento sul profilo soggettivo del carattere giurisdizionale ha consentito di continuare a concepire la giurisdizione volontaria come attività sostanzialmente amministrativa e di accostarla, sotto questo profilo, alla tutela costitutiva necessaria, con la differenza che in quest'ultima il giudice è chiamato a pronunciarsi con un provvedimento sul merito idoneo al giudicato, mentre nei provvedimenti di volontaria giurisdizione i giudizi sono revocabili e modificabili in ogni tempo (art 742 c.p.c.). Quest'ultima caratteristica consente ai provvedimenti camerali di adattarsi alle mutevoli situazioni della realtà concreta, su istanza del soggetto interessato o del pubblico ministero, a norma dell'art. 2907 del codice civile.

Le attività di volontaria giurisdizione consistono prevalentemente nella gestione di interessi (es. tutela di minori, incapaci), in controlli di mera legittimità (es. atti societari), provvedimenti di nomina, tutte attività in cui l'intervento del giudice non si esplica nella soluzione di una controversia, bensì nell'integrazione di una determinata attività umana ai fini di renderla giuridicamente possibile o anche solo efficace¹⁶.

L'intervento del giudice che si occupa del provvedimento e l'incontro della sua volontà con quella del privato appaiono elementi essenziali della formazione e dell'efficacia di un atto di puro diritto sostanziale: è in questi termini che assume rilievo il carattere "costitutivo" del provvedimento¹⁷.

¹⁶DE STEFANO F., *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, CEDAM 2002.

¹⁷MONTESANO L. e ARIETA G., *Diritto processuale civile*, vol. IV, Gappichelli 2000, 190 e ss.

Numerosi sono stati i tentativi in dottrina di definire i confini dell'oggetto¹⁸ della tutela camerale, soprattutto a partire dall'introduzione dell'art. 742 bis al capo VI sulle "Disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio", ad opera della l. 14 luglio 1950, n. 581 :*"Le disposizioni del presente capo si applicano a tutti i procedimenti in camera di consiglio, ancorché non regolati dai capi precedenti o che non riguardino materia di famiglia o di stato delle persone"*. Una norma la cui portata "espansiva", rispetto ai procedimenti volontari disciplinati nel codice¹⁹ e nelle leggi speciali, si è andata ad aggiungere alle storiche incertezze sull'oggetto della tutela camerale. Con riferimento a quest'ultimo, nelle materie di volontaria giurisdizione, alcuni autori hanno parlato di "soggettivazione del diritto obiettivo"²⁰, tutte le volte in cui la norma ricollega al verificarsi di un fatto una situazione riferita ad un soggetto determinato o comunque determinabile quale punto di riferimento delle conseguenze giuridiche, riconnesse alla tutela camerale, che la legge fa derivare dall'elemento materiale descritto. Altri autori hanno invece messo in evidenza come il giudice camerale sia chiamato a conoscere ed a pronunciarsi in merito a quel "segmento"²¹ di diritto soggettivo che la legge vuole che egli conosca, in relazione al contenuto ed agli effetti, anch'essi predeterminati dalla legge, del provvedimento camerale.

¹⁸GRASSO E., *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in *Riv. Dir. Proc.* 1990, 35-66.

¹⁹Il capo I (artt. 706-711) si riferisce alla separazione personale dei coniugi; il capo II (artt. 712-720) all'interdizione e all'inabilitazione; il capo III (artt. 721-731) contiene disposizioni relative all'assenza e alla dichiarazione di morte presunta; il capo IV disposizioni relative ai minori, agli interdetti e agli inabilitati; il capo V si riferisce ai rapporti patrimoniali tra i coniugi.

²⁰GRASSO E., *op. cit.*, p. 42

²¹MONTESANO L. e ARIETA G., *Diritto processuale, op. cit.*, 214.

Quale che sia la natura dei provvedimenti di giurisdizione volontaria, i veri problemi applicativi del rito camerale nascono dalla sua “estensione” alle materie di giurisdizione contenziosa o, prima ancora, da tutti quei casi in cui sussista una “pregiudizialità contenziosa” all’adozione del provvedimento volontario da parte del giudice²².

Abbiamo accennato come di recente il nostro legislatore, mosso dall’intento di accelerare la tempistica processuale, si sia servito di richiami generici alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio anche con riferimento a materie che, avendo ad oggetto diritti soggettivi e *status*²³, dovrebbero esulare dalla tutela camerale in considerazione del deficit di garanzie costituzionali, soprattutto in riferimento al diritto di difesa (art. 24, 2° comma Cost.) ed al giusto processo (art. 111 Cost.), che strutturalmente essa presenta. Di qui il problema, che necessita attenta analisi, se il legislatore sia o meno effettivamente libero di “creare” nuove forme di tutela camerale od anche di “trasformare” in camerale un procedimento già assoggettato alle regole della tutela normale²⁴.

Per citare il Liebman, “*si è data la preferenza al presto, piuttosto che al bene*”: nel ricorrere al procedimento camerale, infatti, il legislatore si è preoccupato più di assicurare maggiore celerità al processo, attraverso la “semplificazione” delle forme del suo

²²MONTESANO L., “*Dovuto processo*” su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 915 e ss.; MENCHINI S., *La pregiudizialità contenziosa nei procedimenti (camerali) di volontaria giurisdizione (poteri del giudice ed effetti della decisione)*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 1071 e ss.; PAGANO M., *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, in *Dir. e Giur.*, 1996, I, 50 e ss.

²³Es. procedimento di opposizione al rifiuto di consenso al riconoscimento di figlio naturale ex art. 250, 4° co. c.c.; procedimento per la dichiarazione di fallimento di cui agli artt. 15-18 l.fall.;

²⁴ARIETA G., DE SANTIS F., MONTESANO L., *Corso base di diritto processuale civile*, CEDAM 2010.

svolgimento, che di verificarne contestualmente la “compatibilità” con il suo oggetto.

Questa tendenza ha comportato una radicalizzazione delle posizioni di giurisprudenza e dottrina sull’argomento, restando a tutt’oggi il cuore del dibattito sull’uso (e abuso) invalso del rito camerale da parte del legislatore, al di fuori delle materie di giurisdizione volontaria.

2. IL PROCEDIMENTO CAMERALE “UNIFORME”: STRUTTURA E COGNIZIONE

2.1 Le “Disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio”

Nel definire il procedimento camerale come “uniforme”²⁵ si è voluta prendere in prestito un’espressione che viene generalmente usata in relazione al procedimento cautelare (artt. 669 *bis* – 669 *quaterdecies* c.p.c.), per enfatizzare il risultato della riforma legislativa che, nel 1990, introdusse per la prima volta delle “disposizioni comuni” ai procedimenti cautelari, istituendo una disciplina unitaria delle numerose tipologie, codificate e non, di provvedimenti cautelari.

In uno studio sui procedimenti camerali, al contrario, un tale richiamo potrebbe risultare *prima facie* banale, se si considera che (come già si è avuto modo di evidenziare) le “disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio”, lungi dall’esser una novità, erano disciplinate, in modo pressoché identico a quello oggi vigente, nel precedente codice di procedura civile del 1865.

Tuttavia, riteniamo che definire la disciplina di cui agli artt. 737 e ss. del c.p.c. come “unitaria”²⁶ possa risultare utile per comprendere come quei pochi articoli del codice non siano altro che la “punta dell’iceberg” della miriade di procedimenti che, in modo pressoché indiscriminato, vengono posti dal legislatore

²⁵MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, a cura di CARRATTA A., Giappichelli 2012, vol. IV, 254 e ss.

²⁶In realtà, lo stesso concetto è racchiuso in quello di “contenitore neutro”, espressione tecnica con cui la Suprema Corte di Cassazione suole ormai riferirsi ai procedimenti in camera di consiglio dalla pronuncia a sezioni unite del 19 giugno 1996, n. 5629.

sotto la disciplina del rito camerale (più o meno “integrato”), ormai dagli anni ’50 ad oggi²⁷.

Fatta questa premessa, è necessario svolgere una breve analisi del “nucleo minimo” delle norme contenute nel codice di procedura civile, costitutive del *modello camerale*.

2.1 a) L'iniziativa

Il provvedimento in camera di consiglio deve essere richiesto “*con ricorso al giudice competente*” e deve avere la forma del “*decreto motivato*” a norma dell’art. 737 c.p.c., salvo che dalla legge sia diversamente disposto.

Il ricorso in questione, modellato sui requisiti di forma-contenuto dell’art. 125 c.p.c., non può tuttavia essere inteso come una vera e propria domanda giudiziale, dato che in questo caso non è obbligatoria l’instaurazione del contraddittorio da parte del richiedente e lo stesso principio della domanda (art. 99 c.p.c.) risulta “attenuato”²⁸. Tale principio, che si riassume nel brocardo latino “*ne procedat iudex ex officio*”, non trova un pieno riscontro nel rito camerale, ove il giudice può adottare, in determinate ipotesi, provvedimenti di natura cautelare o urgente, senza che in tal senso vi sia stata un’esplicita richiesta di parte; allo stesso modo, risultano attenuati i corollari del principio della

²⁷Ci sono autori come Maltese che, a tal fine, distinguono il procedimento camerale “tipico” (artt. 737 e ss. c.p.c.) dai procedimenti “atipici” che prevedono norme in deroga alla disciplina “unitaria” (MALTESE D., “*I procedimenti in camera di consiglio: profili generali*”, relazione in occasione dell’Incontro di studio organizzato dal CSM in Frascati, nei giorni 13-15 marzo 1997); altri, come Punzi, che distinguono tra concezione cd. formalistica (unitaria) e concezione cd. contenutistica (estesa) dei procedimenti in questione (PUNZI C., *Il processo civile, sistema e problematiche*, Giappichelli 2010, vol. III, 95 e ss.).

²⁸MALTESE D., *Camera di consiglio, op. cit.*, 567.

corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) e del principio dispositivo (art. 115, comma 1 c.p.c.). Sin dall'*incipit*, pertanto, emergono quelle componenti inquisitorie del rito che trovano massima espressione nella trattazione e nella fase istruttoria del procedimento. In realtà, è stato sottolineato²⁹ come questi poteri inquisitori non siano fuori controllo e come la legge preveda un efficace "contraltare" alle eventuali pronunce *ultra petita*: essendo i provvedimenti camerali volontari generalmente *tipici*, con un contenuto in gran parte determinato dalla legge, il giudice è vincolato ad un rigoroso rispetto delle prescrizioni normative ed è guidato dalla ricerca, in concreto, delle forme migliori di tutela dell'interesse oggetto del provvedimento. Ne deriva che, più che il vizio di "ultra-petizione" possa riscontrarsi eventualmente quello di "illegittimità", dettato dalla violazione dei *limiti legali* imposti per i singoli procedimenti.

Per quanto attiene all'applicazione della regola dell'art. 82 c.p.c. al giudizio camerale, si ritiene per lo più che non sia necessario il patrocinio di un difensore³⁰ nell'ambito dei procedimenti strettamente volontari; discorso contrario si fa, necessariamente, quando il procedimento camerale è applicato per la tutela di diritti e *status*³¹.

Giudice competente è, di regola, il Tribunale in composizione collegiale, a norma dell'art. 50 *bis* c.p.c., salvo i casi in cui quest'ultimo deve giudicare in composizione monocratica, come nei procedimenti già di competenza del pretore e in quelli propri

²⁹COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, op. cit., 181.

³⁰Così la Cass. 3 luglio 1987, n. 5814, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 978 con nota di MANDRIOLI C.; contra MICHELI G.A., *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, 987.

³¹Corte cost. 14 dicembre 1989, n. 543, in *Rep. Giust. civ.*, 1990, voce "Separazione dei coniugi", n. 64.

del giudice tutelare. Si tratta in ogni caso di una competenza individuata sulla base dei presupposti specifici di ogni provvedimento, non trovando applicazione i consueti criteri per la determinazione della competenza per materia e per valore; è pure da escludersi un criterio generale per la definizione della competenza per territorio, definita peraltro "inderogabile" dall'art. 28 c.p.c.

Nella sua brevità, l'art. 737 c.p.c. deve essere ritenuto il dato testuale fondamentale per distinguere le forme camerali "pure", da quelle "integrate" con le forme del processo contenzioso: sono provvedimenti camerali "puri" quelli che si chiedono con *ricorso* al giudice competente e che hanno forma di *decreto motivato*.³²

2.1 b) Trattazione ed istruzione probatoria

La rubrica dell'art. 738 c.p.c., "Procedimento", non deve indurre a credere che il codice dia una regolamentazione dettagliata della trattazione e dell'istruttoria camerali. Al contrario, i tre commi di cui tale articolo è composto dettano una disciplina talmente scarna e "filiforme", da lasciare la pressoché completa trattazione della causa alla discrezionalità del giudice.

L'art. 738 ci dice solamente che: il *presidente* del collegio nomina tra i componenti di questo un *relatore* (che può essere anche lo stesso presidente), il quale riferisce in *camera di consiglio* (comma 1); che nei procedimenti in cui deve essere sentito il *pubblico ministero*, gli atti devono essere a questo previamente

³² In tal senso Punzi, che individua nell'art. 737 c.p.c. una "norma aperta", che consente di distinguere le forme camerali *tout court* da quelle "miste/integrate", in mancanza di una disposizione come l'art. 778 del codice del 1865 (PUNZI C. *op. cit.*, p. 99).

comunicati per la stesura delle sue *conclusioni* in calce al provvedimento del presidente (comma 2); infine, che il giudice "*può assumere informazioni*".

Da queste brevi disposizioni si evince che la "gestione" della causa spetta (in caso di nomina) al giudice relatore, il quale, prima di passare ad una succinta attività istruttoria, procederà, di norma, all'integrazione del *contraddittorio* a favore di eventuali altri interessati o controinteressati, ai quali pertanto il giudice può disporre che il ricorso venga notificato³³.

Dal dettato costituzionale dell'art. 24 Cost. emerge che la tutela del diritto di difesa risulta legata "a doppio filo" con quella del contraddittorio, in quanto la violazione di quest'ultima tutela ha, come conseguenza diretta, la lesione della prima³⁴. Quanto detto trova pieno riscontro nell'*istruzione probatoria*, la fase del procedimento camerale in cui i poteri inquisitori del giudice assumono la loro massima estensione. Pertanto, nella laconica disposizione normativa del 3° comma, che attribuisce al giudice la facoltà di "*assumere informazioni*", si trova il carattere *atipico* dell'istruttoria camerale rispetto a quella del rito ordinario³⁵. Tale atipicità si esplica nel potere del giudice di disporre di ogni mezzo

³³Il principio del contraddittorio risulta essere garanzia essenziale nel processo civile, sancito dall'art 24, 2° comma della Cost. ed ormai reso "inderogabile" in ogni processo dall'art 111, 2° comma Cost., viene ribadito nelle disposizioni generali al processo civile nell'art. 101 c.p.c. <<La garanzia in esame, del resto, deve essere rispettata a maggior ragione laddove, come [nei] procedimenti [camerali], il ruolo attivo del giudice sia particolarmente forte, in chiave inquisitoria, oppure laddove il rito camerale si applichi estensivamente a materie "contenziose" con due o più parti in conflitto fra di loro>> così COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *op. cit.*, 182.

³⁴ <<Che anzi, ove ciò [messa al bando del contraddittorio] fosse, non potrebbe dubitarsi fondatamente che in consimili casi, al difetto di contraddittorio e alla mancanza di un onere di provarlo, non faccia riscontro proprio la lesione del diritto di difesa>> così COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975, 595.

³⁵COMOGLIO M., *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 738.

di prova (quindi anche atipico)³⁶, con un ambito di discrezionalità che discende, volta per volta, dalla fattispecie concreta dedotta in giudizio³⁷.

Quanto detto non significa che il giudice camerale debba ricorrere sempre ad un'istruttoria atipica, ma che la legge gli attribuisce la discrezionalità nello scegliere se surrogare a questa, in tutto o in parte, l'istruttoria ordinaria, oppure optare per le suddette "informazioni", senza che dalle parti possa essergli opposto alcunché.

Tuttavia, risulterebbe assurdo che una così succinta disposizione legislativa, come quella dell'art 738, comma 3 c.p.c., possa attribuire al giudice "carta bianca" nell'iniziativa istruttoria, in spregio ai diritti costituzionalmente garantiti del "giusto processo"; e, si badi bene, ci stiamo sempre riferendo alle forme camerali "pure", cioè quelle che non incidono sulla tutela di diritti soggettivi e *status*³⁸. Nonostante ciò, è bene sottolineare come pure nel rito camerale "puro" sia necessario porre un limite alla discrezionalità officiosa del giudice. Tale limite è stato rinvenuto da alcuni autori³⁹ nel necessario rispetto del principio del

³⁶Per prova atipica si intende, in linea di principio, ogni prova non prevista dalla legge; se si esaminano le prove non previste dalla legge nell'ambito del processo ordinario di cognizione, ci si trova dinanzi una congerie eterogenea di prove che, pertanto, posso essere definite "atipiche": testimonianze stragiudiziali, scritti dei terzi pubblici ufficiali (rapporti giudiziari, atti di notorietà, certificazioni amministrative), prove raccolte in altri processi (civili, penali, amministrativi, tributari, ecc.), documenti informatici ed elettronici, prove scientifiche per l'accertamento dei fatti, impiego della sentenza e della consulenza come mezzi di prova, ecc.

³⁷Si tratta di principi espressi dalla Corte cost. 30 gennaio 2002, n.1, in *Foro it.*, I, 423.

³⁸In questi casi, buona parte della dottrina ritiene che l'istruttoria camerale atipica debba lasciare il passo all'istruttoria ordinaria di cui all'art 202 ss. c.p.c., sul presupposto che solo quest'ultima potrebbe offrire garanzie adeguate, quali occorrono in situazioni che coinvolgono diritti soggettivi, es. FAZZALARI E., *Uno sguardo storico e sistematico (ancora sul procedimento camerale e tutela dei diritti)*, Atti del XVII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Palermo 6-7 ottobre 1989).

³⁹RICCI G. F., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 436 e ss.; MOTESANO L., *"Dovuto processo"*, *op. cit.*, 227; contra, nel senso che i due tipi di

contraddittorio, inderogabilmente sancito dall'art 111, comma 2 Cost., dal raffronto delle "informazioni" del rito camerale, con le "sommarie informazioni" del rito cautelare. Mentre la "strumentalità" del provvedimento cautelare rispetto al processo ordinario fa sì che il principio del contraddittorio possa trovare sempre la garanzia in quest'ultimo, nel rito camerale l'istruttoria basata sulle sole "informazioni" è di per sé idonea a decidere la causa; per cui, l'atipicità, per quanto di portata vasta o vastissima, troverebbe un limite ineludibile nella necessità del rispetto del contraddittorio, garanzia necessaria per l'attuazione della "parità delle armi" nella difesa⁴⁰.

2.1 c) Decisione

La forma dei provvedimenti camerali è, come si è detto, quella del *decreto motivato*⁴¹. Tali provvedimenti hanno la caratteristica di essere in ogni tempo revocabili e modificabili (art. 742 c.p.c.) e, in quanto tali, di non essere idonei al giudicato.

Tuttavia, non mancano le eccezioni, fatte salve dalla legge, ove sia prescritta la forma dell'*ordinanza* o della *sentenza*⁴². In tali

informazioni sarebbero equivalenti: TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè 1992, 462 e ss., CAPPONI B., *Le informazioni del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 911 e ss.

⁴⁰ Sull'esigenza del rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, pur nella considerazione della

particolare celerità e semplicità di forme proprie del rito camerale: Cass. 12 gennaio 2007, n. 565; Cass. 22 maggio 2007, n. 11859.

⁴¹ La motivazione del decreto che conclude il procedimento camerale è necessaria a norma degli artt. 737 c.p.c. e 111 Cost. affinché possano essere individuati il *thema decidendum* e le ragioni della decisione; tale adempimento, costituisce il vincolo più efficace per "imbrigliare" il libero convincimento del giudice ed indagare le motivazioni logiche e giuridiche (con collegamento all'istruttoria), che hanno portato il giudice alla decisione.

⁴² Maltese, riprendendo un'espressione dell'Andrioli, li definisce "*provvedimenti centauro*", sottolineando come essi abbiano il "corpo" di provvedimento camerale volontario e il "capo" di provvedimento giurisdizionale contenzioso; MALTESE D., *op. cit.*, 573.

casi, ci troviamo per lo più di fronte a procedimenti camerali "misti", che rinviano alle forme procedurali del rito ordinario (criteri di competenza, tutela del contraddittorio, termini ordinari di impugnazione), avendo ad oggetto materie appartenenti alla giurisdizione contenziosa. Tali provvedimenti, incidendo su diritti soggettivi o *status*, sono, al contrario, idonei al giudicato perché decisorii e definitivi, ed avverso di questi è sempre permesso il ricorso straordinario per Cassazione, a norma dell'art. 111, comma 7 Cost.⁴³. Un problema serio che si pone, allora, è se questi provvedimenti, pur non avendo la forma della sentenza, assumano o meno carattere *decisorio*: in caso negativo, saranno assoggettati all'ordinaria disciplina di revocabilità e modificabilità dei provvedimenti camerali "puri"; in caso positivo, invece, qualora si attesti la loro *decisorietà* e *definitività*, dovranno essere ammessi al ricorso straordinario⁴⁴.

Questi ultimi provvedimenti, pur avendo la *forma* di decreto od ordinanza, hanno la *sostanza* di sentenza; pertanto, il giudice, prima di pronunciarsi con un provvedimento di questo tipo, chiuderà il procedimento camerale davanti a sé con la statuizione sulle spese (artt. 91 e 92 c.p.c.), improntata, come nei procedimenti contenziosi, alla *regola della soccombenza*⁴⁵. Tale regola non si applica, al contrario, nei procedimenti camerali con oggetto non contenzioso.

⁴³Art 111, comma 7 Cost. "*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*".

⁴⁴COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo*, op. cit., 183.

⁴⁵Cass. 20 maggio 1987, n. 4607, in *Foro it.*, 1987, I, c. 3278; in dottrina, CIVININI M. D., op. cit., 235 e ss.

Una volta emesso il provvedimento, questo acquisterà efficacia decorso il termine di 10 giorni, utile per il *reclamo*; tuttavia, se ci sono ragioni di urgenza, il giudice può disporre che il decreto abbia efficacia immediata (art 741 c.p.c.). Questa disposizione, pur riferendosi specificamente ai decreti, enuncia un principio generale quanto all'efficacia dei provvedimenti camerali.

A tal proposito, appare necessario raccordare la suddetta efficacia con l'inidoneità al giudicato: l'inutile decorso del termine di 10 giorni ha come esito una *stabilità* che risulta essere sempre precaria, perché rimessa alla revocabilità e modificabilità in ogni tempo, sancita dall'art 742 c.p.c. Si è commentato che si tratterebbe, pertanto, di una stabilità "fine a se stessa", stante la strutturazione di questi provvedimenti in modo antitetico all'incontrovertibilità e, quindi, al ricorso straordinario per Cassazione⁴⁶.

2.1 d) Reclamo, revoca, modifica

Come accennato *supra*, i provvedimenti camerali sono reclamabili nel termine perentorio di 10 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. Il reclamo può essere proposto sia dalle parti che dal P.M., se il suo parere è necessario (artt. 740 - 741c.p.c.).

Gli organi giudiziari preposti al reclamo sono: il Tribunale, avverso i provvedimenti del giudice tutelare, o di altro giudice

⁴⁶MANDRIOLI C., *op. cit.*, vol. IV, 382-383, con nota "Non ricorribilità ex art. 111 Cost. dei provvedimenti in camera di consiglio".

monocratico; la Corte d'appello, contro i decreti emessi in primo grado dal Tribunale. Entrambi decidono sul reclamo in camera di consiglio, ex art. 739 c.p.c.

Il reclamo, proponibile con ricorso, è strutturato come un mezzo di gravame⁴⁷, potendo avere ad oggetto motivi di legittimità e merito, ovvero anche vizi di "eccesso di potere" (nell'accezione amministrativa del termine). Tuttavia, esso risulta sottratto alle regole del giudizio di impugnazione, finalizzate alla formazione del giudicato, come la conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame (art. 161c.p.c.)⁴⁸.

La funzione di riesame è assegnata al giudice del reclamo nella pienezza di poteri, anche officiosi, spettanti al giudice camerale di prima istanza; pertanto, il reclamo non troverà limiti nel contenuto del provvedimento, né tantomeno nelle censure mosse dal reclamante, avendo carattere pienamente *devolutivo*. In ogni caso, il principio del contraddittorio andrà rigorosamente osservato per tutto il corso del procedimento di seconda istanza, imponendo al giudice del reclamo la fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, in modo da garantire le difese di queste ultime⁴⁹.

L'art. 739, comma 2 c.p.c. sancisce, testualmente, l'*irreclamabilità* dei decreti emessi dal Tribunale e dalla Corte d'appello in sede di reclamo⁵⁰. Da questa disposizione emerge, necessariamente, che avverso i decreti su cui è stato promosso

⁴⁷Sulla natura impugnatoria del reclamo e sulla natura sostitutiva del mezzo, l'orientamento della dottrina è sostanzialmente uniforme, PUNZI C., *op.cit.*, 105.

⁴⁸COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *op. cit.*, 184.

⁴⁹CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Giappichelli 2012, vol. I, 761-762.

⁵⁰Deve essere segnalata, si da ora, l'eccezione rappresentata dall'art. 26 l. fall., ove si consente la proposizione del reclamo nei confronti dei decreti del giudice delegato o dei decreti del Tribunale anche se, a loro volta, già pronunciati in sede di reclamo.

reclamo non è ammesso il ricorso straordinario per Cassazione ex art. 111, comma 7, Cost.; ma anche qui si rimanda alla distinzione tra provvedimenti camerale “puri” e provvedimenti che, a prescindere dalla loro forma tipica (decreto od ordinanza), abbiano la natura sostanziale di sentenza, incidendo su diritti soggettivi e *status* con conseguenti effetti decisori e definitivi. Per questi ultimi il ricorso straordinario non può essere negato⁵¹.

Quanto appena detto ci consente di soffermarci sulla revocabilità e modificabilità in ogni tempo dei provvedimenti camerale, solennemente sancita dall’art. 742 c.p.c. Questa norma è il dato testuale dell’inidoneità al giudicato formale (art. 324 c.p.c.) e sostanziale (art. 2909 c.c.), propria dei provvedimenti camerale in senso stretto.

La revoca o la modifica dei provvedimenti camerale può essere effettuata in ogni tempo, vale a dire, anche e soprattutto, dopo che essi abbiano acquisito efficacia ai sensi dell’art 741 c.p.c. Opinione consolidata in dottrina⁵² è che oggetto di revoca o modifica siano *vizi intrinseci* di legittimità e di merito, originari o sopravvenuti, dai quali il provvedimento risulta affetto.

A differenza del reclamo, che deve essere richiesto al giudice superiore, competente per la revoca e la modifica è lo stesso giudice che ha pronunciato il provvedimento⁵³ che, peraltro, può essere anche lo stesso giudice di seconda istanza, qualora il

⁵¹ Ciò non toglie che, in via eccezionale, le leggi speciali possano ammettere il ricorso straordinario per Cassazione avverso decreti non contenziosi emessi dal giudice del reclamo per i soli motivi di legittimità (art. 26, comma 2, l. 4 maggio 1983 n. 184, in materia di dichiarazione di adozione, così modificata dalla l. 28 marzo 2001, n. 149) o, addirittura, in passato si è consentito direttamente tale ricorso senza permettere il reclamo (art 32, comma 2, l. n. 184 del 1983 per i decreti del tribunale per i minorenni dichiarativi dell’efficacia di provvedimenti stranieri sull’adozione, oggi abrogato).

⁵² COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *op. cit.*, P. 187; PUNZI C., *op. cit.*, 105; MALTESE D., *op. cit.*, 573.

⁵³ Tranne quando non siano ancora scaduti i termini per proporre reclamo, o quest’ultimo sia stato già proposto e non vi sia stata rinuncia anche tacita.

provvedimento sia già stato sottoposto a reclamo. Legittimato in tal senso è qualsiasi interessato o controinteressato cui la legge attribuisce la facoltà di proporre ricorso al giudice camerale di prima istanza, o a cui sia comunque estesa in astratto la legittimazione a prendervi parte.

In ogni caso, vengono fatti “salvi” dall’art. 742 i “*diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modificazione o alla revoca*”. Una tale previsione è doverosa, se si considera che i terzi (necessariamente in *buona fede*) possono aver riposto un legittimo affidamento quanto agli effetti dei diritti acquisiti sulla base di un contratto, che abbia trovato il suo presupposto nel provvedimento camerale.

Per concludere sulla revoca e la modifica, un discorso a parte va fatto in ordine alla possibilità di agire in via contenziosa per annullare un provvedimento camerale illegittimo.

Sull’argomento, alcuni autori, con qualche riscontro in giurisprudenza⁵⁴, precludono tale possibilità alle parti, dato che queste ultime hanno la facoltà di agire in sede di reclamo entro il termine perentorio dei 10 giorni; scaduto questo termine, esse avrebbero in ogni caso la facoltà di adire il giudice che ha emesso il provvedimento per chiederne la revoca o la modifica. I terzi, al contrario⁵⁵, essendo fin dall’origine estranei al procedimento camerale, avrebbero una duplice possibilità di difendere i propri diritti dinanzi al giudice ordinario : l’*actio nullitatis*,

⁵⁴MALTESE D., *op. cit.*, 572; MICHELI G. A., *Efficaci, validità, revocabilità cit.*, 190 e ss. (spec. P. 230); avallati da Cass. 12 agosto 1966, n. 2209.

⁵⁵A tal proposito, si ricorda il caso, rimasto celebre in giurisprudenza, in cui la Cassazione negò, con sent. 9 dicembre 1971, n. 3563, la legittimazione a proporre l’azione extrafallimentare di nullità ai creditori concorsuali, non essendo i ricorrenti, quali parti del procedimento camerale, abilitati ad agire dinanzi al giudice ordinario.

limitatamente ai motivi di illegittimità, e la *disapplicazione*. Quest'ultima risulta esperibile, incidentalmente, per mezzo di un'apposita *exceptio*, nel corso di un procedimento contenzioso vertente sul diritto o sullo *status* che si assume leso dall'illegittimità del provvedimento in questione; l'*azione di nullità*, al contrario, deve essere promossa, in via principale, mediante l'instaurazione di un ordinario giudizio di cognizione, in seno al quale va impugnato il provvedimento camerale di cui si vuole far accertare dal giudice l'illegittimità.

Al contrario, l'opinione dottrina che si intende qui sostenere⁵⁶, con un più ampio avallo della giurisprudenza⁵⁷, ritiene che solo un giudicato vincolante costituirebbe un limite tecnico invalicabile alla possibilità di far valere, in un separato giudizio contenzioso, i vizi afferenti ad un provvedimento illegittimo, grazie al cosiddetto "assorbimento" dei vizi di nullità in motivi di gravame (art. 161 c.p.c.). Per cui, secondo questa tesi, i provvedimenti camerali in discorso, oltre che revocabili e modificabili dallo stesso giudice che li ha pronunciati, potrebbero essere contestati nella loro legittimità sia attraverso la cd. *disapplicazione* (similmente a quanto accade per gli atti amministrativi illegittimi), sia con l'*actio nullitatis* o con un'azione autonoma a cognizione piena e, questo, anche ad opera di coloro che furono parti nel relativo procedimento. Ai terzi, invece, sarebbe comunque data la possibilità di agire con autonoma azione in sede contenziosa.

⁵⁶MANDRIOLI C., *op. cit.*, vol. IV, 384, ID. *Incompetenza territoriale, separazione personale e volontaria giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957, II, 303 e ss.; COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *op. cit.*, 188.

⁵⁷Per la *disapplicazione*, Cass. 25 luglio 1972, n. 2546; per l'*actio nullitatis*, comunque limitata a censure di legittimità, Cass. 13 marzo 1992, n. 3055, in *Giur. It.*, 1993, I, 418.

Le ragioni del sostegno di chi scrive a quest'ultima tesi si fondano sulla marcata differenza tra la preclusione per eccellenza, qual è il giudicato, e la stabilità “*fine a se stessa*”⁵⁸ data dal decorso dei termini utili per esperire il reclamo. Fatta salva l'autonomia delle due giurisdizioni, volontaria e contenziosa, deve essere sempre permesso alle parti di un procedimento camerale di iniziare un processo a cognizione piena volto ad accertare l'illegittimità o meno del provvedimento impugnato. Solo a seguito del passaggio in giudicato della pronuncia emessa in sede contenziosa sarà possibile precludere alle parti una nuova azione di nullità, onde evitare il *ne bis in idem*.

2.2 La “sommarietà” della cognizione

La breve analisi compiuta sulle norme oggetto della disciplina dei procedimenti camerali ci consente di affrontare, in modo necessariamente superficiale, la tematica della cognizione sommaria dei procedimenti oggetto del nostro studio.

Innanzitutto, la cognizione “sommatoria” si distingue, tradizionalmente, dalla cognizione “piena ed esauriente”. Quest'ultima è propria del processo ordinario e dei procedimenti speciali di cognizione⁵⁹, i quali hanno la caratteristica di chiudersi con sentenza, a seguito di un procedimento altamente *formalizzato*⁶⁰.

⁵⁸MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile cit.*, vol. IV, 385.

⁵⁹Vengono anche definiti “riti differenziati” rispetto al processo ordinario a cognizione piena. Tra questi troviamo: il processo del lavoro, il rito locatizio, il procedimento per la separazione e il divorzio.

⁶⁰Rigorosa disciplina delle forme procedurali ad opera della legge, MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, vol. III, 1 e ss.

Il provvedimento che contraddistingue i processi a cognizione piena ed esauriente è la sentenza, dato che l'art. 2909 c.c., in materia di giudicato in senso sostanziale, parla di "accertamento contenuto", appunto, "nella sentenza". In questi tipi di processi, la cognizione del giudice viene definita "piena", dal punto di vista della pienezza della tutela del diritto di difesa delle parti; "esauriente", invece, dal punto di vista del grado di accertamento cui il giudice può pervenire.

I procedimenti a cognizione "sommara", detti anche e semplicemente "procedimenti sommari"⁶¹, sono caratterizzati, invece, da un diverso grado di cognizione rispetto al processo ordinario. Tale cognizione è definita appunto "sommara", perché superficiale e parziale: *superficiale*, in quanto il giudice non forma il suo convincimento (art. 116 c.p.c.) sulla base di un'attività istruttoria piena, bensì su di un'istruttoria minima, che gli consente una valutazione *prima facie*; *parziale*, con riferimento al grado di accertamento ritenuto necessario e sufficiente dal giudice per emettere il relativo provvedimento. Quest'ultimo, in genere, avrà la forma di *ordinanza* o *decreto* motivati.

Il processo a cognizione piena ed esauriente si applica, potenzialmente, ad ogni tipo di controversia; i procedimenti sommari, al contrario, sono *tipici* perché è la legge a determinare quali materie possano esserne oggetto ed a stabilirne le condizioni di ammissibilità. La scelta del legislatore di applicare un procedimento sommario a specifiche controversie ha carattere *politico* e, in quanto tale, essa è insindacabile⁶². Tuttavia, questa discrezionalità del legislatore trova un limite invalicabile nella salvaguardia dei principi costituzionali di

⁶¹Per la distinzione tra procedimenti sommari cautelari e procedimenti sommari non cautelari con funzione decisoria, si rimanda al paragrafo 1.2 ed in particolare alla nota 7.

⁶²CARRATTA A., "Processo sommario (dir. proc. civ.)", *Enc. dir.*, Annali II, tomo I, Milano 2008, 878.

rilevanza processuale. Come afferma la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la scelta discrezionale del legislatore, in materia contenziosa, sfugge al sindacato di costituzionalità “*nei limiti in cui, ovviamente, non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza*”⁶³ ed in quanto assicuri la necessaria salvaguardia delle garanzie del contraddittorio e del diritto alla prova, “*nel modo più completo*”⁶⁴, in almeno un grado di giudizio.

I procedimenti camerali, come abbiamo avuto modo di chiarire, nascono come procedimenti di volontaria giurisdizione; pertanto, essi pongono problemi di costituzionalità solamente nei casi in cui, per esigenze di speditezza, il legislatore li usi come riferimento processuale di materie contenziose.

La struttura “scheletrica” del procedimento camerale è così lontana dalle forme precostituite del procedimento ordinario, che è stato definito addirittura “ozioso”⁶⁵ il domandarsi se il rito camerale sia da considerarsi o meno a cognizione sommaria.

Tuttavia, i procedimenti camerali non possono essere definiti come dei veri e propri “procedimenti sommari”, ma piuttosto (se li si studia dal punto di vista della cognizione) come dei “procedimenti a cognizione sommaria”⁶⁶. Questa precisazione, lungi dall’esser lapalissiana, vuole, al contrario, mettere in evidenza come i procedimenti camerali si differenzino sia dai procedimenti sommari cautelari, in quanto in essi manca qualsiasi riferimento al requisito

⁶³Corte cost., ordinanza 30 giugno 1988, n. 748 in *Giur. cost.*, 1988.

⁶⁴Corte cost. 12 luglio 1965, n. 70, in *Foro it.*, 1965, I, 1369.

⁶⁵PROTO PISANI A., *Lezioni, cit.*, 671.

⁶⁶Arieta li identifica come una forma di tutela giurisdizionale del tutto “autonoma” rispetto a quella “normale”, che sfugge ad ogni classificazione basata sui normali criteri della cognizione piena o sommaria; ARIETA G., *Giurisdizione camerale e sindacato contenzioso*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 1075.

del *periculum in mora* o ad una, seppur minima, funzione strumentale rispetto al processo ordinario di cognizione; sia, dai procedimenti sommari autonomi con funzione decisoria, poiché il decreto camerale è revocabile e modificabile in ogni tempo e, soprattutto, non è previsto dalla legge alcun rimedio oppositorio idoneo a garantire alla parte soccombente l'attivazione di un processo a cognizione piena. Su quest'ultimo punto, come vedremo nel prosieguo di questo studio, poggia gran parte della dottrina⁶⁷ che ritiene contrario ai principi del "giusto processo" il rito camerale contenzioso, per la violazione della "regola aurea" della correlazione necessaria tra giudicato e cognizione piena.

⁶⁷CARRATTA A., *op. cit.*, 878 e ss.; PROTO PISANI A., *Lezioni, cit.*, 670 e ss.; LANFRANCHI L., *La cameralizzazione, cit.*, 155 e ss.

3. L' "UNIVERSO" CAMERALE, TRA GIURISDIZIONE VOLONTARIA E CONTENZIOSA

3.1 Tipologie di procedimenti camerali: una premessa

Nei paragrafi precedenti, si è visto come i procedimenti in camera di consiglio siano stati pensati, in origine, come forma processuale della volontaria giurisdizione e di come le esigenze di celerità, proprie di alcune materie contenziose, abbiano portato il legislatore a servirsi del rito camerale, in luogo del processo ordinario, in settori ontologicamente appartenenti alla giurisdizione contenziosa. Si è visto anche come tale tendenza sia stata definita un "abuso"⁶⁸ da illustre dottrina, proprio in considerazione della conseguente divaricazione tra la forma e la sostanza⁶⁹ del processo che da questa scaturisce. La legittimità di suddetta pratica, rispetto ai diritti giurisdizionali costituzionalmente garantiti, è un aspetto che necessita attenta analisi e per il quale si rimanda al capitolo seguente.

In questa sede, invece, appare doveroso spendere qualche parola in ordine ai rapporti che intercorrono tra giurisdizione volontaria e giurisdizione contenziosa, nell'ambito di quella miriade di procedimenti "satellite" che costituiscono l' "universo" camerale.

Giurisdizione volontaria e contenziosa non devono essere pensate come due binari paralleli, i quali, pur potendo viaggiare in certi tratti sulle stesse rotaie (quelle del rito camerale), non corrano mai il pericolo di incontrarsi. Al contrario, la casistica dimostra come tale evenienza sia tutt'altro che rara e come le *interferenze* tra le due

⁶⁸PROTO PISANI A., *Usi ed abusi della procedura camerale*, cit., 393 e ss.

⁶⁹CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.* 1987, I, 431; MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, vol. IV, 375.

giurisdizioni siano una conseguenza “naturale” di certe applicazioni dei procedimenti in camera di consiglio.

Per chiarezza, è bene precisare che, in concreto, ci si può trovare dinanzi a tre tipologie di procedimenti camerale:

- 1) Procedimenti camerale che nascono come procedimenti di volontaria giurisdizione e rimangono tali al termine del loro iter processuale.
- 2) Procedimenti camerale che “nascono” volontari ma che, a seguito di circostanze sopravvenute *in fieri* ovvero *ex post*, “muoiono”, o meglio, si concludono, come procedimenti contenziosi.
- 3) Procedimenti camerale che vengono applicati *ab origine* alle materie contenziose e che, in quanto tali, non hanno alcun legame con la giurisdizione volontaria, se non la “forma” del rito.

L’oggetto di questo studio verte sui procedimenti del terzo tipo: i procedimenti camerale che si trovano nelle procedure concorsuali non sono altro che tipologie diverse di rito camerale contenzioso; diverse perché, nonostante si paventasse nelle riforme, non esiste, a tutt’oggi, un rito camerale fallimentare “unico”. Tale precisazione comporta, chiaramente, che non possa essere questa la sede di un’analisi dei procedimenti camerale volontari, né che si possa svolgere un’approfondita disamina dei procedimenti del secondo tipo. Tuttavia, intendendo questo studio parlare di aspetti che attengono all’applicazione del rito camerale nella specifica materia contenziosa delle procedure concorsuali, non si può non fare almeno qualche cenno alla “terra di mezzo” rappresentata dai procedimenti camerale del secondo tipo che, per le caratteristiche presentate, meglio

consentono di far comprendere i rapporti intercorrenti tra le due giurisdizioni.

3.2 La “pregiudizialità contenziosa” nei procedimenti camerale di volontaria giurisdizione

Problemi di interferenza tra giurisdizione volontaria e contenziosa si presentano nei procedimenti del secondo tipo: si tratta di procedimenti camerale che nascono per la tutela di interessi privati, la cui soddisfazione trova ostacolo in una questione pregiudiziale di merito a carattere contenzioso. In relazione a tali situazioni, si pone il “*problema di come debba comportarsi il giudice della giurisdizione volontaria quando la tutela di interessi, alla quale è finalizzato il suo provvedimento, presupponga la soluzione di questioni che investono diritti soggettivi o status*”⁷⁰.

Pertanto, nell’emanazione di un provvedimento camerale, possono venire in rilievo delle situazioni giuridiche soggettive che, a seconda dei casi, possono atteggiarsi in due modi: o come *titolo di legittimazione*⁷¹ dell’azione esercitata di fronte al giudice camerale, o come *elemento costitutivo*⁷² del provvedimento volontario⁷³. In tali casi si verifica un nesso di pregiudizialità-dipendenza tra gli oggetti

⁷⁰MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile, cit.* vol. IV, 380.

⁷¹Si pensi, ad esempio, alla qualità di genitore rispetto ai provvedimenti di esercizio della potestà genitoriale (artt. 316, 320 c.c.), a quella di erede in ordine ai provvedimenti di cui agli artt. 508 e 528 c.c., lo *status* di socio relativamente agli interventi a tutela degli interessi della società, quali quelli di cui agli artt. 2409, 2275, comma 2°, c.c.

⁷²Si pensi, ad esempio ai casi, noti in giurisprudenza, del procedimento di liberazione degli immobili dall’ipoteca (artt. 792 e ss. c.p.c.), Cass., sez. III, sent. 29 dicembre 2011, n. 29742; ovvero al procedimento per la nomina dei liquidatori di società (art. 2275, comma 1°, c.c. per le società di persone, art. 2487, comma 2°, c.c., per le società di capitali), Cass. sez. un., sent. 25 giugno 2002, n. 9231 e Cass. sez. un., 26 luglio 2002, n. 11104.

⁷³MENCHINI S., *La pregiudizialità contenziosa nei procedimenti (camerale) di volontaria giurisdizione (poteri del giudice ed effetti della decisione)*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 1071.

delle due giurisdizioni che provocano le suddette *interferenze* tra i processi deputati allo svolgimento degli stessi⁷⁴.

In queste ipotesi, siamo al di fuori dei casi in cui il rito camerale è applicato per la soluzione di materie contenziose: esso “nasce” come un procedimento di volontaria giurisdizione che, da una parte, ha ad oggetto la gestione di interessi alla stregua dei quali il giudice è chiamato ad assolvere funzioni volontarie e non contenziose; dall'altra, è dipendente, nei suoi sviluppi, da questioni concernenti situazioni giuridiche sostanziali. In questi casi, il *proprium* delle funzioni esercitate dal giudice è, pertanto, la cura degli interessi privati, ma il provvedimento volontario, che è da lui emesso, si ripercuote su diritti soggettivi e *status* di altri soggetti.

Le situazioni giuridiche soggettive, sottese al provvedimento volontario emanando, possono non essere oggetto di contestazione tra le parti interessate e, in tal caso, sono definite in dottrina “punti pregiudiziali”; qualora, invece, risultino oggetto di contestazione, assumono la veste di vere e proprie “questioni pregiudiziali”⁷⁵. Il problema dell'interferenza, allora, si manifesta ogni qual volta, nel corso del procedimento camerale volontario, sorgano contestazioni in ordine alla cd. “situazione presupposta”⁷⁶, la risoluzione della quale è pregiudiziale all'emanazione del provvedimento camerale. Come dovrà comportarsi, dunque, il giudice camerale in questi casi?

L'orientamento di massima⁷⁷, facendo leva sul principio di autonomia delle giurisdizioni, ritiene che il giudice camerale debba decidere sulla questione pregiudiziale *incidenter tantum*, quindi senza

⁷⁴MENCHINI S., *op. cit.*, 1071; PAGANO M., *Contributo allo studio, cit.*, 81.

⁷⁵MENCHINI S., *op. cit.*, 1078.

⁷⁶MENCHINI S., *op. cit.*, 1077; PROTO PISANI A., *Usi e abusi, cit.*, 421.

⁷⁷MANDRIOLI C., *Diritto processuale, cit.*, vol. IV, 380; MENCHINI S., *op. cit.*, 1081.

efficacia di giudicato, e che non sia mai preclusa la possibilità alle parti di instaurare un autonomo giudizio contenzioso sulla questione. In ogni caso, se tale giudizio ordinario risulta pendente mentre il procedimento camerale è ancora in corso, l'autonomia delle giurisdizioni e le esigenze di celerità della tutela camerale precludono la sospensione del processo volontario (art. 295 c.p.c.⁷⁸) in attesa dell'accertamento definitivo. Al contrario, la pronuncia camerale potrà risultare vincolata al provvedimento adottato in sede contenziosa, soltanto qualora la sentenza contenente l'accertamento controverso sia passata in giudicato. Questo fa sì che, se il provvedimento camerale è stato emesso quando l'accertamento effettuato in sede contenziosa non era ancora definitivo, dei rimedi devono essere consentiti avverso il provvedimento camerale illegittimo.

Un esempio di rimedio si rinviene in giurisprudenza, nella pronuncia a sezioni unite della Cassazione, 26 giugno 2002, n. 923, in materia di procedimento di nomina del liquidatore di società di capitali, ad opera del presidente del tribunale competente per l'esecuzione.

Nel caso di specie, la Suprema Corte, mutando il suo precedente orientamento sulla questione⁷⁹, ha negato efficacia decisoria al provvedimento del presidente, dichiarando inammissibile in questo caso il ricorso straordinario ex art. 111 Cost. Al contrario, essa ha

⁷⁸In quanto tale articolo è dettato in materia di funzioni contenziose e regola i rapporti capaci di dare luogo ad accertamenti muniti di idoneità al giudicato; in caso, di sospensione, le esigenze di celerità del rito camerale sarebbero vanificate; il regime di stabilità ed efficacia dei provvedimenti camerali non importa rischi di contrasto tra giudicati. Così MENCHINI S., *op. cit.*, 1082.

⁷⁹Secondo tale orientamento, la giurisprudenza riconosceva efficacia decisoria al provvedimento del presidente del tribunale che avesse proceduto alla nomina del liquidatore, pronunciandosi positivamente (seppur con accertamento sommario) sulla sussistenza di una causa di scioglimento della società. Interessando tale provvedimento i diritti soggettivi dei soci, ad esso veniva riconosciuta efficacia decisoria, cosicché l'unico rimedio possibile a tale pronuncia fosse il ricorso straordinario per Cassazione (art. 111, comma 7, Cost.).

impostato la motivazione sulla base di un orientamento minoritario, interno alla giurisprudenza della stessa Corte, che attribuisce in ogni caso al provvedimento del presidente natura di giurisdizione volontaria. Pertanto, qualora egli si sia pronunciato *incidenter tantum* positivamente sulla sussistenza dei presupposti di nomina del liquidatore, questo accertamento sommario, non assumendo in alcun caso efficacia vincolante, può essere oggetto di autonomo giudizio contenzioso. In sede di giudizio ordinario, l'accertamento negativo di tali presupposti comporta, secondo l'orientamento delle Sezioni Unite, un'estensione dei margini di revocabilità del provvedimento camerale illegittimo, da chiedersi, necessariamente, al giudice camerale che lo emise.

Dai brevi cenni fatti in materia di pregiudizialità contenziosa nel rito camerale, si possono trarre due conclusioni, le quali consentiranno maggiore chiarezza nell'affrontare il tema delle problematiche sottese al rito camerale contenzioso: la prima conclusione è che, nonostante il principio di autonomia delle giurisdizioni, le giurisdizioni camerale e volontaria possono trovarsi in rapporto osmotico inevitabile; la seconda, invece, riguarda il fatto che il contemperamento di interessi tra tutela giurisdizionale dei diritti e celerità del procedimento risulta essere una costante del rito camerale, non solo nelle sue applicazioni alle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi e *status*, ma anche nei casi, tutt'altro che rari, di pregiudizialità contenziosa⁸⁰.

⁸⁰MENCHINI S., *op. cit.*, 1097.

CAPITOLO II

LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI NEI PROCEDIMENTI CAMERAL-SOMMARI

1. I DIRITTI GIURISDIZIONALI COSTITUZIONALMENTE GARANTITI

1.1 Premessa

Il delicato tema della tutela giurisdizionale dei diritti nei procedimenti cameral-sommari deve essere affrontato con una premessa che spieghi come si è cercato di ricostruire, nell'ambito di questo studio, il dibattito che ha impegnato dottrina e giurisprudenza su questo tema, con schieramenti tendenzialmente opposti, ormai dagli anni Cinquanta ad oggi.

Pertanto, la scelta più ragionevole è sembrata quella di partire dalla Carta fondamentale, studiandone le modifiche e le interpretazioni che ad essa sono state date alla luce degli abusi del legislatore nell'uso del rito camerale, con uno sguardo rivolto ai problemi di applicazione pratica e ai concreti risvolti che ne sono derivati in materia fallimentare.

In particolar modo, si è pensato di impostare il discorso secondo una *struttura ad anello*, partendo dal tema dei diritti giurisdizionali garantiti in Costituzione prima e dopo la riforma dell'articolo 111, proseguendo poi con il dibattito dottrinario e giurisprudenziale in merito alla *cameralizzazione* del giudizio sui diritti, per concludere trattando del "giusto processo" di fallimento.

L'aver affrontato queste tematiche in via preliminare, consentirà di comprendere meglio alcune criticità applicative dei procedimenti in camera di consiglio nelle procedure concorsuali, le quali verranno

affrontati, con il dovuto grado di approfondimento, nei relativi capitoli successivi.

1.2 Il processo civile prima e dopo la novella dell'articolo 111 della Costituzione

Con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n.2, il nostro legislatore ha novellato il testo dell'articolo 111 della Costituzione, dettando le condizioni costituzionali del “*giusto processo*”. Queste stabiliscono che il processo è “*giusto*” quando: è “*regolato dalla legge*”, si svolge “*nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità*”, dinanzi ad un “*giudice terzo ed imparziale*” ed ha una “*ragionevole durata*”, assicurata dalla legge (art. 111 commi 1° e 2° Cost.).

Della novella in questione, solo i primi due commi sono riferibili al processo civile, dato che essi trattano del processo in generale. Riguardano esclusivamente il processo penale, invece, i commi che vanno dal 3° al 5°, mentre le restanti disposizioni sono rimaste immutate rispetto al precedente testo dell'art. 111, tra cui la previsione del ricorso straordinario per cassazione, che oggi si trova disciplinata al comma 7° (ex comma 2°).

Tale intervento ha aperto un vivace dibattito in dottrina circa l'impatto che queste nuove disposizioni avrebbero avuto sui processi a venire.

Le reazioni della dottrina processual-civilistica, a seguito dell'entrata in vigore della novella costituzionale, sono state sostanzialmente due: una parte della dottrina⁸¹ ha sostenuto l'inutilità dell'intervento legislativo, svuotandolo della pur minima carica innovativa rispetto al quadro

⁸¹CHIARLONI S., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*; PIVETTI M., *Per un processo civile giusto e ragionevole*; entrambi in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI M. e VERARDI C., Franco Angeli, Milano 2001.

costituzionale precedente; altra parte della dottrina⁸², invece, salutando la novella con toni entusiastici, ha interpretato tali disposizioni come un “mutamento di prospettiva” nello scenario processuale.

Questi due opposti schieramenti di pensiero si dividono sin dall’interpretazione dell’espressione “*giusto processo*”: chi ha voluto sottolinearne l’assenza di apporto innovativo, ha neutralizzato sin da subito l’intenzione polemica che vi è sottesa, escludendo *a priori* che i processi precedenti potessero essere qualificati “ingiusti”⁸³; chi invece ha voluto darvi un peso, ha interpretato l’espressione “*giusto processo*” come una presa di posizione del legislatore rispetto ai processi precedenti ed alla loro “giustizia”⁸⁴.

Questo non significa, sarebbe assurdo pensarlo, che prima del “*giusto processo*” la Costituzione fosse sprovvista di norme a tutela dei diritti giurisdizionali.

Al contrario, i fondamentali principi alla base della nuova formulazione dell’art. 111 Cost. si trovano scritti nella Carta fondamentale sin dal 1948 e sono: il diritto di azione e di difesa di cui all’art. 24, commi 1° e 2°, per la giustizia ordinaria, e 113, per le controversie dinanzi la pubblica amministrazione; il principio di eguaglianza formale e sostanziale delle parti a norma dell’art. 3, commi 1° e 2°; la precostituzione per legge del giudice “naturale”, ai sensi dell’art. 25; l’autonomia e l’indipendenza del “terzo potere”, quindi sia della magistratura che del singolo giudice, di cui agli artt. 101 e ss.; la garanzia del ricorso straordinario per cassazione (art. 111, comma 7°

⁸²TROCKER N., *Il valore costituzionale del giusto processo*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI M. e VERARDI C., Franco Angeli, Milano 2001; in riferimento al “mutamento di prospettiva”, soprattutto COSTANTINO C., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo civile”. Le garanzie.*, in “Riflessioni sulla giustizia (in)civile”, Giappichelli 2011, 354.

⁸³CHIARLONI S., *op.cit.*, 16.

⁸⁴COSTANTINO G., *op. cit.*, 352.

Cost.) avverso le sentenze ed i provvedimenti limitativi della libertà personale.

Si tratta di “guarentigie” costituzionali molto forti, le quali erano state poste dai padri costituenti a tutela del cd. “dovuto processo”⁸⁵ sui diritti per evitare il pericolo che il processo potesse diventare una forma sostanzialmente vuota⁸⁶, capace di essere riempita all’occorrenza di ogni contenuto, a discapito della democrazia e del rispetto dei suoi delicati equilibri.

Appurato che, a distanza di oltre mezzo secolo dall’entrata in vigore della Carta costituyente, il Parlamento ha sentito l’esigenza di intervenire con legge costituzionale per riscrivere i fondamenti del processo sui diritti, definendolo questa volta in modo esplicito “*giusto*”, non si può pensare che questo intervento abbia avuto il solo esito di ribadire principi costituzionali da sempre previsti e consolidati negli anni dall’opera interpretativa della Corte costituzionale, concludendosi con un “niente di nuovo sul fronte processuale”⁸⁷.

Com’è noto, le concrete ragioni della “mobilitazione” del nostro Parlamento, a favore di una normativa costituzionale in tema di “*giusto processo*”, sono da rinvenirsi nel modello sopranazionale di processo “giusto” sancito dall’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma nel 1950.

Si è trattato, sul piano di politica interna, di un adeguamento delle garanzie costituzionali del processo italiano al modello processuale unitario stabilito dalla Carta europea, nell’ambito di una più ampia operazione di standardizzazione delle garanzie giurisdizionali degli stati

⁸⁵MONTESANO L., “Dovuto processo” sui diritti incisi da giudizi camerali e sommari, in *Riv. dir. proc.* 1989, 917 e ss.

⁸⁶Così CALAMANDREI P., *Processo e giustizia*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale civile*, Padova, 1953, 16 e ss.

⁸⁷Parafasando CHIARLONI S., nel paragrafo *Niente di nuovo sul “giusto processo”*, 16 dell’*op.cit.*

membri che richiama, anche nell'espressione, il *due process of law* di matrice anglosassone⁸⁸.

Partendo da un ragionamento logico, prima ancora che giuridico, sembrerebbe eccessivamente riduttivo sostenere la tesi che il nostro processo fosse già “*giusto*” prima della novella dell'art. 111 Cost. e che il legislatore sia “pigramente” intervenuto a ribadire principi e garanzie giurisdizionali che, da sempre, hanno fatto parte del nostro patrimonio costituzionale.

Tale rilievo appare ancor più convincente se ci si cala nella realtà della situazione in cui, in concreto, il legislatore italiano è stato chiamato ad intervenire: non è un segreto che l'Italia fosse da tempo tra *les mauvais élèves* per quanto attiene al rispetto della “ragionevole durata” del processo, essendole state comminate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo numerose sanzioni in tal senso; e non è un caso che persino la dottrina più ostinata a non voler riconoscere carattere innovativo alla novella, abbia ceduto *in extremis*, seppur timidamente⁸⁹, sulla “ragionevole durata”.

A seguito della novella, si può dire che il legislatore ordinario abbia preso atto del dettato costituzionale, cercando, sia pure con scarsi risultati⁹⁰, di assicurare un processo di durata “ragionevole” o quantomeno, con la Legge Pinto⁹¹, di porre rimedio alle conseguenze negative di un processo eccessivamente lungo.

Un ulteriore aspetto del “*giusto processo*”, che è stato oggetto di confronto, è la previsione che esso debba essere “*regolato dalla legge*”:

⁸⁸Enciclopedia Giuridica Treccani, voce *Giusto processo*, I) *Processo civile*, 7, LANFRANCHI L.

⁸⁹CHIARLONI S., *La (minuscola) novità della “ragionevole durata”*, 33 dell'*op.cit.*

⁹⁰Da ultimo, la nota della Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani del Ministero della Giustizia dell'11 luglio 2013, www.giustizia.it.

⁹¹ Legge del 24 marzo del 2001, n. 89, recante “Previsioni di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile”.

la dottrina contraria ad una visione innovativa della novella ha agilmente interpretato questa disposizione sul piano letterale, nel senso di una mera riserva di legge in materia processuale, a tenore della quale sarebbe incostituzionale qualsiasi disposizione processuale emanata sulla base di fonti secondarie o regolamentari⁹².

In senso contrario milita, tuttavia, un'interpretazione sistematica fondata sul confronto delle disposizioni costituzionali che prevedono la riserva di legge ordinaria. In tali norme, il legislatore adotta, infatti, formulazioni più incisive rispetto a quella, genericamente utilizzata dall'art. 111 comma 1° Cost., di "*regolato dalla legge*"⁹³.

Sotto altro profilo, la migliore dottrina ha messo in evidenza come questa riserva possa essere letta, invece, come un limite alla discrezionalità giudiziaria nel definire le forme processuali. Di modo che, per quanto riguarda la disciplina del processo, l'art. 111 avrebbe l'effetto di stabilire che "*il modus procedendi deve essere previsto in norme generali ed astratte e non affidato ai poteri discrezionali del singolo giudice*"⁹⁴.

Quanto agli altri caratteri del "*giusto processo*", non si può negare che la garanzia del *contraddittorio* ed il rispetto della "*parità delle armi*" fossero già da tempo concetti consolidati sia a livello costituzionale che giurisprudenziale⁹⁵, così come la garanzia dell'*imparzialità e terzietà* del

⁹² Così CHIARLONI C., *op. cit.*, 17, ritenendola l'unica interpretazione plausibile, mentre COSTANTINO G., *op. cit.*, 355, la considera una delle letture possibili, ma vi attribuisce anche un altro significato, di cui oltre nel testo (nota 94).

⁹³ Si pensi, ad esempio, all'art. 13 Cost. che in materia di restrizione della libertà personale parla di "casi e modi previsti dalla legge", all'art. 97 Cost. che prevede l'organizzazione dei pubblici uffici "sulla base di disposizioni di legge", ovvero all'art. 44, comma 2°, Cost. che stabilisce che, a favore delle zone montane, "la legge dispone provvedimenti".

⁹⁴ COSTANTINO G., *Il nuovo articolo 111*, *cit.*, 355; PROTO PISANI A., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 268, che però fa della predeterminazione legislativa delle forme processuali ordinarie il "valore" della cognizione piena.

⁹⁵ In Costituzione: artt. 24, commi 1° e 2° e art. 3; tra le tante sentenze del Giudice delle leggi: Corte cost. 2 giugno 1983, n. 149; Corte cost. 10 marzo 1994, n. 98; Corte cost., 12 dicembre 1996, n. 421; Corte cost., 14 luglio 1999, n. 328.

giudice⁹⁶. Questo vale anche per l'espressione "*giusto processo*", presente in molte pronunce della Corte costituzionale sin dagli anni Ottanta del secolo scorso⁹⁷.

Tuttavia, la dottrina più attenta⁹⁸ non ha mancato di evidenziare le conseguenze della scelta legislativa di aver riscritto questi principi costituzionali in un unico articolo e di averli posti sotto l'etichetta di "*giusto processo*": ciascun individuo non è più vincolato ad una tutela costituzionale strumentale al singolo diritto di azione e difesa, al contraddittorio, alla "parità delle armi", al giudice terzo, ecc.; egli ha diritto a tutte queste garanzie costituzionali insieme, che si riassumono nel "*giusto processo*". Quest'ultimo consente, pertanto, a chi ne rivendichi il contenuto in sede processuale, la piena tutela dei diritti giurisdizionali costituzionalmente garantiti⁹⁹.

È comprensibile come una lettura di questo tipo abbia intimorito coloro¹⁰⁰ che si sono resi fautori del mantenimento dello *status quo ante*, in quanto il "mutamento di prospettiva" che ne deriva richiede un atto di coraggio: interpretare i processi successivi alla novella dell'art. 111 alla luce del "*giusto processo*" come sintesi dei diritti giurisdizionali

⁹⁶ In Costituzione: artt. 101 e ss.; in giurisprudenza, per tutte: Corte cost. sent. 11 ottobre 1999, n.387.

⁹⁷ C. cost. 18 febbraio 1988, n. 189, *ivi*, 1988, I, 720, e C. cost. 29 aprile 1993, n. 201, 1993, 1375, che fanno riferimento al "giusto processo". Al "principio del giusto processo" fanno invece riferimento le seguenti sentenze della fine degli anni '90, inizi 2000: C. cost. 24 aprile 1996, n. 131, in *Giur. cost.*, 1996, 1139; C. cost. 21 marzo 1997, n. 66, 1997, 696; C. cost. 17 giugno 1999, n. 241, 2132; C. cost. 20 aprile 2000, n. 113,2000, 1009.

⁹⁸ COSTANTINO C., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie.*, in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Giappichelli 2011, 354.

⁹⁹ Sul punto si cita anche la tesi di VIGNERA, il quale attribuisce all'espressione "giusto processo" il valore di una norma di apertura suscettibile di esprimere i principi costituzionali a tutela della giurisdizione, così come di essere lo strumento operativo dato alla Corte Costituzionale per arricchire la gamma delle garanzie processuali, VIGNERA G., *Il giusto processo regolato dalla legge*, 12, in "Giusto processo e riti speciali", Milano 2009.

¹⁰⁰ CHIARLONI S., *Il nuovo articolo 111 e il processo civile*, cit., 17; PIVETTI M., *Per un processo giusto e ragionevole*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI M. e VERARDI C., Franco Angeli, Milano 2001, 59: "Se così fosse, sarebbe pericolosissimo: significherebbe non soltanto che i processi che abbiamo fatto fino ad ora sono stati processi ingiusti, ma anche che quanto la Corte costituzionale ha detto fino ad ora, ad esempio, in tema di contraddittorio o di imparzialità deve d'ora in avanti essere abbandonato".

costituzionalmente garantiti comporta prendere atto che la giurisprudenza costituzionale ad essa precedente si basava su presupposti diversi¹⁰¹ e che quindi è necessario guardare al processo con lenti nuove (quelle del *giusto processo* appunto) con tutte le conseguenze che ne derivano in concreto, una per tutte, come vedremo subito, la costituzionalità dell'applicazione del rito camerale alle materie contenziose.

1.3 Il rito camerale contenzioso alla luce del “*giusto processo*”

Si è appena visto quali caratteri debba presentare il processo perché sia costituzionalmente “*giusto*”; si è visto anche come i primi due commi dell'art. 111 Cost. si riferiscano al processo in generale e, quindi, indistintamente, al processo civile, penale, amministrativo, contabile o tributario.

Queste considerazioni ci permettono di asserire, pertanto, che qualsiasi processo, indipendentemente dal tipo e dalla materia trattata, deve essere conforme ai canoni dettati dal “*giusto processo*”, perché sia costituzionalmente legittimo. Proprio in questo sta il “mutamento di prospettiva” cui pocanzi si accennava.

Sul piano del processo civile, non è un caso che gli autori¹⁰² che hanno affrontato il tema del “*giusto processo*” nei loro scritti si siano sin da subito interrogati sulla legittimità costituzionale del fenomeno della *cameralizzazione* del giudizio sui diritti, alla luce del mutato quadro costituzionale.

¹⁰¹COSTANTINO G., *op. cit.*, 353.

¹⁰²CHIARLONI S., *op. cit.*, 20; COSTANTINO G., *op. cit.*, p. 356; LANFRANCHI L., “*Pregiudizi illuministici*” e “*giusto processo*” civile, in “Giusto processo civile e i provvedimenti decisori sommari”, 4, Giappichelli 2001; PROTO PISANI A., *Giusto processo, cit.*, 279.

Com'è noto, il dibattito giurisprudenziale e dottrinario sugli usi ed abusi¹⁰³ del legislatore in materia di giudizio camerale sui diritti, era nato molti anni prima della novella dell'art. 111 Cost.¹⁰⁴.

È evidente che già all'epoca, benché non esistesse un'esplicita norma in materia di “*giusto processo*”, fosse facile dubitare della costituzionalità del rito camerale contenzioso in ordine, soprattutto, al diritto di difesa (art. 24 Cost.), alla tutela del contraddittorio (artt. 3 e 24 Cost.), alla terzietà del giudice (art. 101 e ss. Cost.) ed all'instabilità dei provvedimenti (art. 111 ex comma 2° Cost.).

Della genesi della “questione camerale” e del dibattito dottrinario e giurisprudenziale che ne è scaturito, si tratterà nel paragrafo seguente.

In questa sede, invece, interessa fare menzione delle soluzioni che sono state date dagli interpreti in ordine alla conformità o meno del rito camerale contenzioso ai canoni del “*giusto processo*” e delle risposte date dalla Corte costituzionale in tal senso.

È utile rilevare come molti autori abbiano colto l'occasione fornita dalla novella per ribadire e, in certi casi, confermare, le rispettive opinioni in materia di legittimità del giudizio camerale sui diritti.

È il caso della dottrina¹⁰⁵ da sempre sostenitrice della correlazione necessaria tra giudicato e cognizione piena, che ha letto nel “*giusto processo*” la conferma dell' “*illegittimità costituzionale di qualsiasi*

¹⁰³PROTO PISANI A., *Usi e abusi*, op. cit., 414.

¹⁰⁴ Per citare tra i più celebri: MONTESANO L., *Dovuto processo*, cit., 915 e ss.; CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza*, cit., 47 e ss.; FAZZALARI E., *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 909 e ss.; DENTI V., *I procedimenti camerali come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 1097 e ss.; LANFRANCHI L., *I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali e nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *I procedimenti in camera di consiglio e tutela dei diritti*, 1990, 906 e ss.

¹⁰⁵LANFRANCHI L., “*Pregiudizi illuministici*”, cit., 1 e ss.

*tutela giurisdizionale contenziosa decisoria, concretata da un giudizio di merito esclusivamente camerale e sommario*¹⁰⁶.

In questi termini, l'unico processo costituzionalmente "giusto", idoneo al giudicato ed alle sentenze ricorribili in Cassazione (art. 111, comma 7° Cost.), sarebbe il processo ordinario a cognizione piena, riconoscimento che la novella dell'art. 111 avrebbe il pregio di affermare per la prima volta in modo chiaro nel dettato costituzionale, nonostante, ad opinione della suddetta dottrina, fosse già desumibile da un'interpretazione sistematica delle norme costituzionali ad essa precedenti¹⁰⁷.

La tesi secondo la quale il processo "giusto" sarebbe soltanto quello ordinario ha trovato riscontro anche nel pensiero di chi¹⁰⁸ ha riconosciuto il "valore della cognizione piena" nella rigida previsione legislativa delle forme processuali.

Partendo dall'assunto che il processo ordinario a cognizione piena è caratterizzato, per antonomasia, da una sequenza processuale i cui passaggi sono altamente formalizzati, l'autore in questione ha ritenuto che *"una cosa l'espressione regolato dalla legge (n.d.r. introdotta dalla novella dell'art. 111 Cost.) ci dice con assoluta sicurezza: non è, non sarebbe in regola con la Costituzione, un processo nel quale le forme e i termini (cioè i poteri delle parti e del giudice) attraverso cui realizzare i poteri di domanda, eccezione ecc., i poteri istruttori, il potere di difesa*

¹⁰⁶ LANFRANCHI L., Enciclopedia Giuridica Treccani, voce *Giusto processo*, I) *Processo civile*, 8.

¹⁰⁷ "Credo sia difficilmente contestabile che l'art. 111 Cost., novellato [...] confermi ormai anche a livello esegetico ciò che, prima della [novella], [...]dalla medesima norma (interpretata in combinato disposto innanzi tutto con le altre essenziali norme costituzionali richiamabili in materia) già poteva dedursi a livello prevalentemente sistematico in ordine al <<giusto processo>> civile previsto dal nostro ordinamento vigente: vale a dire la garanzia costituzionale [...] della tutelabilità giurisdizionale dei diritti, senza eccezione alcuna, con almeno un grado di cognizione ordinaria piena ed esauriente in fatto e in diritto, seguito dall'ordinario controllo di legittimità in Cassazione ed idonea, [...], a produrre il giudicato formale e sostanziale di cui agli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c." così LANFRANCHI L., Enciclopedia Giuridica Treccani, voce *Giusto processo*, I) *Processo civile*, 2.

¹⁰⁸ PROTO PISANI A., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, op. cit., 265 e ss.

*scritto o orale, fossero tutti rimessi quanto alla modalità ed ai tempi alla discrezionalità del giudice*¹⁰⁹.

In altre parole, è possibile affermare che quest'orientamento dottrinario finisca per ricondurre ad identità "*giusto processo*" e cognizione piena sulla base di un ragionamento sillogistico che può essere così sintetizzato:

- Premessa maggiore: cognizione piena = predeterminazione legale di forme e termini processuali;
- Premessa minore: "*giusto processo*" = "*regolato dalla legge*" nelle forme e nei termini;
- Conclusione: cognizione piena = "*giusto processo*";

Un simile ragionamento, pur esatto nel suo rigore logico, finisce per raggiungere esiti eccessivamente restrittivi.

Infatti, individuare quale processo "*giusto*" esclusivamente il processo ordinario a cognizione piena determina l'eccesso che qualsiasi tutela sommaria o, comunque, differenziata da quella ordinaria più garantista, debba essere tacciata di incostituzionalità¹¹⁰.

Argomenti per disattendere questa impostazione interpretativa, possono essere rinvenuti nella giurisprudenza della Corte Costituzionale che, già prima della novella dell'art. 111 Cost., non si è mai pronunciata

¹⁰⁹PROTO PISANI A., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, op. cit., 267.

¹¹⁰Sarebbero, in ogni caso, fatti salvi quei riti in cui il processo possa assumere, anche solo eventualmente e su istanza della parte interessata, le forme del rito ordinario a cognizione piena, in almeno un grado di giudizio.

chiaramente a sostegno della tesi della correlazione necessaria tra giudicato e cognizione piena¹¹¹.

Con la sentenza 11 febbraio 1999, n. 26, la Corte costituzionale ha avuto occasione di chiarire che l'azione in giudizio (qualsiasi tipo di azione) per la tutela dei propri diritti è essa stessa un diritto *“che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, fosse anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori dalle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione, e l'impugnabilità con ricorso per cassazione”*. In altre parole, il limite costituzionale oltre il quale il processo civile non può andare, onde evitare di risultare illegittimo, è quello delle *“garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute”* alle quali si sono aggiunte, a seguito della novella dell'art. 111 Cost., anche il rispetto della ragionevole durata e la regolamentazione per legge.

La Consulta si è altresì espressa, seppur con riferimento al processo amministrativo, riguardo alla legittimità dell'utilizzo di forme processuali meno garantiste per assolvere alle esigenze di celerità proprie di alcune materie, asserendo, in una sentenza interpretativa di rigetto, che sebbene *“siffatto sistema, invero, non può prescindere dal rispetto di alcuni valori processuali tra cui, in primo luogo, l'integrità del contraddittorio, [...]è necessario cercare un punto di equilibrio tra le norme che impongono speciali oneri alle parti, tra una disciplina orientata alla più celere trattazione della controversia e l'imprescindibile salvaguardia dei diritti di difesa, dell'integrità del contraddittorio e della completezza dell'istruttoria. Il garante di questo*

¹¹¹In senso contrario si esprime invece LANFRANCHI L., *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, in *La roccia non incrinata, garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Giappichelli 2011, 318.

equilibrio non può che essere il giudice, al quale spetta un potere di direzione del processo, nel rispetto del principio dispositivo e dei diritti di difesa [...]»¹¹².

L'orientamento della Consulta riguardo alla legittimità costituzionale dei procedimenti camerali su diritti non è mutato a seguito dell'entrata in vigore della novella dell'art. 111 Cost.

Pur non essendosi espressa in termini chiari, la Corte ha dichiarato manifestamente infondate¹¹³ le questioni di costituzionalità sollevate riguardo alla conformità del rito camerale contenzioso ai canoni del “giusto processo”, riproponendo sostanzialmente il precedente orientamento in ordine alla piena legittimità di un'interpretazione adeguatrice delle norme processuali.

Alla luce della menzionata posizione della Corte, l'espressione “*regolato dalla legge*” del novellato art. 111, se letta come l'esigenza che le forme processuali debbano essere legislativamente predeterminate, potrebbe comportare l'illegittimità di quei procedimenti, in primo luogo camerali, nei quali al giudice è attribuita dal legislatore una sorta di “delega in bianco”¹¹⁴ nell'integrazione delle garanzie costituzionali che sarebbero lasciate senza tutela dal mero rinvio agli artt. 737 e ss. del c.p.c.

Come ha sottolineato autorevole dottrina, infatti, una simile interpretazione “*non significa affatto che le controversie oggi regolate dagli artt. 737 ss. c.p.c. debbano essere disciplinate dalle norme del processo ordinario di cognizione innanzi al tribunale ai sensi degli artt. 163 ss. c.p.c.*”¹¹⁵.

¹¹² Corte costituzionale, sentenza 10 novembre 1999, n. 427.

¹¹³ Corte cost., ordinanza n. 140 del 17 maggio 2001; ordinanza n. 35 del 26 febbraio 2002.

¹¹⁴ PAGANO M., *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, in *Dir. e Giur.* 1996, 50 e ss.

¹¹⁵ COSTANTINO G., *Il nuovo art. 111 della costituzione*, cit., 358.

Si è già avuto modo di chiarire¹¹⁶ che il criterio discretivo tra la tutela a cognizione piena ed esauriente e la tutela sommaria, specie nei procedimenti in camera di consiglio, sta nella predeterminazione legale delle forme e dei termini processuali della prima, rispetto alla scarsa struttura dei procedimenti che fanno capo alla seconda, nei quali è lasciata ampia discrezionalità al singolo giudice quanto alla facoltà di “assumere informazioni” o “sentire le parti”.

Si è anche sottolineato come la scelta tra l’una o l’altra tutela abbia carattere eminentemente politico e faccia riferimento all’esigenza di garantire una tutela processuale più celere a seconda degli interessi da tutelare, considerato che è ragionevole ritenere che chi si trova in una determinata situazione abbia ragione e che sarebbe contro l’economia processuale imporre in questi casi i tempi della tutela ordinaria, essendo molto più efficiente consentire la cd. “inversione dell’onere della mora”¹¹⁷, così da far ricadere i costi e i tempi del processo sul destinatario del provvedimento, piuttosto che su chi lo richiese¹¹⁸.

Nel caso di procedimenti sommari con funzione decisoria, così come per i procedimenti sommari cautelari, nei quali è sempre concesso alla parte destinataria del procedimento di attivare un processo ordinario a cognizione piena, il diritto ad un processo “giusto”, in cui le forme processuali siano predeterminate per legge, è sempre garantito.

A maggior ragione, non destano alcun problema di costituzionalità i processi “differenziati”, come il rito del lavoro, i quali sono dei processi a cognizione piena a tutti gli effetti, che si distinguono dal processo

¹¹⁶ Vedi capitolo I, par. 1.2, 3 del seguente scritto.

¹¹⁷ CARRATTA A., *Enciclopedia del diritto*, voce *Processo sommario (diritto processuale civile)*, Annali II, tomo I, 878.

¹¹⁸ COSTANTINO G., *Il nuovo articolo 111, cit.*, 355.

ordinario per adattarsi meglio alle esigenze della materia che ne costituisce l'oggetto.

Il ricorso crescente a tutele differenziate e sommarie, nonché alla *cameralizzazione*, testimonia che il processo ordinario non può essere la risposta a tutte le domande e che *“il diritto processuale è fisiologicamente un diritto diseguale e la tutela differenziata non è un'eccezione o una deviazione dai principi, ma la conseguenza della funzione strumentale del processo”*¹¹⁹.

Sul punto, l'insegnamento di Giuseppe Chiovenda¹²⁰ non smetterà mai di essere illuminante: il diritto processuale deve dare, per quanto è possibile, a chi ha un diritto *“tutto quello e proprio quello ch'egli avrebbe diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale”*.

Va da sé che, dinanzi alla pluralità di diritti soggettivi di cui ciascun individuo è potenzialmente titolare, la possibilità che la legge preveda procedimenti differenziati, in ragione delle diverse tipologie di diritti, consente a ciascun soggetto di conseguire effettivamente il “bene della vita” che gli spetterebbe, mediante una tutela processuale che è ontologicamente diseguale perché strumentale al diritto sostanziale che vi è sotteso.

Questo non presuppone che siano da considerarsi illegittimi quei provvedimenti in cui le garanzie costituzionali non siano previste al massimo della loro estensione¹²¹, come invece avviene nella cognizione piena, ma che siano sufficienti *“garanzie procedurali minime”*¹²².

¹¹⁹COSTANTINO G., *Il nuovo articolo 111, cit.*, 363.

¹²⁰CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist. Napoli 1960, 40.

¹²¹In senso contrario, vedi la tesi di Lanfranchi con riferimento alla tutela del contraddittorio, per il quale esso va garantito “in ogni stato e grado del processo”, in risposta all'opinione di Colesanti, il quale invece sostiene la tesi che sia sufficiente un “minimo” di contraddittorio: LANFRANCHI L., *I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali, cit.*, p. 934; COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, 279.

¹²²COSTANTINO G., *Il nuovo art. 111 della costituzione, cit.*, 364.

In questi termini, è stato prospettato¹²³ che la previsione “*regolato dalla legge*” implicherebbe, *de iure condendo*, la progressiva illegittimità costituzionale dei procedimenti camerali contenziosi¹²⁴ in cui le forme processuali sono rimesse in gran parte alla discrezionalità del giudice; *de iure condito*, richiederebbe una preventiva determinazione delle regole del gioco, così da consentire alle parti di conoscere anticipatamente lo sviluppo dell’*iter* processuale.

Nel prosieguo di questo capitolo, vedremo come tali profili siano stati affrontati dalla giurisprudenza e quali siano state le reazioni del legislatore con riguardo alle applicazioni del rito camerale nella materia fallimentare.

¹²³ COSTANTINO G., *Il nuovo art. 111 della costituzione*, cit., 365.

¹²⁴ Tuttavia, milita in senso contrario l’orientamento della Corte costituzionale espresso nella sent. 16 gennaio 2002, n.1, in *Guida al diritto* 2002, IX, 24 e ss.

2. IL DIBATTITO DOTTRINARIO E GIURISPRUDENZIALE SUI PROCEDIMENTI CAMERAL-SOMMARI

2.1 Verso una progressiva “cameralizzazione” del giudizio su diritti

La legge costituzionale sul “*giusto processo*” è intervenuta *in medias res* nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale in ordine ai procedimenti camerali su diritti. L’aver trattato questo tema in via preliminare ci consentirà di affrontare le problematiche principali di tale dibattito, analizzandole alla luce delle considerazioni fatte in argomento.

La “questione camerale” nacque intorno agli anni Cinquanta, a seguito della concomitanza di due fattori: il primo, l’introduzione dell’art. 742 *bis* alle “disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio” del c.p.c.¹²⁵, che permise di estendere l’applicazione del rito camerale al di fuori delle materie di giurisdizione volontaria relative alla “famiglia” ed allo “stato delle persone”; il secondo, la sentenza della Cassazione sezioni unite civili del 30 luglio 1953, n. 2593, con la quale la Corte aprì la strada all’interpretazione “sostanzialista” dell’art. 111 comma 2° Cost.¹²⁶, consentendo il ricorso straordinario avverso provvedimenti camerali decisori ai quali venne riconosciuta la “sostanza” di sentenze, pur avendo la forma di ordinanze o decreti.

Tramite quest’interpretazione, la Cassazione legittimò l’applicazione dei procedimenti camerali alle materie contenziose, ovviando al carattere

¹²⁵ A seguito della sopra citata l. 14 luglio 1950, n. 581 (pag. 6 del presente scritto).

¹²⁶ LANFRANCHI L., *La “cameralizzazione” del giudizio sui diritti*, in *La roccia non incrinata, garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Giappichelli 2011, 143.

propriamente instabile di questi ultimi tramite il controllo di legittimità per ricorso straordinario, il quale, essendo concesso dalla Costituzione solo avverso provvedimenti decisori e definitivi, attribuiva di fatto ai provvedimenti camerali carattere decisorio.

Pertanto, il legislatore si vide legittimato, sia sul piano legislativo che giurisprudenziale, ad applicare i procedimenti camerali al di fuori delle materie di giurisdizione volontaria, aprendo la strada alla *cameralizzazione* del giudizio sui diritti.

Proprio il carattere “aperto” o, com’è stato definito da autorevole dottrina¹²⁷, “variabile”, del rito camerale, è stato alla base della fortuna applicativa di quest’ultimo, essendosi proposto come un’alternativa processuale versatile e veloce che facesse fronte alla durata, già al tempo “*irragionevole*”, dei processi ordinari di cognizione.

A partire da quel momento, perché alla giurisdizione camerale fosse riconosciuto l’ingresso di pieno diritto nella giurisdizione contenziosa, il passo fu breve: già nel 1988, il Presidente della Corte d’appello di Milano affermava in un provvedimento¹²⁸ che “*La giurisdizione camerale è ormai evolutivamente da intendersi come parte integrante della giurisdizione generale*”.

Proprio in quel periodo, la dottrina più attenta¹²⁹, mise in evidenza come la prassi della *cameralizzazione*, pur muovendo da uno “*scopo in se stesso non censurabile ed anzi apprezzabile*”, qual è quello di consentire una tutela processuale in tempi brevi, destava non pochi inconvenienti quanto “*al criterio indicatore dello spartiacque tra le forme di*

¹²⁷CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 73.

¹²⁸ Provvedimento del Presidente della Corte d’appello di Milano del 7 luglio 1988, in materia di copia e collazione di atti pubblici, LANFRANCHI L., *La “cameralizzazione” del giudizio sui diritti*, in “*La roccia non incrinata*”, cit., 144.

¹²⁹MANDRIOLI C., *I ‘cd. procedimenti camerali su diritti’ e il ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 921-922.

cognizione e quelle camerali in senso proprio, ossia il criterio della sussistenza o meno , nel provvedimento conclusivo dell'attività (non necessariamente un decreto), del carattere della revocabilità, ossia dell'applicabilità diretta o indiretta dell'art. 742 o di una disposizione equivalente”.

In altri termini, già all'epoca il legislatore, applicando discrezionalmente il rito camerale alle controversie su diritti, nella maggioranza dei casi, si serviva di un mero rinvio alle disposizioni di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c. Tale richiamo generico comportava anche l'applicazione dell'art. 742 che si è visto essere la disposizione legislativa caratterizzante i provvedimenti camerali di modificabilità e revocabilità in ogni tempo.

Sul punto, è stato prontamente osservato¹³⁰ che il rinvio generico del legislatore non può comportare sempre e comunque l'applicazione dello schema generale nel suo complesso: *“si tratta di un'indagine che va compiuta caso per caso, senza il preconetto – smentito dalla legge stessa – che la locuzione “camera di consiglio” evochi, automaticamente, l'intero schema dell'art. 737 ss.”.*

Come già ampiamente chiarito, il carattere discretivo della giurisdizione contenziosa rispetto a quella volontaria sta proprio nell'idoneità al giudicato dei provvedimenti della prima (sentenze), rispetto all'instabilità dei provvedimenti della seconda (decreti e ordinanze).

Proprio su questo punto intervenne l'interpretazione “sostanzialista” della Cassazione nella pronuncia a sezioni unite del 1953, riconoscendo ai provvedimenti camerali su diritti la “sostanza” di sentenze a carattere definitivo, indipendentemente dalla “forma” del provvedimento.

Il dibattito sulla “questione camerale” che scaturì dalla “galeotta” sentenza del '53 mise ben presto in evidenza l'insufficienza della

¹³⁰CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 74.

garanzia del ricorso straordinario per Cassazione ai sensi dell'art. 111, (al tempo) comma 2° Cost.¹³¹, per quanto attiene alla tutela dei diritti giurisdizionali costituzionalmente garantiti, in particolar modo, al diritto di difesa, alla tutela del contraddittorio e all'imparzialità del giudice. Com'è noto, infatti, il ricorso straordinario per cassazione è un giudizio di mera legittimità a critica vincolata, pertanto, si tratta di un gravame privo di un controllo sul merito del giudizio camerale svoltosi nel primo grado.

Di conseguenza, prima che le pronunce interpretative della Consulta conformassero, come vedremo, il procedimento camerale su diritti ai principi costituzionali a tutela dei diritti giurisdizionali, non appaiono affatto infondati i timori di chi¹³², agli albori della prassi legislativa della *cameralizzazione*, facendo tesoro degli insegnamenti di Piero Calamandrei, scriveva così: *“per comprimere i diritti individuali e la libertà da essi garantita non c'è bisogno di negarli testualmente, con il rischio di contestazioni e tumulti. Basta usare uno strumento più sofisticato ed efficiente, qual è quello di far mancare al diritto soggettivo la linfa vitale del dovuto processo”*.

Pur dovendosi parlare oggi di *“giusto processo”*, parole come queste non smettono mai di essere attuali.

¹³¹COSTANTINO G., *Il nuovo art. 111 della costituzione*, cit., 357.

¹³²CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 86.

2.2 L'interpretazione della giurisprudenza: il “contenitore neutro” della Cassazione, gli interventi “costituzionalizzatori” della Consulta

Come abbiamo visto poc'anzi, la citata sentenza della Cassazione sull'interpretazione “sostanzialista” del ricorso straordinario aveva aperto la strada alla *cameralizzazione* del giudizio sui diritti, destando forte allarme in dottrina per quanto attiene alla tutela dei diritti giurisdizionali nell'ambito del rito camerale contenzioso, in particolar modo, del diritto di difesa, del contraddittorio e del diritto alla prova, i quali non potevano trovare adeguata tutela nel solo ricorso straordinario, essendo quest'ultimo un giudizio di mera legittimità.

Il dibattito dottrinario¹³³ aveva, pertanto, da tempo messo in luce le criticità della prassi della *cameralizzazione*, quando la giurisprudenza di Cassazione fu costretta a prendere posizione sull'argomento con la sentenza 29 giugno 1996, n. 5629¹³⁴, nell'ambito della quale le Sezioni Unite risolsero un contrasto giurisprudenziale, profilatosi all'interno della giurisprudenza della I sezione, a proposito della procedura da applicare alla dichiarazione giudiziale della maternità o paternità naturale in caso di minori.

Il contrasto era sorto a seguito della modifica del comma 1°, art. 38 disp. att. c.c., ad opera dell'art. 68 della l. 4 maggio 1983, n. 184, il quale aveva attribuito al tribunale per i minorenni la competenza a decidere sull'accertamento dello *status* di figlio naturale, lasciando immutato il

¹³³ Per un riepilogo su questo dibattito v. LANFRANCHI L., *I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali*, cit., 911 e ss.

¹³⁴ Cass. sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Giur. It.*, 1996, I, 1301, con nota di CARRATTA A., *La procedura camerale come “contenitore neutro” e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*.

comma 3° del medesimo art. 38, a tenore del quale “*in ogni caso il tribunale provvede in camera di consiglio sentito il pubblico ministero*”.

Pertanto, la normativa di riferimento non chiariva quale fosse la procedura da applicarsi all'accertamento dello *status* di figlio naturale del minore, se quella ordinaria o camerale, avendo la materia in questione natura squisitamente contenziosa.

La soluzione prospettata dalle Sezioni Unite ha finito per confermare il *favor* della Suprema Corte per l'applicazione del rito camerale alle materie contenziose, già in precedenza dimostrato con l'interpretazione “sostanzialista”, avendo come esito l'incremento del dibattito in dottrina sfavorevole alla suddetta prassi¹³⁵.

Secondo la giurisprudenza della Cassazione, l'opzione a favore della procedura camerale consiste nel considerare tale procedimento alla stregua di un “contenitore neutro”, in grado di “*assicurare, da un lato, la speditezza e la concentrazione del procedimento ed essere, dall'altro, rispettosa dei limiti imposti all'incidenza della forma procedimentale dalla natura della controversia che, in quanto relativa a diritti o status, gode di apposite garanzie costituzionali*”.

In sostanza, tale giurisprudenza ha finito per qualificare il procedimento camerale come un rito *bon à tout faire*, utilizzabile nella sua applicazione “neutra” - tramite un semplice rinvio agli artt. 737 e ss. c.p.c. - nel caso di procedimenti di volontaria giurisdizione e “integrata”- tramite le forme proprie del rito ordinario - nel caso di procedimenti di natura contenziosa. Per usare i termini testuali della

¹³⁵ Per le reazioni immediatamente successive alla pronuncia, v. la nota a sentenza di CARRATTA A., *La procedura camerale come “contenitore neutro” e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*; v. anche la nota alla stessa sentenza di CIVININI M. G., *Dichiarazione giudiziale di genitura naturale e rito applicabile innanzi al tribunale per i minorenni*, in *Foro it.*, rep. 1996, voce Filiazione, n. 23; per il dibattito dottrinario che ne seguì v. LANFRANCHI L., voce Giusto processo, I) Processo civile, 8 e ss.

sentenza, considerare il rito camerale come un “contenitore neutro” comporta che *“la giurisdizione volontaria si espanda e quindi si allontani dal precedente rito camerale per ammantarsi di forme tipiche del rito ordinario, disegnando un nuovo tipo di processo a contenuto oggettivo che, non incidendo sul rapporto sostanziale controverso, rispetta le garanzie delle parti in ordine alla competenza per territorio, al diritto di difesa e di prova, all’applicazione dei termini ordinari previsti dagli artt. 325 e 327 c.p.c.”*.

Le maggiori critiche della dottrina¹³⁶ alle motivazioni presentate dalle Sezioni Unite a sostegno della tesi della procedura camerale come “contenitore neutro” sono state rivolte all’incoerenza delle premesse dalle quali i giudici della Suprema Corte erano partiti, rispetto alle conclusioni a cui sono giunti.

Infatti, pur asserendo solennemente che *“il criterio guida [...] va ricercato nel rispetto della tutela giurisdizionale dei diritti e nella garanzia costituzionale di un accertamento non sommario ai fini del giudicato, che postula un processo ad accertamento pieno ed esauriente che non può essere retto dal modello delineato dagli artt. 737 e ss. c.p.c.”*, tale premessa non viene rispettata nelle conclusioni della pronuncia, la quale finisce per legittimare l’applicazione “neutra” del procedimento camerale alla dichiarazione giudiziale di maternità o paternità del figlio minore, limitandosi ad imporre, in tali casi, il solo rispetto dei termini ordinari di impugnazione (di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c.) senza soffermarsi sugli altri aspetti, ben più rilevanti, del rispetto del contraddittorio, del diritto di difesa e alla prova.

¹³⁶CARRATTA A., *La procedura camerale come “contenitore neutro”*, cit., 1303.

Dalle motivazioni della sentenza analizzata nonché di altre pronunce¹³⁷ a sostegno della stessa, emerge che la giurisprudenza della Cassazione è giunta ad accogliere la tesi del procedimento camerale come “contenitore neutro” avendo preso atto dell’intervento della Corte costituzionale nel dibattito sulla giurisdizione volontaria, ed in particolare sulla prassi della *cameralizzazione* del giudizio sui diritti: “*la scelta discrezionale, ispirata a criteri di politica legislativa del Parlamento, privilegia tali procedimenti in relazione a controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, rispondendo a valutazioni compiute sulla base della natura degli interessi regolati e dall’opportunità di adottare più celeri forme processuali*”¹³⁸.

In più occasioni la Consulta ha sottolineato come la scelta discrezionale del legislatore, in materia contenziosa, sfugga al sindacato di costituzionalità “*nei limiti in cui, ovviamente, non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza*”¹³⁹. Sull’argomento, la Corte costituzionale si è pronunciata per lo più con sentenze interpretative di rigetto, qualificando infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine al procedimento camerale contenzioso in relazione alla violazione del diritto costituzionale di difesa e della “parità delle armi” nel processo, di cui agli artt. 3 e 24 della Costituzione: “*Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il procedimento camerale non è di per sé in contrasto con il diritto di difesa, in quanto l’esercizio di quest’ultimo è variamente configurabile dalla legge, in relazione alle peculiari esigenze dei vari processi, < purché ne vengano assicurati lo*

¹³⁷ Come Cass., sez. un., 5 agosto 1996, n. 7170 a conferma di Cass., sez. un., 29 giugno 1996, n. 5629.

¹³⁸ Corte cost., sentenza n. 142 del 1970.

¹³⁹ Corte cost., ordinanza, 30 giugno 1988, n. 748, in *Giur. cost.*, 1988, I, 3339.

scopo e la funzione>, cioè la garanzia del contraddittorio, in modo che sia escluso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti”¹⁴⁰. Nonostante gli auspici della dottrina, pertanto, la prassi della cameralizzazione del giudizio sui diritti è stata avallata dalla giurisprudenza costituzionale, nella misura in cui essa assicuri la necessaria salvaguardia delle garanzie del contraddittorio e del diritto alla prova “*nel modo più completo*”¹⁴¹, in almeno un grado di giudizio¹⁴². L’intervento “costituzionalizzatore” richiesto dalla Consulta perché il procedimento camerale risulti conforme alla Costituzione non è evidentemente limitato ai termini di impugnazione, ma riguarda tutti i profili di tutela giurisdizionale di cui il rito camerale “neutro” risulta carente, in particolar modo, il diritto al contraddittorio, alla difesa ed alla prova: in assenza di tessuto normativo, tale intervento viene rimesso dalla giurisprudenza “*ad un giudice specializzato dotato di alcuni poteri d’ufficio*”¹⁴³.

Come è stato accennato nel paragrafo precedente, la discrezionalità del giudice camerale nell’integrazione della procedura in camera di consiglio da applicarsi alle materie contenziose, risulta oggi fortemente messa in discussione dal comma 1° del nuovo art. 111 Cost., a tenore del quale il “*giusto processo*” è quello “*regolato dalla legge*”. Tale disposizione, se non viene interpretata come mera riserva di legge in materia processuale, mina la legittimità costituzionale di un processo le cui forme e termini esulino da una predeterminata disciplina legislativa e

¹⁴⁰ Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 543, nonché ordinanza n. 748 del 1988, sentenze nn. 103 del 1985, 202 del 1975, 119 del 1974, 126 del 1971, 16 del 1970, 122 del 1966, 5 del 1965, 46 del 1957.

¹⁴¹ Corte cost., 1° marzo 1973, n. 22, in *Foro it.*, 1973, I, 1344; Corte cost. 10 luglio 1975, n. 202, *ivi*, 1975, I, 1575.

¹⁴² CARRATTA A., *Enciclopedia del diritto*, voce *Processo sommario (diritto processuale civile)*, annali II, tomo I.

¹⁴³ Cfr. Cass., sez. un., 29 giugno 1996, n. 5629.

siano rimessi all'arbitrio del singolo giudice, generando nelle parti la più completa incertezza sulle modalità del suo svolgimento¹⁴⁴.

Nel paragrafo successivo, vedremo come questo ed altri profili relativi al “*giusto processo*” siano stati affrontati con specifico riguardo alla materia fallimentare.

2.3 La posizione della dottrina: tra compromessi correttivi e ferma opposizione

Il cuore del dibattito avente ad oggetto la *cameralizzazione* del giudizio sui diritti risiede nella divergenza delle opinioni manifestate in argomento dalla dottrina dominante, da una parte, e dalla giurisprudenza, dall'altra.

Abbiamo visto come la giurisprudenza della Corte di cassazione abbia finito per avallare la prassi dell'applicazione del rito camerale sui diritti dapprima in modo incondizionato, con la sentenza del 30 luglio 1953, n. 2593 sull'interpretazione “sostanzialista” del ricorso straordinario, in seguito, mostrando qualche incertezza riguardo al rispetto delle garanzie giurisdizionali nel procedimento camerale, con la pronuncia sul “contenitore neutro”.

Inoltre, abbiamo visto come il giudice delle leggi, dal canto suo, non abbia mai dichiarato l'incostituzionalità della prassi in questione, proponendo un'interpretazione “costituzionalizzatrice” delle fasi del procedimento camerale sui diritti che risultino carenti quanto al rispetto dei diritti giurisdizionali.

Per quanto attiene all'orientamento della dottrina sull'argomento, trattando del “*giusto processo*” abbiamo visto come alcuni autori

¹⁴⁴COSTANTINO G., *Il nuovo art. 111 della costituzione*, cit., 365.

abbiano colto nella novella dell'art. 111 Cost. l'occasione per ribadire e, in certi casi, confermare, le rispettive opinioni in materia di procedimenti camerali su diritti.

Tali opinioni si erano andate consolidando a partire dai primi anni in cui la pratica della *cameralizzazione* aveva incominciato a diffondersi in modo dilagante, seguita dall'avallo dell'interpretazione "sostanzialista" della Suprema Corte, la quale aveva destato il maggiore allarme tra gli interpreti.

Quando non sono giunte a vere e proprie dichiarazioni di incostituzionalità, le tesi della dottrina riguardo i procedimenti camerali su diritti sono sfociate in interpretazioni correttive e in soluzioni costituzionalmente orientate, le quali possono essere riassunte in due principali filoni interpretativi, all'interno dei quali sono individuabili ulteriori sfumature ed orientamenti.

Il primo filone, che potremmo definire "maggioritario"¹⁴⁵, ritiene che, qualora siano in gioco diritti soggettivi e non siano consentiti rimedi oppositori in via ordinaria, la disciplina del procedimento camerale vada consentita solo in relazione ai cd. *criteri d'ordine*, quali l'attivazione del procedimento con ricorso, la mancanza della pubblica udienza e l'affidamento della causa al collegio. Invece, per quanto riguarda le restanti fasi del procedimento quali la fase istruttoria, del contraddittorio, dei mezzi di gravame, la disciplina processuale applicabile dovrebbe essere quella propria del processo ordinario a cognizione piena.

Pertanto, è stato detto che "*il modello della camera di consiglio non può essere legittimamente adottato per la tutela di diritti soggettivi e status*

¹⁴⁵CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee*, cit., 87 e ss.; FAZZALARI E., *Uno sguardo storico e sistematico (ancora sul procedimento camerale e la tutela dei diritti)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1990, 19 e ss.; LANFRANCHI L., *I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali e nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1989, 947 e ss.; CARRATTA A., voce *Processo sommario*, cit., 882.

*con le modalità che gli sono peculiari*¹⁴⁶ e che l'interprete non possa servirsene *“se non apportando al modello le modifiche e le integrazioni del caso, che ne adeguino la disciplina ai caratteri ed alle garanzie, anche di ordine costituzionale, propri della giurisdizione”*¹⁴⁷.

All'interno del suddetto orientamento maggioritario, si è sviluppata la corrente dottrina facente capo a quegli autori¹⁴⁸ che si sono dimostrati strenui sostenitori della garanzia costituzionale della correlazione necessaria tra cognizione ordinaria e giudizio decisorio, a loro avviso deducibile dal combinato disposto degli artt. 24 e 111 della Costituzione ed oggi confermata dalla novella sul *“giusto processo”*. Secondo tale corrente (che, rispetto al filone interpretativo da cui ha preso le mosse, possiamo definire *“minoritaria”*) dal dettato costituzionale si evincerebbe la garanzia processuale *“non modificabile in senso peggiorativo neppure con la procedura qualificata dell'art. 138 Cost., della tutelabilità giurisdizionale dei diritti, senza eccezione alcuna, con almeno un grado di cognizione piena ed esauriente in fatto e in diritto, seguita dall'ordinario controllo di legittimità per Cassazione ed idonea, in virtù di questa doppia possibilità di giudizi così strutturati, a produrre il giudicato formale e sostanziale, di cui agli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c.”*¹⁴⁹.

Pertanto, la dottrina appena citata osteggia fortemente le decisioni della Suprema corte in materia di procedimento camerale sui diritti, asserendo che la propria tesi sia avallata, seppur *per verba generalia*, dalle

¹⁴⁶CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza, cit.*, 90.

¹⁴⁷FAZZALARI E., *Uno sguardo storico e sistematico, cit.*, 26.

¹⁴⁸ Vedi in particolar modo LANFRANCHI L., *I procedimenti camerale decisorio nelle procedure concorsuali, cit.*, 947 e ss.; il cui pensiero è ripreso da CARRATTA A., *voce Processo sommario, cit.*, 882.

¹⁴⁹LANFRANCHI L., *voce Giusto processo, I) Processo civile, cit.*, 2.

pronunce della Corte costituzionale e dagli orientamenti *de iure condendo*¹⁵⁰.

Della giurisprudenza di Cassazione sull'argomento, tale dottrina critica, in primo luogo, la pronuncia sull'interpretazione "sostanzialista" del ricorso straordinario, sottolineandone "l'erroneità, l'ingiustizia e l'inutilità"¹⁵¹; in secondo luogo, non condivide la soluzione interpretativa prospettata dal "contenitore neutro" dei procedimenti camerale, nella misura in cui l'integrazione dei diritti giurisdizionali costituzionalmente garantiti non sia fornita al "massimo" della tutela, in almeno un grado di giudizio¹⁵².

La soluzione al problema non risulta di facile individuazione ed, anzi, si ripropone oggi, dopo la novella dell'art. 111 Cost., con maggior vigore rispetto al passato.

In questi termini, la disposizione che stabilisce che il "giusto processo" debba essere "regolato dalla legge", imporrebbe una previsione legislativa delle forme processuali tramite le quali la tutela dei diritti giurisdizionali al contraddittorio, alla difesa e alla prova, nel procedimento camerale su diritti, non sarebbe rimessa di volta in volta alla valutazione discrezionale del singolo giudice, ma verrebbe predefinita in modo univoco da disposizioni di legge.

De iure condendo, tale opzione avrebbe, da una parte, il vantaggio di fornire alle parti una preventiva previsione delle "regole del

¹⁵⁰ LANFRANCHI L., *I procedimenti camerale decisori nelle procedure concorsuali*, cit., 932; CARRATTA A., *La procedura camerale come "contenitore neutro"*, cit., 1303.

¹⁵¹ LANFRANCHI L., voce *Giusto processo*, I) *Processo civile*, cit., 3.

¹⁵² "La tutela e la difesa giurisdizionale dei diritti, [...], postula la garanzia costituzionale del massimo della tutela, della cognizione, del contraddittorio, della prova, ecc., non di un minimo, o di un minimo per taluni diritti e di un massimo per altri, o di un minimo e di un massimo demandati alla discrezionalità del legislatore o – ancor peggio – del giudice" così LANFRANCHI L., *I procedimenti camerale decisori nelle procedure concorsuali*, cit., 934; v. *contra* COLESANTI V., *Principio del contraddittorio*, cit., 614, che invece ritiene sufficienti un "minimo" di contraddittorio e la "discrezionalità" del giudice in tal senso, anche nella materia decisoria.

gioco”¹⁵³ senza dover sottostare all’arbitrio del giudice quanto alla previsione di garanzie giurisdizionali loro costituzionalmente dovute e, dall’altra, quello di lasciare alla discrezionalità del legislatore la valutazione del livello di tali garanzie. Sul piano applicativo, questa scelta consentirebbe il controllo della Corte di Cassazione sulla conformità del procedimento camerale alla legge e, quindi, alle cd. “garanzie procedurali minime”, rimanendo comunque soggetta ad eventuali interpretazioni correttive della Corte costituzionale¹⁵⁴.

Per quanto riguarda il secondo filone dottrinario, che possiamo definire “minoritario”, è stato notato¹⁵⁵ come la dottrina ad esso appartenente abbia fornito una delle interpretazioni più seducenti nel novero di quelle sostenute dagli avversari del “contenitore neutro”.

Partendo dal presupposto che i provvedimenti assunti all’esito di un giudizio camerale non possano mai acquisire autorità di cosa giudicata, suddetta dottrina¹⁵⁶ ritiene che decreti ed ordinanze camerali siano da considerarsi alla stregua di provvedimenti sommari-semplificati-esecutivi, rispetto ai quali rimarrebbe inalterata la facoltà, per la parte interessata, di instaurare un autonomo processo ordinario a cognizione piena, presentando domanda in primo grado secondo i termini di prescrizione.

Il provvedimento esecutivo così ottenuto potrà quindi essere sempre rimesso in discussione in un futuro processo a cognizione piena (anche instaurato in via di opposizione all’esecuzione ex art. 615 c.p.c.), non esercitando alcuna efficacia preclusiva in questo secondo processo ed

¹⁵³COSTANTINO G., *Il nuovo art. 111 della costituzione*, cit., 365.

¹⁵⁴COSTANTINO G., *Il giusto processo di fallimento*, in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Giappichelli 2010, 383.

¹⁵⁵CHIARLONI S., *Giusto processo e fallimento*, in *Fall.*, 2002, 257.

¹⁵⁶PROTO PISANI A., *Usi ed abusi della procedura camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c.*, cit., 393 e ss.; MONTESANO L., “Dovuto processo” su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 924.

essendo destinato ad essere assorbito dalla sentenza che accerti in via di cognizione piena l'esistenza o meno del diritto o dello *status*.

La tesi sopra descritta risulta, quindi, un compromesso diplomatico tra le posizioni radicalizzate di dottrina e giurisprudenza sull'argomento a tenore delle quali, ove contro il provvedimento sommario non siano previsti rimedi di tipo impugnatorio o oppositorio, si dovrebbe necessariamente ritenere: o che il provvedimento sia ricorribile per cassazione ex art. 111, comma 7°, Cost., con conseguente sacrificio delle garanzie offerte anche da un solo grado di giudizio a cognizione piena; o che il procedimento sia costituzionalmente illegittimo, col risultato di porsi contro i consolidati orientamenti della giurisprudenza della Cassazione, avallata anche dalle pronunce della Corte costituzionale, le quali preferiscono salvare la costituzionalità delle tutele apprestate dai procedimenti sommari, purché essi presentino un *minimum* di garanzie¹⁵⁷.

Tirando le fila del discorso, le menzionate opinioni della dottrina si pongono come interpretazioni di indiscusso rilievo ed apporto scientifico, tuttavia, in assenza di tessuto normativo, il “diritto vivente” continua ad affidare al giudice il compito di integrare il “contenitore neutro” del procedimento camerale con le “garanzie procedurali minime” previste dalla Costituzione, con tutte le conseguenze che derivano da tale prassi, prima fra tutte, il bilanciamento tra garanzie processuali essenziali come il “contraddittorio” e l'imprevedibile durata del processo.

¹⁵⁷PROTO PISANI A., *Usi ed abusi, cit.*, 389 e ss.

3. IL “GIUSTO PROCESSO” FALLIMENTARE

3.1 I profili del “*giusto processo*” che hanno interessato la procedura fallimentare

Trattando della novella sul “*giusto processo*”, si è avuto modo di chiarire come la Corte costituzionale, sostenuta da una parte della dottrina¹⁵⁸, non abbia riconosciuto alcun apporto innovativo alle disposizioni in essa contenute.

In senso contrario, abbiamo visto come una lettura di questo tipo non possa essere da noi condivisa alla luce dei rilievi prospettati da autorevole dottrina¹⁵⁹ in merito al “mutamento di prospettiva” che la novella dell’art. 111 avrebbe apportato sul piano processuale, in primo luogo, la previsione che il processo, per essere “*giusto*”, debba essere “*regolato dalla legge*”¹⁶⁰.

Le considerazioni svolte a suo tempo, ci consentiranno di analizzare in questa sede i profili del “*giusto processo*” nell’ambito della procedura fallimentare.

A titolo preventivo, è bene precisare che non esiste un’univoca procedura di fallimento.

La disciplina delle procedure concorsuali, facente capo al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 ed alle successive modifiche ad esso apportate¹⁶¹, prevede

¹⁵⁸CHIARLONI S., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI M. e VERARDI C., Franco Angeli, Milano 2001.

¹⁵⁹COSTANTINO C., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo civile”*. *Le garanzie*, in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Giappichelli 2011, 354.

¹⁶⁰ V. pp. 41-42 del presente scritto.

¹⁶¹Modifiche apportate dal *Decreto Legislativo 9 gennaio 2006 n.5*, in G.U. n. 12 del 16.01.2006, dal *Decreto Legislativo 12 settembre 2007 n. 169*, in G.U. n. 241 del 16.10.2007, dalla *L. 18 giugno 2009 n. 69*, in G.U. n. 140 del 19 .06.2009, dal *D.L. 31 maggio 2010, n. 78*, convertito, con modificazioni, nella *L. 30 luglio 2010, n. 122*, dal *D.L. 179*, convertito, con modificazioni, nella *L. 17 dicembre 2012 n. 221* e dall’art. 1, comma 19, n. 3 della *legge di stabilità 2013* approvata il 24 dicembre 2012 n. 228, in G.U. n. 302 del 29.12.2012.

una congerie di procedimenti, prevalentemente a cognizione sommaria, all'interno dei quali possono essere distinti: da un lato, procedimenti camerali che hanno subito, negli anni, un processo di "costituzionalizzazione" attraverso gli interventi della Corte costituzionale (con particolare riferimento al procedimento endofallimentare dell'art. 26 l. fall.¹⁶²); dall'altro, procedimenti camerali¹⁶³ che, al contrario, non hanno subito, anche per la mancata attenzione della dottrina e della giurisprudenza¹⁶⁴, alcun procedimento di "revisione" costituzionale.

Ai suddetti procedimenti, devono essere poi aggiunti i procedimenti a cognizione piena con rito ordinario, i quali possono presentarsi talvolta in prosecuzione o in fase di impugnazione del procedimento conclusivo della fase sommaria camerale¹⁶⁵, talaltra, invece, come forme di processo originariamente fissate dal legislatore nelle modalità del rito ordinario¹⁶⁶. Da questi brevi cenni sui procedimenti fallimentari, si evince che nell'analizzare dei profili del "giusto processo" di fallimento non si può prescindere dal carattere eterogeneo dei procedimenti in esso contenuti. Ai fini del presente lavoro, si è scelto di mettere in luce i profili del "giusto processo" che entrano generalmente in contrasto con i procedimenti camerali di fallimento.

¹⁶²Cfr. Corte cost. 23 marzo 1981, n. 42, in *Foro it.*, 1981, I, 1228; Corte cost. 22 novembre 1985, n. 303, in *Foro it.*, 1985, I, 3066, con nota di PAGANO M.; Corte cost. 24 marzo 1986, n. 55, *Foro it.*, 1986, I, p. 1168, con nota di MENCHINI S.; Corte cost. 27 giugno 1986, n. 156, *Foro it.*, 1986, I, 2099, con nota di MENCHINI S.

¹⁶³A titolo d'esempio, il procedimento di revoca del curatore ex art. 37 l.fall., che si conclude con decreto motivato del tribunale reclamabile.

¹⁶⁴FERRI C., *L'art. 111 Cost. e le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2002, I, 1435.

¹⁶⁵Il sistema delle impugnazioni è regolato dal processo ordinario come, ad esempio, tutte le azioni di inefficacia e le azioni revocatorie previste dagli artt. 64 e 65, nonché 66 e 67 l.fall.; ovvero, nella formazione dello stato passivo, nonostante il riferimento al rito sommario speciale con eventuali misure anticipatorie, i provvedimenti conclusivi sono impugnabili con opposizione secondo il rito a cognizione piena ex art. 98 l.fall.

¹⁶⁶Ad esempio, seguono il rito ordinario: l'accertamento delle responsabilità del curatore ex art. 38 l.fall.; le controversie per declaratoria di inefficacia con accertamento negativo ex artt. 44 e 45 l.fall.; le azioni di scioglimento, restituzione e risoluzione ex art. 72 e ss.

L'indagine risulta particolarmente interessante in quanto quello delle procedure concorsuali è stato, da sempre, il settore prediletto dal legislatore per l'applicazione del rito camerale a materie appartenenti alla giurisdizione contenziosa, in ragione delle esigenze di rapidità e concentrazione richieste da procedure volte a risolvere o comporre lo stato di crisi economica di imprenditori e società commerciali insolventi. Dato che i procedimenti fallimentari non sono che una *species* del più ampio *genus* dei procedimenti cameral-sommari aventi ad oggetto materie contenziose, le procedure concorsuali presentano gli stessi dubbi di legittimità costituzionale che abbiamo in precedenza analizzato trattando del rito camerale contenzioso alla luce del "*giusto processo*". Pertanto, i procedimenti fallimentari non rispettano i parametri dettati dall'art. 111 Cost. nella misura in cui questi: non siano "*regolati dalla legge*"; si svolgano in assenza di "*contraddittorio tra le parti*", senza che queste ultime siano "*in condizioni di parità*" ed in presenza di un "*giudice terzo ed imparziale*"; la legge non ne preveda una "*ragionevole durata*".

Vediamo, nello specifico, come tali aspetti abbiano interessato il processo di fallimento.

3.2 Segue. La "*ragionevole durata*" di una procedura fallimentare "*regolata dalla legge*"

Riferire l'espressione "*regolato dalla legge*" al processo di fallimento, non cambia le conclusioni alle quali si era giunti parlando del processo civile in generale: le soluzioni prospettate al riguardo restano ferme ed anzi, si consolidano, nell'ambito delle procedure concorsuali, ove il

procedimento camerale si presenta come il modello processuale prevalente. A tali conclusioni si fa, pertanto, rinvio.

Tuttavia, si ritiene opportuno ribadire che l'interpretazione preferibile sia quella secondo la quale il processo, per esser *giusto*, richieda una predeterminazione legislativa delle forme e dei termini in conformità alle "garanzie procedurali minime" che, secondo la consolidata giurisprudenza della Consulta in precedenza analizzata, la Costituzione garantisce alle parti nel processo¹⁶⁷.

Ad ulteriore sostegno di questa tesi, si vuole qui aggiungere che l'espressione "*regolato dalla legge*" deve essere messa in relazione alla disposizione contenuta nel comma 2° dell'art. 111 Cost., a tenore della quale la ragionevole durata è "*assicurata*" dalla legge¹⁶⁸.

Sulla base di questo rilievo, il fatto che la legge non scandisca i termini dei procedimenti endofallimentari, così come avviene per ogni altro procedimento camerale contenzioso, comporta un'estrema variabilità dei tempi processuali che restano rimessi, di volta in volta, alle valutazioni discrezionali del giudice competente.

Questo implica che il procedimento camerale, applicato dal legislatore alle procedure concorsuali per velocizzarne gli esiti, finisca per avere l'effetto contrario e che: "*non sia conforme alla Costituzione quel procedimento che sia interamente affidato alla facoltà discrezionale, nel modo di procedere, al giudice, e pertanto la cui durata, proprio per l'attribuzione discrezionale e incontrollata di poteri di direzione del processo, non dipenda da una predeterminazione normativa*"¹⁶⁹.

¹⁶⁷ COSTANTINO G., *Il giusto processo di fallimento*, in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Giappichelli 2010, 383; v. *contra* CHIARLONI C., *Giusto processo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2003, 495.

¹⁶⁸ FERRI C., *L'art. 111 Cost. e le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, I, 2002, 1429.

¹⁶⁹ FERRI C., *L'art. 111 Cost.*, *cit.*, 1429.

Sul piano strettamente applicativo, la mancanza di predeterminazione delle forme e dei termini processuali e la loro conseguente remissione alla determinazione discrezionale del giudice ha generato un fenomeno di applicazione fortemente differenziata della procedura fallimentare nelle apposite sezioni specializzate dei tribunali.

Questo fenomeno ha messo in evidenza come sia *“un obiettivo meritevole di essere perseguito quello di consentire a ciascuno di affacciarsi nell'aula di ogni ufficio giudiziario prevedendo cosa possa accadere, senza avere la necessità di informarsi preventivamente sulle prassi locali.”*¹⁷⁰

I primi passi del cammino verso il perseguimento di questo obiettivo sono stati mossi dal Ministero della Giustizia con l'istituzione della *“Commissione Rovelli”*¹⁷¹, volta ad elaborare ed attuare i principi e i criteri direttivi elaborati dalla *“Commissione Mirone”*, istituita per la riforma del diritto societario.

I lavori della sottocommissione *“Rovelli”* si propongono di realizzare una bozza di articolato per un disegno di legge delega volto a far fronte alle *“esigenze di assicurare effettività alla disciplina sostanziale, di una prevedibilità dei tempi e dei risultati dell'intervento del giudice, di disporre di un giudice professionalmente attrezzato e di strumenti processuali coerenti con le esigenze di certezza e celerità”*¹⁷².

¹⁷⁰COSTANTINO G., *Giusto processo di fallimento*, cit., 384; SHAPIRO D., *Federal Rule 16: A look at the Theory and Practice of Rulemaking*, in 137 U. Pa. L. Rev., 1989, 1974.

¹⁷¹«Commissione di studio per la revisione sistematica del diritto commerciale e in particolare per una revisione del diritto concernente le attività di impresa secondo le linee ispiratrici del diritto comunitario e in armonia con le esigenze evolutive del sistema economico e sociale», istituita con d.m. 13 aprile 1999.

¹⁷² Cfr. Commissione Rovelli - per la revisione sistematica diritto commerciale (13 aprile 1999) - Relazione e articolato in materia di giustizia per le imprese (Allegato 3 alla Relazione generale) in www.giustizia.it.

Nella relazione sui lavori della Commissione ¹⁷³, con specifico riferimento ai procedimenti in camera di consiglio, è stato chiarito il concetto generale secondo il quale il problema dell'efficienza della giustizia si pone, più che con riferimento alla disciplina del rito, relativamente alla concreta prassi applicativa dello stesso.

Pertanto, dato che la prassi applicativa finora seguita è stata quella di lasciare al giudice la facoltà di integrare discrezionalmente il procedimento camerale, ne deriva che la soluzione non possa rinvenirsi proprio in quella stessa prassi che si vuole combattere. Al riguardo, è stato messo in luce come costituisca *“un dato di comune esperienza che il processo civile funziona in modo diverso in ciascun ufficio giudiziario e, talvolta, anche dinanzi a diversi giudici dello stesso ufficio, cosicché il dibattito sulla norma generale ed astratta rischia di rimanere meramente teorico, con scarse possibilità di effettiva incidenza applicativa”*¹⁷⁴.

A tal fine, non è apparsa sufficiente la concentrazione dei più rilevanti conflitti economici a livello distrettuale innanzi a giudici professionalmente attrezzati a comprendere sia i presupposti di fatto, sia le conseguenze dell'intervento richiesto ¹⁷⁵; né, tantomeno, la Commissione ha ritenuto opportuno lasciare la definizione dei procedimenti all'estro dei componenti della sezione, alla luce del nuovo quadro costituzionale di riferimento apportato dalla novella dell'art. 111 Cost., a tenore del quale non può essere più considerato *“giusto”* un

¹⁷³ Commissione Rovelli - per la revisione sistematica diritto commerciale (13 aprile 1999) - Relazione e articolato in materia di giustizia per le imprese (Allegato 3 alla Relazione generale) in www.giustizia.it.

¹⁷⁴ COSTANTINO G., *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 111.

¹⁷⁵ COSTANTINO G., *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in *Società*, 2000, II, 161 e ss.

processo il cui *modus procedendi* non sia *regolato dalla legge*, ma venga di volta in volta definito dall'arbitrio del giudice.

Nella relazione alla bozza di disegno di legge, il parametro costituzionale della regolamentazione legislativa del *giusto processo* viene ribadito affinché il legislatore delegato disponga dei criteri direttivi necessari per riempire di contenuti la scarna disciplina prevista dagli articoli 737 e seguenti del c.p.c.¹⁷⁶, nelle numerose ipotesi di applicazione del procedimento camerale alle materie affrontate dai lavori della Commissione.

In attesa dell'attuazione di tali criteri direttivi da parte del Governo, un espediente di grande rilevanza viene individuato nella proposta, già contenuta nello Schema "Mirone", relativa alle "*forme di comunicazione periodica dei tempi medi di durata dei diversi tipi di procedimento*".

Con specifico riferimento ai procedimenti cameral-sommari, il rischio è che si faccia rientrare dalla porta quello che si era fatto uscire dalla finestra.

Infatti, per quanto l'intento del progetto di legge delega sia quello di elaborare i criteri e principi direttivi che dovranno guidare il legislatore delegato nell'integrazione della procedura camerale, lo sviluppo parallelo, accanto a tali criteri, di prassi virtuose nei vari circondari di tribunale, avrebbe l'effetto di generare un sistema applicativo "a geometria variabile", costituito da disposizioni processuali ad alto contenuto tecnico, inevitabilmente destinate a funzionare in modo diverso a seconda del contesto nel quale vengono applicate.

Nell'ambito dei procedimenti cameral-sommari, nei quali il giudice gode di ampi poteri discrezionali nella direzione del procedimento, l'effetto

¹⁷⁶Secondo forme di tutela differenziata e semplificata rispetto al rito ordinario di cognizione, la cui convenienza e legittimità sono da rinvenirsi nella natura "diseguale" del diritto processuale, così COSTANTINO G., in *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, cit.

negativo sarebbe quello di subordinare l'esercizio di diritti fondamentali alle prassi locali.

Pertanto, *de iure condendo*, l'orientamento dei lavori della Commissione, nei confronti dell'elaborazione dei criteri direttivi per l'integrazione del rito camerale contenzioso, è quello di affidare al legislatore delegato il compito, da una parte, di adeguarne la disciplina ai parametri costituzionali del *giusto processo*, definendo l'ambito di applicazione di questi ultimi; dall'altra, mediante le menzionate "*forme di comunicazione periodica*", di riservarsi l'adattamento della disciplina alle concrete esigenze operative.

3.3 Segue. Il problema dell'imparzialità del giudice delegato al fallimento

Il comma 2° dell'art. 111 Cost. stabilisce che il "*giusto processo*" debba svolgersi davanti ad un giudice "*terzo ed imparziale*". Tale regola ha imposto che il giudice chiamato a decidere della controversia non soltanto sia, ma appaia anche, imparziale¹⁷⁷.

Fino alla riforma del 2006¹⁷⁸, i casi in cui il processo fallimentare non rispettava tali criteri erano numerosi.

Nei giudizi di opposizione allo stato passivo (artt. 98-99 l.fall.), di impugnazione dei crediti ammessi al fallimento (art. 100 l.fall., oggi abrogato), di insinuazione tardiva delle domande (art. 101 l.fall.), il giudice istruttore era obbligatoriamente il giudice delegato al fallimento, vale a dire quello stesso soggetto che aveva provveduto all'accertamento della sussistenza del credito nella prima fase del procedimento, in sede

¹⁷⁷Si veda, *ex multis*, Corte cost. 14 luglio 2000, n. 283, in *Dir. giust.* 2000, 25, 28.

¹⁷⁸Decreto legislativo 9 gennaio 2006, n.5, a decorrere dal 16 luglio 2006.

cioè di formazione dello stato passivo esecutivo, di verifica dei crediti ed in sede di pronuncia sull'ammissibilità del credito¹⁷⁹.

Prima della novella dell'art. 111 Cost., il riferimento normativo in base al quale veniva misurata l'indipendenza e l'imparzialità del giudice era l'art. 51 c.p.c., il quale disciplina, ancora oggi, i casi di astensione e riconsuazione del giudice civile nelle ipotesi di incompatibilità a giudicare. Tale articolo veniva interpretato in combinato disposto con gli artt. 25 e 101 e ss. della Cost., dai quali si evinceva la garanzia costituzionale di un giudice autonomo ed indipendente, preconstituito per legge e alla legge esclusivamente soggetto.

È stato giustamente osservato¹⁸⁰ che l'innovazione della novella dell'art. 111 Cost., rispetto al precedente quadro costituzionale, è stata quella di prevedere testualmente che il giudice innanzi al quale deve svolgersi il giusto processo debba essere “terzo” ed “imparziale”.

Tuttavia, dello stesso avviso non è stata la Corte costituzionale, la quale, nell'ordinanza 28 maggio 2001, n. 167, ha ribadito l'irrilevanza nel processo civile e, in particolare, nelle procedure concorsuali, della novella sul “giusto processo”, escludendo che “il parametro rappresentato dal novellato art. 111 Cost.” introducesse “*profili nuovi o diversi di illegittimità costituzionale, essendo la terzietà ed imparzialità del giudice pienamente tutelate nella carta costituzionale, anche anteriormente alla citata novella*”.

¹⁷⁹PANZANI L., *Fallimento e giusto processo*, in *Fall.*, III, 2002, 237.

¹⁸⁰COSTANTINO G., *Il giusto processo di fallimento*, cit., 367; SCARSELLI G., *Articolo 111 della Costituzione e incompatibilità del giudice nel processo civile, fallimentare e minorile*, in “*Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*”, a cura di CIVININI M.G., VERARDI C.M., 87.

Lo stesso orientamento era stato espresso dalla Cassazione, in una sentenza¹⁸¹ di poco precedente l'ordinanza n. 167 della Consulta, nella quale la Suprema Corte aveva affermato che *“l'imparzialità e l'indipendenza del giudice sono dati acquisiti nel vigente ordinamento italiano tra i principî costituzionali attraverso gli art. 25 e 101, cpv., Cost., prima ancora che in quelli del sistema processuale (art. 51 ss. c.p.c.), sicché, in riferimento ad esse, la normativa invocata per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (ndr. sulla base della quale è stata introdotta la novella dell'art. 111 Cost.), costituisce l'affermazione di valori per nulla estranei all'ordinamento interno”*.

In un primo momento, il fatto che la giurisprudenza del giudice delle leggi, avallata da quella della Corte di Cassazione, fosse contraria a riconoscere portata innovativa ai parametri costituzionali introdotti dal *“giusto processo”*, comportò che il criterio specifico dell'imparzialità e terzietà del giudice continuasse ad essere interpretato alla luce della giurisprudenza formatasi sull'art. 51 c.p.c.

Tra le varie cause di astensione, l'art. 51, comma 1°, n. 4, prevede il caso in cui il giudice chiamato a giudicare su una causa ne abbia conosciuto come magistrato *“in altro grado del processo”*.

Inizialmente, il concetto di grado di giudizio era interpretato in senso assai restrittivo, se si pensa che non si consideravano gradi diversi di giudizio quello di revocazione *ex art. 395 c.p.c.*¹⁸², quello di opposizione di terzo *ex art. 404 c.p.c.*¹⁸³, nonché l'opposizione agli atti esecutivi e

¹⁸¹ Cass. 19 settembre 2000, n. 12410, in *Foro it.* 2001, I, 113 e ss., con nota di SCARSELLI G., *Brevi note sul giusto processo fallimentare*.

¹⁸² V. Cass. 3 marzo 1987, n. 2222, in *Foro it.*, Rep., 1987, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 39.

¹⁸³ V. Cass. 19 novembre 1992, n. 12373, *Foro it.*, Rep., 1992, voce cit., n. 10.

alla sentenza dichiarativa di fallimento¹⁸⁴. Sostanzialmente, l'incompatibilità a giudicare era prevista solo nei gradi canonici di giudizio, dati dal primo grado, dall'appello e dall'eventuale ricorso per Cassazione; al di fuori delle suddette ipotesi, il giudice poteva tranquillamente essere chiamato a pronunciarsi su questioni già passate al suo vaglio critico¹⁸⁵.

Un primo spiraglio di cambiamento si intravide con la legge 26 novembre 1990, n. 353 sul procedimento cautelare uniforme, ed in particolare con l'art. 669 *terdecies* c.p.c..

Tramite quest'articolo, venne introdotta un'ipotesi particolare di incompatibilità a giudicare nel giudizio di reclamo avverso i provvedimenti cautelari emanati dal giudice singolo del tribunale, in base alla quale il suddetto giudice non può far parte del collegio che decide sul reclamo. In questo modo, il legislatore provvide ad estendere il concetto di "grado di giudizio", prevedendo un'ipotesi di incompatibilità che non si sarebbe potuta ricavare dalla rigida interpretazione che ne veniva fatta dalla Corte di Cassazione.

In quest'ambito, intervenne la sentenza della Corte costituzionale del 15 ottobre 1999, n. 387, la quale, ponendosi in contrasto con l'orientamento espresso in numerose pronunce precedenti¹⁸⁶, sanciva il principio secondo il quale *"la espressione "altro grado" non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari, come previsto dall'ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere - con una interpretazione conforme a Costituzione -*

¹⁸⁴Cass. 20 febbraio 1978, n. 801, *Foro it.*, Rep. 1978, voce cit., n. 12; Cass. 30 marzo 1977, n. 1221, *Giust. Civ.*, 1977, I, 905.

¹⁸⁵SCARSELLI G., *Articolo 111 della Costituzione e incompatibilità del giudice nel processo civile, fallimentare e minorile*, cit., 93.

¹⁸⁶Tra le quali si ricordano Corte cost. 28 novembre 1997, n. 363, in *Foro it.*, 1998, I, 348; 21 novembre 1997, n. 351, in *Foro it.*, 349.

anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata (...) da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario”.

Alla luce del nuovo quadro costituzionale e del mutamento di giurisprudenza della Consulta, si era dubitato della terzietà e dell'imparzialità dei giudici che si erano occupati della vicenda ad altro titolo, come avveniva nei rapporti tra giudice delegato e giudice delle azioni di massa o delle opposizioni allo stato passivo.

A suo tempo, venne osservato¹⁸⁷ che un criterio interpretativo potesse essere rinvenuto nella motivazione della decisione appena richiamata, a tenore della quale, per dubitare della terzietà e dell'imparzialità del giudice, occorreva che il giudizio nel quale il giudice era stato chiamato a pronunciarsi attenesse *“al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase”*.

Interpretare le suddette potenziali situazioni di incompatibilità alla luce di questo criterio avrebbe consentito di difendere la scelta di attribuire al giudice delegato la cognizione di giudizi, come quello di opposizione allo stato passivo, dei quali lo stesso giudice aveva avuto modo di conoscere nella prima fase a cognizione sommaria, in quanto quest'ultima non si sarebbe potuta ritenere attinente *“al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie”*¹⁸⁸.

In assenza di disposizioni di legge in tal senso, tale dottrina risultava avallata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione¹⁸⁹, la quale

¹⁸⁷COSTANTINO G., *Giusto processo di fallimento*, cit., 387.

¹⁸⁸COSTANTINO G., cit., 388; v. *contra* FERRI C., *L'articolo 111 della Costituzione e le procedure concorsuali*, cit., 1438.

¹⁸⁹Cass. 15 marzo 2001, n. 3753, <http://www.ipsoa.it/falonline/Archivio/giur/cass/cst0103753.asp>.

giustificava la partecipazione del giudice delegato, in qualità di relatore, al collegio del tribunale fallimentare decidente sulle opposizioni allo stato passivo, sulla base del principio, proprio delle procedure concorsuali, di concentrazione processuale e di continuità di conoscenza di fatti. Su questi stessi principi era basato l'art. 26 l.fall., il quale prevedeva che il giudice delegato potesse prendere parte, come relatore, al collegio chiamato a giudicare sui reclami concessi avverso i provvedimenti da lui stesso adottati.

La Corte costituzionale aveva respinto le questioni di legittimità sollevate in tal senso¹⁹⁰, non essendo possibile per la Corte andare ad incidere tanto profondamente nella struttura del processo fallimentare, da scardinarlo; tuttavia, aveva auspicato un intervento del legislatore che mirasse ad un equilibrato bilanciamento dei diversi valori costituzionali in gioco.

Fu così che il legislatore intervenne con il Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, modificandole ipotesi nelle quali erano stati manifestati i principali dubbi circa l'incompatibilità del giudice delegato a partecipare al collegio in qualità di relatore, per aver conosciuto della stessa causa ad altro titolo: nell'ambito dei reclami endofallimentari, introducendo il comma 2° all'art. 25 l.fall., a tenore del quale *“il giudice delegato non può trattare i giudizi che abbia autorizzato, né può far parte del collegio investito del reclamo proposto avverso i suoi atti”*; nel giudizio di opposizione allo stato passivo, aggiungendo un comma 10° all'art. 99 l.fall., il quale prevede espressamente che *“il giudice delegato al fallimento non può far parte del collegio”*.

¹⁹⁰Corte cost. 6 novembre 1998, n. 363; la già citata Corte cost. 28 maggio 2001, n. 167; ordinanza 19 marzo 2002, n. 75; ordinanza 18 luglio 1998, n. 304.

3.4 Segue. Il processo di fallimento come processo di “parti”

La novella dell’art. 111 Cost. ha previsto anche che il “*giusto processo*” si svolga in “*contraddittorio*” tra parti in “*condizioni di parità*”.

Sotto questo profilo, la parte della dottrina¹⁹¹ contraria a riconoscere profili innovativi al nuovo art. 111 Cost. ha messo in evidenza come queste problematiche erano state da tempo affrontate dalle pronunce della Corte costituzionale, le quali erano giunte ad emendare numerosi aspetti della disciplina fallimentare che si trovavano in contrasto con le garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa. Basti pensare alla fondamentale sentenza¹⁹² che, negli anni Settanta, trasformò da facoltativa in obbligatoria l’audizione del debitore nel procedimento camerale volto alla dichiarazione di fallimento, nonché a quelle che hanno previsto che il termine per l’impugnazione di una serie di provvedimenti debba decorrere dalla loro comunicazione o notificazione alle parti interessate, anziché dall’emanazione del provvedimento o dalla affissione all’albo.

Tuttavia, anche in questo caso, la migliore dottrina¹⁹³ non ha mancato di precisare che la portata precettiva del nuovo parametro costituzionale consiste nella “*uguale possibilità di incidere sul convincimento del giudice, non anche nella necessità che i poteri e le facoltà di ciascuna parte debbano essere esercitati nello stesso modo e nelle stesse forme*”.

Al tempo dell’entrata in vigore della novella dell’art. 111 Cost., il R.D. 16 marzo 1942, n. 267 presentava ancora alcune norme che risultavano

¹⁹¹CHIARLONI S., *Giusto processo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, II, 494.

¹⁹²Corte cost. 16 luglio 1970, n. 141, in *Dir. fall. e soc. comm.*, II, 601.

¹⁹³COSTANTINO G., *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in *Società*, 2000, II, 161 e ss.; *id.*, *Il giusto processo di fallimento*, in “*Riflessioni sulla giustizia (in)civile*”, Giappichelli 2010, 380.

contrastanti con il concetto che il processo civile e, conseguentemente, quello fallimentare, deve essere un “processo di parti”.

Tali norme erano previste agli artt. 6 e 146 l.fall., nel testo anteriore alla riforma introdotta dal Decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5. Nel suo testo originale, l’art. 6 l.fall. prevedeva la dichiarabilità d’ufficio del fallimento, mentre l’art. 146 l.fall. autorizzava il giudice delegato, nel fallimento delle società, ad esercitare l’azione di responsabilità avverso amministratori, sindaci e direttori generali.

Al riguardo, la dottrina¹⁹⁴ aveva manifestato dubbi circa la compatibilità di queste previsioni rispetto al tradizionale principio della domanda (*ne procedat iudex ex officio*), seguito dal principio di imparzialità, il quale veniva messo in pericolo dalla scelta di procedere senza impulso di parte.

A risolvere tali problematiche intervenne il legislatore della riforma del 2006, il quale attribuì l’iniziativa per la dichiarazione di fallimento all’istanza delle parti interessate, ovvero: il debitore¹⁹⁵, uno o più creditori, nonché, nelle specifiche ipotesi indicate all’art. 7 l.fall., il Pubblico Ministero. Per quanto attiene all’art. 146 l.fall., l’esercizio dell’azione di responsabilità è oggi esercitato dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato.

Dalle modifiche apportate dalla riforma e da quelle ad essa successive, emerge il disegno legislativo di “privatizzare” la procedura fallimentare attribuendo maggiori poteri alle parti e, come vedremo, di incentivare le soluzioni concordate della crisi d’impresa, allontanandola dalla

¹⁹⁴FERRI C., *L’articolo 111 Cost. e le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, I, 2002, 1434; SILVESTRINI A., *Rito camerale e tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nel fallimento*, in *Dir. fall.*, II, 2002, 660; COSTANTINO G., *Giusto processo di fallimento*, cit., 390.

¹⁹⁵ Oggi ancor più incentivato a richiedere il proprio fallimento per usufruire del beneficio dell’esdebitazione.

impostazione dirigistica e pubblicistica che tradizionalmente la caratterizzava.

CAPITOLO III
PROBLEMATICHE APPLICATIVE DEI PROCEDIMENTI
CAMERALI NELL'AMBITO DELLE PROCEDURE
CONCORSUALI

1. CENNI SULLE RIFORME ALLA LEGGE FALLIMENTARE

1.1 Il quadro normativo di riferimento

La versione originale del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, comunemente noto come “legge fallimentare”, è rimasta sostanzialmente “cristallizzata” fino al 2005, anno a partire dal quale essa ha cominciato a divenire oggetto di continui interventi legislativi e rimaneggiamenti, più o meno incisivi, che hanno portato al testo normativo attualmente in vigore.

La “stagione” delle modifiche alla legge fallimentare è stata inaugurata dalla cd. “riforma organica delle procedure concorsuali” a norma dell’articolo 1°, comma 5° della legge 14 maggio 2005, n. 80, producendo i suoi maggiori frutti nell’arco temporale 2006-2007: la riforma più radicale, infatti, venne apportata dal Decreto Legislativo 16 luglio 2006, n. 5, immediatamente seguito dall’intervento “correttivo” del Decreto Legislativo 12 settembre 2007, n. 169.

L’intervento “correttivo” dell’immediato post-riforma fu dovuto al fatto che i criteri direttivi fissati dal Parlamento nella delega al Governo per la riforma del 2006 non avevano stabilito con chiarezza, soprattutto sul piano processuale, i principi che avrebbero dovuto guidare il legislatore delegato nell’attuazione della delega, disponendo un generico ordine di

“accelerazione delle procedure applicabili alle controversie in materia”¹⁹⁶.

Questo comportò che, alle suddette modifiche, si susseguirono una serie di mini-riforme: la prima, in ordine di tempo, nel 2009, in occasione della legge di riforma del processo civile (l. 18 giugno 2009, n. 69); le successive, introdotte dal Governo con Decreto legge, si sono susseguite, a più riprese, nel 2010, con il D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, e nel 2012, con la legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del Decreto Legge, 18 ottobre 2012, n. 179 (cd. “Decreto sviluppo”); un ulteriore intervento risale alla “legge di stabilità 2013”¹⁹⁷, approvata il 24 dicembre 2012; mentre le ultimissime modifiche sono state introdotte, ancora una volta con lo strumento della decretazione d’urgenza, dal cd. “Decreto del Fare”, Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69 convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, le quali, tuttavia, hanno interessato esclusivamente l’istituto del concordato preventivo.

1.2 La svolta “privatistica” ed il *favor* per il debitore

La consecutività degli interventi normativi poc’anzi esposti è il risultato dell’insoddisfazione di fondo manifestata, negli ultimi anni, dal mondo degli operatori del diritto per la disciplina fallimentare, la quale si è tradotta, a seguito dei maldestri rimaneggiamenti del legislatore, in un incessante *labor limae* di riforme probabilmente sbagliate *in nuce*¹⁹⁸.

¹⁹⁶Così l’art. 1, comma 6°, lett. a), n. 1., del d.l. n. 35 del 2005, convertito dalla l. n. 80 del 2005; CARRATTA A., *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, I, 2, 2007; COSTANTINO G., *Profili processuali dello schema di decreto delegato per la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2005, 992.

¹⁹⁷ Legge 24 dicembre 2012, n. 228.

¹⁹⁸ LANFRANCHI L., *Costituzione e procedure concorsuali*, Giappichelli 2010, 1 e ss.; FREDANI F., *Nuove modifiche per le procedure concorsuali*, in www.treccani.it.

Il primo passo, come abbiamo detto, venne compiuto con la riforma del 2006, la quale determinò un cambiamento decisivo nell'impostazione tradizionale della legge fallimentare.

Quest'ultima era basata, prevalentemente, se non esclusivamente, su di un impianto pubblicistico che attribuiva agli organi giudiziari della procedura fallimentare (tribunale fallimentare e giudice delegato) un ruolo predominante nella gestione del procedimento, a cominciare dalla possibilità per il tribunale di dichiarare il fallimento d'ufficio (precedente art. 6 l.fall.).

Nel 1942, tale impostazione pubblicistica era giustificata dagli aspetti sanzionatori, sovente di carattere penale, connessi con il fallimento delle imprese i quali avevano lo scopo di infliggere una "punizione" al fallito che, essendosi reso insolvente, aveva rotto quel rapporto fiduciario che lo legava ai creditori.

Sul piano del diritto sostanziale, infatti, la funzione tradizionale del fallimento è quella di assicurare la *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.), e cioè un eguale regolamento di tutti i rapporti che fanno capo all'imprenditore, fatte salve le cause legittime di prelazione¹⁹⁹. Quest'assunto affonda le sue radici nel principio della responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 c.c., a tenore del quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i beni, presenti e futuri, del proprio patrimonio.

Dal punto di vista processuale, tale principio si trova alla base delle esecuzioni forzate individuali in quanto, essendo il diritto processuale strumentale al diritto sostanziale, il singolo creditore dovrebbe poter

¹⁹⁹FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di ANGELICI C. e FERRI G., UTET 2010, 636; "Secondo un'affermazione ormai tralatizia, il fallimento e le altre procedure concorsuali sono dirette ad assicurare il soddisfacimento dei creditori e per soddisfacimento si intende tradizionalmente un pagamento almeno parziale", così GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Giappichelli 2012, 18.

conseguire in sede processuale “*tutto quello e proprio quello*”²⁰⁰ che egli avrebbe diritto di conseguire alla stregua del proprio diritto di credito.

Questa premessa è necessaria per comprendere meglio il meccanismo processuale affidato alle procedure concorsuali: queste ultime non sono altro che procedure liquidatorie collettive a carattere “concorsuale”, le quali, per il gran numero di creditori coinvolti, implicano una gestione pubblica dell’insolvenza.

Se l’impostazione tradizionale della legge fallimentare era prettamente basata sull’attività *liquidatoria* dei cespiti patrimoniali attivi dell’imprenditore (costituiti da beni immobili, beni mobili e crediti), la riforma fallimentare del 2006 ha invece voluto privilegiare la *conservazione* dell’impresa, ove possibile, in un’ottica di salvaguardia dell’assetto economico e di mantenimento dei livelli occupazionali²⁰¹.

In linea con questa visione, il fallimento ha cominciato a non essere più concepito come una conseguenza inevitabile dell’incapacità dell’imprenditore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, bensì come un’*extrema ratio*, alla quale fare ricorso solo in situazioni di crisi irreversibile.

Sotto questo profilo, le modifiche apportate alla legge fallimentare dalle riforme successive al 2006 hanno favorito il più possibile soluzioni alternative della crisi dell’impresa, per lo più mediante accordi negoziali tra il debitore e i creditori, come i piani di risanamento attestati (art. 67, comma 3°, lettera d) l.fall.), il concordato preventivo (artt. 160 e ss. l.fall.) e gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l.fall.²⁰²).

²⁰⁰Così CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist. Napoli 1960, 40.

²⁰¹Questa esigenza cominciò a manifestarsi con la prima legge sull’amministrazione straordinaria (“Legge Prodi”, l. 3 aprile 1979, n. 95, successivamente modificata dal D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, cd. “Legge Prodi *bis*”).

²⁰²Quest’ultimo è stato introdotto nella legge fallimentare dall’art. 182*bis*, con il D.L. n. 35/2005 poi convertito nella legge n. 80/2005.

Di conseguenza, le suddette riforme sono state improntate ad una generale *privatizzazione e degiurisdizionalizzazione* delle procedure concorsuali, le quali si sono tradotte in un graduale arretramento dell'intervento giurisdizionale del tribunale fallimentare e del giudice delegato al fallimento, a favore di un potenziamento del ruolo del comitato dei creditori (prima pressoché ininfluyente) e, soprattutto, di quello del curatore, al quale sono state attribuite molte funzioni in precedenza spettanti al giudice delegato.

Le ragioni della svolta “privatistica” in materia concorsuale sono da individuarsi nel mutato contesto economico in cui le imprese italiane sono oggi chiamate ad operare rispetto al contesto esistente nel 1942: la globalizzazione dell'economia e, di conseguenza, la concorrenza dei mercati esteri, impongono una gestione della crisi che privilegi l'opinione dei creditori circa il modo migliore di affrontarla, onde evitare la liquidazione di imprese potenzialmente riabilitabili²⁰³.

Tuttavia, a dispetto delle intenzioni, l'impostazione “privatistica” adottata dal legislatore ha finito per tradursi in un generale *favor* per il debitore a discapito del tradizionale dogma delle procedure concorsuali, icasticamente riassunto da Salvatore Satta nel principio della “*sacrosanta soddisfazione dei creditori in uguale misura, e nella maggiore misura possibile*”²⁰⁴.

Infatti, come avremo modo di vedere, le ultime riforme hanno completato il disegno di privatizzazione delle procedure concorsuali nel senso di un prevalente confronto negoziale tra debitore e creditori dove però, paradossalmente, è il primo ad avere, almeno nella fase iniziale, un

²⁰³TARZIA G., *La tutela dei creditori concorsuali dopo la riforma: ridotta o diversa?*, in *Fall.* 2007, IV, 369; FABIANI M., *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Fall.*, 2008, 1098.

²⁰⁴LANFRANCHI L., *Costituzione e procedure concorsuali*, cit., 8; FREDANI F., *Nuove modifiche per le procedure concorsuali*, cit., 9; FABIANI M., *Autonomia ed eteronomia*, cit., 1099.

ruolo predominante²⁰⁵. In questo contesto, a farne le spese sono i creditori o, più specificamente, la tutela del credito, traducendosi, sul piano processuale, in una potenziale violazione di diritti costituzionalmente garantiti.

²⁰⁵FREDANI F., *Nuove modifiche per le procedure concorsuali*, cit., 10.

2. LA CONVOCAZIONE DEL DEBITORE NEL PROCEDIMENTO PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

2.1 L'art. 15 della legge fallimentare e il diritto del debitore al contraddittorio

Il procedimento per la dichiarazione di fallimento, disciplinato all'art. 15 l.fall., è stato uno dei procedimenti maggiormente interessati dalle modifiche apportate alla legge fallimentare²⁰⁶.

Non trattandosi di un procedimento endofallimentare, bensì, al contrario, del procedimento *“volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento”*, l'attenzione del legislatore è stata per lo più rivolta al contemperamento degli interessi che alla dichiarazione di fallimento fanno capo e cioè *“assicurare, da una parte, un'adeguata garanzia del diritto di difesa del debitore e, dall'altra, un celere accertamento dei presupposti per la sua soggezione al fallimento”*²⁰⁷.

Dal punto di vista processuale, infatti, l'esigenza di un bilanciamento tra i suddetti interessi è dovuta all'applicazione del rito camerale ad una materia indiscutibilmente contenziosa qual è la dichiarazione dello *status* di fallito, con tutte le conseguenze che da questa derivano sul piano personale, patrimoniale e penale²⁰⁸.

Nel 1942, il testo originario dell'art. 15 l.fall. prevedeva che il procedimento per la dichiarazione di fallimento dovesse svolgersi, come è previsto ancora oggi, secondo le modalità del procedimento in camera

²⁰⁶ Infatti, il testo originario dell'art. 15 l.fall. era stato dapprima sostituito dall'art. 13 del D.lgs. 9 gennaio 2006, n.5, poi, nuovamente, dall'art. 2, comma 4°, del D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, a decorrere dal 1° gennaio 2008. Infine, l'attuale comma 3° dello stesso art. 15 è stato di recente modificato dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, a decorrere dal 19 dicembre 2012.

²⁰⁷ FERRO M., DI CARLO A., *L'istruttoria prefallimentare*, UTET 2010, 4.

²⁰⁸ Basti pensare allo “spossessamento” dei beni patrimonio del fallito, con conseguente blocco delle azioni di disposizione dello stesso, o la perdita di legittimazione processuale per controversie di natura economica.

di consiglio, nell'ambito del quale il tribunale era dotato di numerosi poteri inquisitori, tra i quali, il più significativo era la facoltà di decidere se disporre o meno la convocazione del debitore in camera di consiglio. Con l'entrata in vigore della Costituzione, nel 1948, il fatto che la convocazione del debitore nel procedimento per la dichiarazione di fallimento fosse ancora rimessa alla mera facoltà del tribunale, aveva suscitato forti dubbi di legittimità costituzionale²⁰⁹ in relazione all'inviolabilità del diritto di difesa, in ogni stato e grado del processo, sancita dall'art. 24 Cost. In particolare, in questo modo, al debitore poteva non essere assicurata la possibilità di comparire in giudizio presentando allegazioni e memorie difensive volte ad indirizzare il convincimento del giudice verso una pronuncia di rigetto; se poi si considera che, al tempo, era prevista la possibilità per il tribunale di dichiarare il fallimento d'ufficio, allora risulta palese la potenziale violazione del diritto del debitore di essere messo in condizioni di difendersi.

La situazione mutò radicalmente a seguito della pronuncia della Corte costituzionale del 16 luglio 1970, n. 141.

Con sentenza additiva, infatti, il giudice delle leggi dispose l'illegittimità costituzionale dell'art. 15 l.fall. nella parte in cui *“non [prevedeva] l'obbligo del tribunale di disporre, prima di dichiarare il fallimento, la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio per l'esercizio del diritto di difesa, nei limiti compatibili con la natura del procedimento fallimentare”*²¹⁰.

²⁰⁹PERROTTI N., *L'inviolabilità del diritto alla difesa e l'art. 15 della legge fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1957, I, 532 e ss.

²¹⁰Corte cost., 16 luglio 1970, n. 141, in *Dir. fall.*, II, 601.

Nonostante sia stato detto²¹¹ che l'intervento della Consulta non abbia fatto altro che legittimare una prassi correttiva della giurisprudenza di merito basata su un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 15 l.fall., bisogna riconoscere che la sentenza in questione ebbe non solo l'esito di sancire l'obbligo di rispettare il diritto di difesa nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, ma anche di precludere ad ulteriori passi in avanti in tal senso, con riferimento, in particolar modo, al procedimento di notifica del ricorso e del decreto relativi.

Nell'assoggettare l'esercizio del diritto di difesa del debitore ai "*limiti compatibili con la natura del procedimento fallimentare*", tuttavia, la Consulta aveva lasciato uno spiraglio aperto alla compressione del contraddittorio in tutti i casi in cui la convocazione del debitore fosse risultata troppo dilatoria rispetto alle esigenze di celerità della procedura. Pertanto, se gli interventi garantistici degli anni Settanta avevano lasciato degli spazi di "compatibilità" volti a permettere il sacrificio del contraddittorio rispetto ad un prevalente interesse per l'intervento giudiziale di apertura del processo, tale possibilità di deroga non apparve più ammissibile a seguito dell'entrata in vigore della novella dell'art. 111 della Costituzione, il cui dettato stabilisce al comma 2°, il principio secondo cui "*ogni processo si svolge in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità*"²¹².

Di conseguenza, perché fosse consentito un procedimento per la dichiarazione di fallimento in cui venisse rispettato il contraddittorio a norma di Costituzione, furono necessari gli interventi legislativi di

²¹¹NOCERA L., *La convocazione del debitore ex art. 15 l.fall. tra tutela del contraddittorio e specificità del processo fallimentare*, in *Fall.* 2008, 7, 778.

²¹²FERRO M., DI CARLO A., *L'istruttoria prefallimentare*, cit., 96; NOCERA L., *La convocazione del debitore ex art. 15 l.fall.*, cit., 779.

riforma che abbiamo detto aver interessato l'art. 15 l.fall., fino a giungere alla versione attualmente in vigore.

In particolare, fatto salvo l'obbligo per il tribunale di convocare il debitore in camera di consiglio, dapprima la riforma del 2006, poi, immediatamente dopo, il "decreto correttivo" del 2007, hanno stabilito che tra la data della notificazione, a cura di parte, del decreto di convocazione e del ricorso e quella dell'udienza, deve intercorrere un termine libero a difesa non inferiore a 15 giorni (attuale comma 3°, art. 15 l.fall.) mentre, per consentire alle parti la presentazione di memorie, il deposito di documenti e di relazioni tecniche, è stato concesso un termine non inferiore a 7 giorni prima dell'udienza di comparizione (comma 4°, art. 15 l.fall.).

Per quanto attiene al procedimento di notifica, invece, è importante ricostruire il percorso giurisprudenziale che ha portato il legislatore ad intervenire, di recente²¹³, modificando il testo del comma 3° dell'art. 15 l.fall.

Com'è noto, di regola, i procedimenti che si instaurano con ricorso richiedono che quest'ultimo sia prima depositato presso la cancelleria del tribunale competente e poi notificato, su istanza del ricorrente, all'altra parte. È evidente come il buon esito della notificazione al debitore risulti essenziale per l'instaurazione del contraddittorio e, quindi, per l'esercizio del diritto di difesa dell'imprenditore nell'ambito dell'istruttoria prefallimentare.

Prima della riforma del 2006, come abbiamo visto, l'unico intervento a tutela del contraddittorio del debitore era stato quello della Consulta, la quale ne aveva imposto il relativo obbligo di instaurazione; tuttavia, dato

²¹³Comma modificato dal D.L. 18 ottobre 2012, n.179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, a decorrere dal 19 dicembre 2012.

che la legge non specificava le forme e i termini in base ai quali dovesse essere attuata concretamente tale convocazione, la Corte costituzionale li aveva rimessi “*al prudente apprezzamento degli organi giudiziari competenti*”²¹⁴. Questo faceva sì che, in nome degli interessi della massa dei creditori alla sollecita apertura della procedura, fosse rimessa alla libera determinazione dell’organo della giurisdizione la valutazione se, in concreto, il diritto di difesa fosse stato o meno assicurato²¹⁵. Valutazione che si è rivelata molto spesso positiva, anche in assenza di convocazione, a causa dell’irreperibilità del debitore²¹⁶ (seppur non certificata dall’espletamento delle formalità previste dall’art. 140 c.p.c.); o per particolari motivi di urgenza o specifiche finalità di giustizia²¹⁷; ovvero perché giudicata inutile *ex post*, a seguito del risultato dell’allora vigente giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, il cui esito negativo veniva considerato dimostrazione che il debitore non disponeva di fondati argomenti a sostegno delle proprie ragioni e, di conseguenza, prova dell’inutilità della sua convocazione ai fini della pronuncia²¹⁸.

Con le riforme del 2006-2007 e l’introduzione del termine libero di 15 giorni e di quello di 7 giorni per presentare memorie difensive e documenti, si era ritenuto²¹⁹ che il processo di costituzionalizzazione dell’art. 15 l.fall. fosse giunto al termine.

In realtà, alcuni aspetti rilevanti per la tutela del contraddittorio del debitore restavano ancora rimessi alla valutazione dell’organo

²¹⁴Così la sentenza richiamata alla nota 206.

²¹⁵PLENTEDA D., *Il diritto di difesa del debitore nel procedimento prefallimentare*, in *Fall.* 2009, 6, 727.

²¹⁶Cass., 23 ottobre 1996, n. 9218, in *Fall.*, 1997, 190; Cass. 9 febbraio 1987, n. 1380, in *Fall.*, 1987, 752; Cass. 4 aprile 1986, n. 2341, in *Fall.*, 1986, 1305.

²¹⁷Cass. 27 marzo 1997, n. 2727, in *Fall.*, 1997, 1106; Cass. 4 ottobre 1977, n. 4234, in *Rep. Giust. civ.*, 1977, voce *Fallimento*, n. 221.

²¹⁸Trib. Bari 15 gennaio 1981, in *Giur. comm.*, 1982, II, 713.

²¹⁹PLENTEDA D., *Il diritto di difesa del debitore nel procedimento prefallimentare*, *cit.*, 728.

giudiziario, quali le modalità per effettuare la notifica del decreto al debitore e la congruità dell'intervallo temporale tra l'avviso di convocazione e l'udienza di comparizione²²⁰.

Come si è detto, a seguito dell'entrata in vigore della novella dell'art. 111 Cost., non è stato più possibile giustificare la mancata convocazione del debitore in giudizio sulla base delle esigenze di celerità della procedura, a meno di non violare il principio del contraddittorio. Pertanto, allo scopo di tutelare le esigenze di salvaguardia dei diritti difensivi della parte destinataria della notificazione, sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione, affrontando il tema della notifica effettuata a norma dell'art. 151 c.p.c.²²¹. A tal fine, la Suprema Corte ha escluso che quest'ultima potesse essere considerata come una "norma in bianco", suscettibile di essere riempita all'occorrenza di qualsivoglia contenuto sia per quanto attiene al procedimento notificatorio, che per quanto riguarda i suoi presupposti di operatività²²², asserendo che "*le forme atipiche di notificazione autorizzate dalla norma in esame, devono comunque rispettare i requisiti minimi, essenziali allo scopo fondamentale della notificazione, fornendo cioè un grado di certezza della conoscenza legale da parte del destinatario, non diverso da quello offerto dai procedimenti ordinari*"²²³.

Sempre in tema delle notificazioni atipiche autorizzate dal giudice a norma dell'art. 151 c.p.c., la stessa Cassazione si era espressa, in una

²²⁰Cass., sez. un., 7 luglio 1978, in *Dir. fall.*, 1978, II, 568; v. COSTANTINO G., *Riforma delle procedure concorsuali. Profili processuali*, in *Fall.*, 2005, 997.

²²¹Infatti, a tenore dell'art. 151 c.p.c. (modificato dal D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), il giudice può prescrivere, anche d'ufficio, con decreto steso in calce all'atto, che la notificazione sia eseguita in modo diverso da quello stabilito dalla legge, e anche a mezzo di telegramma collazionato con avviso di ricevimento quando lo consigliano circostanze particolari o esigenze di maggiore celerità, di riservatezza o tutela della dignità.

²²²DE SANTIS F., *Istruttoria prefallimentare e diritto di difesa*, in *Fall.*, 2008, 329.

²²³Cass., sez. un., 22 giugno 2007, n. 14570, in *Foro it.*, rep. 2007, voce *Notificazione civile*, n. 35.

pronuncia più risalente²²⁴, ribadendo il principio che le forme devono trovare corrispondenza nello scopo dell'atto e che le modalità prescelte debbono garantire i principi fondamentali del diritto di difesa e al contraddittorio.

In altri termini, in assenza di disposizioni legislative *ad hoc*, la giurisprudenza della Cassazione aveva finito per orientarsi nel senso che il giudice dovesse valutare positivamente l'esito della convocazione del debitore usando il parametro della corrispondenza degli atti allo scopo²²⁵.

A tenore del suddetto orientamento, *“in caso di omissione della notifica o mancato rispetto del termine assegnato per il suo compimento, non ne [derivava], in difetto di espressa sanzione, la nullità del ricorso stesso, ma solo la necessità di assicurare l'effettiva instaurazione del contraddittorio, realizzabile mediante l'ordine di rinnovazione della notifica emesso dal giudice, in applicazione dell'art. 162, primo comma c.p.c., o mediante la costituzione spontanea del resistente, ovvero ancora [...] attraverso la notifica eseguita spontaneamente dalla parte”*²²⁶.

A partire dal 19 dicembre 2012²²⁷, le soluzioni giurisprudenziali sopra esposte devono considerarsi superate dall'intervento del legislatore.

Infatti, l'intervento legislativo, seppur tardivamente, ha prestato rimedio alle incertezze applicative di un procedimento notificatorio fino a quel momento rimesso al prudente apprezzamento del giudice, prevedendo una disciplina dettagliata delle modalità di notifica nell'istruttoria prefallimentare, nonché dell'intervallo temporale tra l'avviso di convocazione e l'udienza di comparizione. Con riferimento a

²²⁴Cass., 25 marzo 2003, n. 4319, in *Foro it.*, 2003, I, 2358.

²²⁵LIUZZI G.T., *Procedimento per la dichiarazione di fallimento ed omessa notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza*, in *Fall.* 2010, 5, 559.

²²⁶Cass., 29 ottobre 2009, n. 22926, in *Fall.* 2010, 5, 556.

²²⁷Data di entrata in vigore della legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del D.L. 18 ottobre 2012, n.179, apportante suddetta modifica.

quest'ultimo, infatti, il nuovo comma 3° dell'art. 15 l.fall. prevede che *“l'udienza è fissata non oltre quarantacinque giorni dal deposito del ricorso e tra la data della comunicazione o notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni”*.

Per quanto attiene al procedimento notificatorio, invece, la norma in questione prevede che, in una prima fase, la notifica del ricorso e del decreto non debbano più avvenire su istanza del ricorrente, bensì a cura della cancelleria, all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore, come risultante dal registro delle imprese ovvero dal neoistituito “Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti”²²⁸. Inoltre, è previsto che l'esito della comunicazione sia trasmesso, sempre tramite posta elettronica certificata, all'indirizzo del ricorrente.

Accanto a queste modalità di notificazione onere della cancelleria, è stato previsto un procedimento di notifica alternativo a carico del ricorrente, da attuare nel caso in cui la notificazione effettuata a mezzo di posta elettronica certificata, *“per qualsiasi ragione”*, non risulti possibile o non abbia avuto esito positivo. In questi casi, l'art. 15 l.fall. prevede che la notifica del ricorso e del decreto debba essere eseguita dal ricorrente *“esclusivamente di persona”*²²⁹, presso la sede risultante dal registro delle imprese.

Infine, quale *extrema ratio* notificatoria, alla quale ricorrere nell'eventualità che nessuno dei due procedimenti di cui sopra sia andato a buon fine, è previsto il deposito dell'atto nella casa comunale della

²²⁸ Articolo 6-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n.82 concernente "Codice dell'amministrazione digitale" introdotto dall'articolo 5, comma 3 del decreto legge 18 ottobre 2012 n.179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n.221.

²²⁹ A norma dell'art. 107, comma 1° del decreto del Presidente della Repubblica 15 dicembre 1959, n. 1229.

sede che risulta iscritta nel registro delle imprese, perfezionandosi al momento stesso del deposito.

In materia fallimentare, un simile intervento da parte del legislatore è stato favorito dal fatto che il processo civile, facendo capo all'amministrazione giustizia, rientra nel progetto di razionalizzazione dell'infrastruttura digitale della pubblica amministrazione²³⁰, imposto dalle direttive europee di attuazione degli obiettivi di digitalizzazione previsti nell'Agenda Digitale²³¹.

Nei primi mesi di vigenza della riforma del 2012, il confronto con le precedenti prassi giurisprudenziali è stato icasticamente riassunto dalle parole del Presidente del Tribunale di Roma, sezione fallimentare, nella circolare applicativa contenente le prime indicazioni operative in argomento: *“le nuove modalità procedurali imposte dalla riforma, peraltro senza alcun rinvio specifico a norme regolamentari, impongono non solo ai curatori, ai commissari giudiziali ed ai commissari straordinari, ma anche ai giudici ed alle cancellerie l'adozione di nuovi modelli organizzativi ed un profondo ripensamento dei tradizionali modi di esercizio della professione”*²³².

²³⁰Come previsto ai sensi del comma 4 dell'articolo 33-septies del decreto legge 18 ottobre 2012 n. 17 convertito nella Legge n. 221/2012, come modificato dall'art. 16 del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69 (Decreto del Fare), convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 98.

²³¹Con la comunicazione COM (2010) 245 del 19 maggio 2010, la Commissione europea ha proposto un'agenda digitale il cui obiettivo principale è sviluppare un mercato unico digitale per condurre l'Europa verso una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, fissato per il 2020 in http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/si0016_it.htm

²³²Circolare n. 40/13/P. del 13 febbraio 2013, pubblicata sul sito ufficiale del Tribunale di Roma www.tribunale.roma.it

2.2 Considerazioni sulla natura del procedimento di istruttoria prefallimentare

Nonostante le numerose modifiche apportate all'art. 15 l.fall., il comma 1° è rimasto immutato nella sua versione originale, tanto che “*il procedimento per la dichiarazione di fallimento*” continua a svolgersi, a norma di legge, “*dinanzi al tribunale in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio*”.

Pertanto, dal punto di vista formale, il procedimento per la dichiarazione di fallimento può ancora essere annoverato nell'alveo dei procedimenti in camera di consiglio; tuttavia, limitarsi a questa definizione comporterebbe il rischio di un eccessivo formalismo nominalistico che, oltre ad essere fine a se stesso, risulterebbe controproducente rispetto all'indagine che stiamo svolgendo.

Infatti, come abbiamo avuto modo di chiarire nel paragrafo precedente, la cognizione camerale dell'istruttoria prefallimentare è stata fortemente arricchita, dapprima, per il tramite dell'intervento costituzionalizzatore della Consulta negli anni Settanta e, successivamente, mediante le riforme legislative che abbiamo visto aver interessato l'art. 15 l.fall. In questo senso, le forme del procedimento espressamente richiamate dall'art. 15 l.fall. non devono influenzare il giudizio sulla sostanza del processo e non vanno sicuramente sopravvalutate²³³.

Infatti, se l'obbligo di instaurare il contraddittorio del debitore aveva, già in passato, indotto la dottrina ad interrogarsi sull'effettiva sommarietà del giudizio²³⁴, a maggior ragione, ora, dopo la profonda revisione

²³³FABIANI M., *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. proc.* 2010, II, 767.

²³⁴Nonostante le Sezioni unite della Cassazione, alla fine degli anni Settanta, avessero chiarito che la sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 1970 non aveva affatto eliminato o mutato il carattere sommario e camerale del procedimento per la dichiarazione di fallimento, sottolineando che, al

dell'art. 15 l.fall., risulta arduo pensare che la cognizione del procedimento per la dichiarazione di fallimento sia ancora caratterizzata dalla superficialità o dalla mera verosimiglianza.

Alla luce di queste premesse, l'immutato riferimento al procedimento camerale può allora essere giustificato in base alle esigenze che il procedimento per la dichiarazione di fallimento ancora oggi è chiamato ad assolvere, vale a dire, il già menzionato bilanciamento tra un celere accertamento dei presupposti per l'apertura della procedura di fallimento ed un'adeguata tutela del diritto di difesa del debitore.

Sull'argomento, la maggioranza della dottrina²³⁵ sostiene ormai che il procedimento per la dichiarazione di fallimento sia da considerarsi un vero e proprio procedimento a cognizione piena, ancorché "differenziato", da realizzarsi usando le forme camerali. Questa conclusione viene giustificata sulla base della disciplina particolareggiata delle fasi di notificazione, instaurazione e svolgimento del contraddittorio, nonché da una potenziale attività istruttoria tutt'altro che sommaria, grazie all'introduzione della facoltà di ricorrere alle cd. "prove di lunga durata" quali la testimonianza e, soprattutto, la consulenza tecnica (art. 15, comma 7°, l.fall.).

Pertanto, secondo la suddetta dottrina, l'art. 15 l.fall. così come attualmente in vigore, avrebbe disegnato *"un vero e proprio processo "contenzioso" di primo grado, caratterizzato dalla tendenziale predeterminazione legale delle forme e dei termini, a dispetto del*

contrario, il diritto di difesa del debitore dovesse essere esercitato nei limiti compatibili con le norme del procedimento stesso, così Cass., sez. un., 7 luglio 1978, n. 3372, in *Dir. fall.*, 1978, II, 568.

²³⁵DE SANTIS F., *Istruttoria prefallimentare e diritto di difesa*, in *Fall.*, 2008, I, 330; FABIANI M., *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, cit., 766; LIUZZI G.T., *Procedimento per la dichiarazione di fallimento ed omessa notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza*, in *Fall.* 2010, 5, 559; NOCERA L., *La convocazione del debitore ex art. 15 l.fall. tra tutela del contraddittorio e specificità del processo fallimentare*, in *Fall.* 2008, 779.

*richiamo testuale alle modalità dei procedimenti in camera di consiglio*²³⁶.

Le considerazioni svolte finora non hanno trovato sostegno, invece, nell'opinione di quegli autori²³⁷ che hanno continuato a sostenere il carattere camerale dell'istruttoria prefallimentare, nonostante le incisive integrazioni del rito in questione nel senso di una prevalente predeterminazione legale delle forme e dei termini del procedimento a discapito della discrezionalità e dell'inquisitorialità dei poteri del giudice. Sull'argomento, la Suprema Corte, soffermandosi ad esaminare il rito e la cognizione previsti per il procedimento per la dichiarazione di fallimento, dopo aver affermato che l'art. 15 l.fall. *“prevede che il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolga con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio”* ha precisato, invece, che *“è ormai pacifico che il procedimento per la dichiarazione di fallimento sia un procedimento a cognizione piena, sia pure da svolgersi con il rito camerale, a cui vanno applicati i principi in materia di giudizi contenziosi, primo fra tutti quello del contraddittorio”*²³⁸.

²³⁶DE SANTIS F., *Istruttoria prefallimentare e diritto di difesa*, cit., 335.

²³⁷MAROLLO A. C., *Diritto di difesa e contraddittorio nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2012, 4, 421; MONTINARI M., *La nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento: questioni aperte in tema di istruzione e giudizio di fatto*, in *Fall.* 2007, 5, 561; VECCHIANO M., *Diritto di difesa del debitore nel procedimento prefallimentare e rimessione della decisione al collegio*, in *Fall.*, 2009, 11, 1284.

²³⁸Cass., 29 ottobre 2009, n. 22926, in *Fall.*, 2010, 5, 559, con nota di LIUZZI G.T., *Procedimento per la dichiarazione di fallimento ed omessa notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza*.

3. CONTRADDITTORIO E SODDISFAZIONE DEI CREDITORI NEL PROCEDIMENTO DI ESDEBITAZIONE DEL FALLITO

3.1 Origini e disciplina dell'istituto dell'esdebitazione

L'esdebitazione è stata introdotta nell'ordinamento italiano nel 2006, in occasione della riforma organica delle procedure concorsuali, risultando oggi disciplinata al capo IX della legge fallimentare (art. 142-144), in luogo della precedente rubrica dedicata alla "Riabilitazione civile".

Si tratta di un istituto di derivazione anglo-sassone, nato nell'Inghilterra del Settecento ed introdotto, nei secoli successivi, in numerosi ordinamenti non solo di tradizione giuridica di *common law*, come quello degli Stati Uniti d'America, ma anche in sistemi a base codicistica, come quello francese e tedesco.

In origine, l'esdebitazione era nata con l'intento di incentivare il debitore fallito a mettere a disposizione della soddisfazione dei creditori tutti i beni presenti nel proprio patrimonio, ricevendo in cambio la liberazione dal pagamento dei debiti residui²³⁹.

Con il passare del tempo e l'evolversi del sistema economico, l'esdebitazione ha assunto sempre più un carattere premiale per il fallito fino a diventare simbolo dei sistemi giuridici cd. *debtor oriented*, ovvero volti a favorire una rapida riabilitazione dell'imprenditore decotto allo svolgimento dell'attività economica (*fresh start*), al fine di liberarlo del fardello delle azioni individuali dei creditori rimasti insoddisfatti alla chiusura del fallimento.

²³⁹CASTAGNOLA A., *L'esdebitazione del fallito*, in *Giur. comm.*, I, 448.

Come abbiamo avuto modo di chiarire²⁴⁰, il sistema italiano delle procedure concorsuali era tradizionalmente basato sul dogma della “*sacrosanta soddisfazione dei creditori*”, integralmente ed in egual misura, quale corrispettivo processuale della responsabilità patrimoniale del debitore, prevista dall’art. 2740 c.c.²⁴¹

Per questo motivo, nonostante i recenti interventi di riforma siano stati indirizzati ad improntare il nostro sistema concorsuale ad un maggiore *favor* per il debitore, l’introduzione dell’istituto dell’esdebitazione è stato comunque letto come una novità eccezionale rispetto alla regola dell’art. 120 l.fall., a tenore della quale, alla chiusura del fallimento, è previsto che i creditori riacquistino il libero esercizio delle loro azioni verso il debitore, per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi²⁴².

In questo contesto, è facile comprendere come l’esdebitazione abbia comportato sin da subito problemi applicativi di non agevole soluzione, i quali, aggravati da una normativa lacunosa e di non chiara interpretazione, si sono tradotti in un istituto particolarmente favorevole per il fallito.

Il legislatore della riforma ha previsto che la disciplina dell’esdebitazione ruoti attorno a tre nuclei fondamentali: i presupposti (art. 142); il procedimento (art. 143); l’oggetto (art. 144).

Per quanto riguarda i presupposti, l’art. 142 l.fall. stabilisce che può accedere al beneficio dell’esdebitazione solo il fallito persona fisica (sia esso imprenditore individuale o socio illimitatamente responsabile di una società di persone) che sia in possesso di particolari requisiti ed abbia assolto a determinati oneri comportamentali nel corso dello svolgimento

²⁴⁰Paragrafo 1 del presente capitolo III.

²⁴¹LANFRANCHI L., *Costituzione e procedure concorsuali*, Giappichelli 2010, Torino, 1 e ss.

²⁴²CASTAGNOLA A., *L’esdebitazione del fallito*, op. cit., 448.

della procedura²⁴³: l'intento è quello di concedere il beneficio della rimessione dei debiti residui all'esito della procedura fallimentare solo all'imprenditore, onesto ma sfortunato, che meriti realmente una seconda chance per reinserirsi nel mercato.

A tal proposito, una disposizione fondamentale, come vedremo, è quella dettata dal capoverso dell'art. 142 l.fall., a tenore del quale: *“l'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali”*.

La norma vuole escludere che suddetto beneficio venga concesso al debitore, evidentemente disonesto e non sfortunato, che abbia riversato le conseguenze della propria insolvenza sul ceto creditorio, pur non avendolo soddisfatto *“neppure in parte”*²⁴⁴. Nel prosieguo, vedremo, tuttavia, come questa *“soddisfazione parziale”* sia stata concretamente interpretata e come essa abbia finito per determinare una vera e propria eterogenesi dei fini rispetto alle origini storiche dell'istituto che, come visto, era volto a garantire la migliore soddisfazione dell'interesse dei creditori.

Per quanto riguarda i debiti esenti da esdebitazione, l'art. 142 l.fall. prevede che ne vengano esclusi quelli derivanti da obblighi alimentari e

²⁴³ Il fallito persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti a condizione che:

- 1) abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni;
- 2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura;
- 3) non abbia violato le disposizioni di cui all'articolo 48;
- 4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta;
- 5) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito;
- 6) non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione. Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale.

²⁴⁴FERRI C., *L'esdebitazione*, in *Fall.* 2005, 9, 1086.

di mantenimento, nonché i debiti da illecito extracontrattuale, le sanzioni penali e amministrative a carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti e comunque, in via residuale, tutte le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa.

A tutela del ceto creditorio, inoltre, è previsto che siano fatti salvi, a seguito della concessione dell'esdebitazione al fallito, i diritti vantati dai creditori nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.

Per quanto attiene al procedimento di esdebitazione in senso stretto, invece, l'art. 143 l.fall. stabilisce che, ai fini della concessione del beneficio, il tribunale “*dichiara inesigibili nei confronti del debitore già dichiarato fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente*”.

La suddetta norma non stabilisce quale rito sia preposto alla concessione dell'esdebitazione, ma si limita a prevedere che il relativo provvedimento sia emesso dal tribunale con decreto, ovvero la forma tipica del provvedimento camerale.

Il decreto in questione potrà essere emesso dal tribunale d'ufficio, se al momento dell'emissione del decreto di chiusura del fallimento, sentiti il curatore ed il comitato dei creditori, sono state positivamente verificate le condizioni di cui all'art. 142 l.fall. (tenuto conto anche dei comportamenti collaborativi del fallito); altrimenti, sulla base di questi stessi presupposti, il beneficio esdebitatorio potrà essere richiesto anche dal debitore personalmente, presentando ricorso entro l'anno successivo al decreto di chiusura del fallimento.

In proposito, è stato correttamente rilevato²⁴⁵ che la previsione della possibilità per il tribunale di dichiarare d'ufficio l'esdebitazione, vada letta come un'incoerenza sistematica della stessa riforma del 2006 che,

²⁴⁵SCARSELLI G., *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, in *Dir. fall.* 2007, I, 39.

in tema di dichiarazione di fallimento, ha optato invece per l'eliminazione del potere d'ufficio.

Peraltro, è opportuno rilevare che la circostanza che l'esdebitazione sia concessa dal tribunale d'ufficio, ovvero su ricorso dal debitore, non è priva di conseguenze sul piano delle possibilità di reclamo *ex art. 26 l.fall.*: a norma dell'ultimo comma dell'art. 143 l.fall., infatti, *“i creditori non integralmente soddisfatti, il pubblico ministero e qualunque interessato”* possono proporre reclamo solo avverso il decreto del tribunale che provvede sul ricorso. Questo implica, pertanto, che il gravame in questione non sia ammesso in caso l'esdebitazione sia stata concessa d'ufficio dal tribunale.

Per quanto attiene alla tutela giudiziale del ceto creditorio, è importante ricordare che, fino all'intervento della Corte costituzionale nel 2008²⁴⁶, non erano previste modalità di comunicazione del decreto e del ricorso ai creditori, risultandone illegittimamente soppresso il contraddittorio.

Solo grazie all'intervento della Consulta, infatti, è stata resa obbligatoria la comunicazione ai creditori del ricorso e del decreto, onde evitare che al debitore potesse essere concessa la liberazione dai crediti residui a loro insaputa.

Ad ogni modo, l'adempimento dell'obbligo di comunicazione è stato reso oggi più agevole dalla riforma del 2012, la quale ha modificato il testo dell'art. 143 l.fall. prevedendo che *“il ricorso e il decreto del*

²⁴⁶ Con sentenza 30 maggio 2008, n. 181, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 143 l.fall., *“limitatamente alla parte in cui esso, in caso di procedimento di esdebitazione attivato, ad istanza del debitore già dichiarato fallito, nell'anno successivo al decreto di chiusura del fallimento, non prevede la notificazione, a cura del ricorrente e nelle forme previste dall'art. 137 e ss. del c.p.c., ai creditori concorrenti non integralmente soddisfatti, del ricorso col quale il debitore chiede di essere ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei medesimi creditori, nonché del decreto col quale il giudice fissa l'udienza in camera di consiglio”*.

*tribunale sono comunicati dal curatore ai creditori a mezzo di posta elettronica certificata*²⁴⁷.

Per quanto attiene all'oggetto dell'esdebitazione, quest'ultimo consiste, come si è visto, nei crediti residui alla chiusura del fallimento, dai quali il debitore viene liberato al ricorrere dei presupposti dell'art. 142 l.fall. sulla base del decreto emesso dal tribunale fallimentare, d'ufficio o su ricorso del debitore. Oltre a tali crediti, l'art. 144 l.fall. stabilisce che costituiscano oggetto dell'esdebitazione anche quelli dei creditori anteriori alla apertura della procedura di liquidazione che non hanno presentato la domanda di ammissione al passivo. In tali casi, è stato previsto che l'esdebitazione operi per la sola *“eccedenza alla parte attribuita nel concorso ai creditori di pari grado”*²⁴⁸.

3.2 L'intervento della Consulta a tutela del contraddittorio dei creditori nel procedimento di esdebitazione del fallito

Grazie al breve *excursus* compiuto in materia di origini e disciplina dell'esdebitazione, è possibile ora affrontare con maggiore chiarezza esplicativa i problemi che da tale istituto sono derivati in sede di applicazione pratica.

In particolare, l'esdebitazione è risultata sin da subito cozzare non solo, come è stato evidenziato, con la tradizionale impostazione del nostro sistema di soluzione della crisi di impresa, ma anche con principi di rango costituzionale di fondamentale rilievo, quali il diritto al contraddittorio e la tutela del credito.

²⁴⁷Periodo così modificato dal D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221.

²⁴⁸Parole modificate dall'art. 10, comma 2°, del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

Nonostante la dottrina non abbia mancato, in più occasioni²⁴⁹, di sottolineare la potenziale illegittimità costituzionale dell'istituto, essa ha svolto un importante ruolo ermeneutico a fronte delle lacune lasciate dal legislatore della riforma.

Per quanto attiene alla tutela del contraddittorio, come abbiamo avuto modo di accennare, la versione originaria dell'art. 143 l.fall. non prevedeva alcun obbligo di notificazione del ricorso e del decreto di esdebitazione del debitore ai creditori che da tale provvedimento risultavano insoddisfatti.

Tale lacuna risultava ancor più macroscopica a fronte di un procedimento di esdebitazione nel quale, delle due fasi del procedimento, la prima di istanza e la seconda di gravame, solo in quest'ultima poteva essere garantito il contraddittorio in sede di convocazione del debitore in camera di consiglio, come consentito dal richiamo al procedimento previsto per i reclami endofallimentari (art. 26 l.fall.).

Pertanto, nella prima fase del procedimento il creditore non veniva neppure coinvolto, mancando una disposizione di legge che imponesse l'integrazione del contraddittorio, cosicché l'unico modo attraverso il quale quest'ultimo poteva opporsi alla remissione del proprio credito nei confronti del debitore fallito era quello di dimostrare al giudice del reclamo l'insussistenza dei presupposti richiesti dell'art. 142 l.fall. per la concessione del beneficio²⁵⁰.

Per cui, considerata l'importanza del reclamo ai fini della tutela del diritto di credito, il fatto che la legge considerasse legittimati a proporre

²⁴⁹CARRATTA A., *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, in *Giur. it.* 2009, I, 401; FREDANI F., *Esdebitazione del fallito e presupposti: la parola alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *www.treccani.it*, 5; LANFRANCHI L., *Costituzione e procedure concorsuali*, Giappichelli 2010, 23; SCARSELLI G., *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, *op.cit.*, 41.

²⁵⁰SCARSELLI G., *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, *op.cit.*, 33.

gravame solo i creditori “non soddisfatti”, quali potevano essere solo i creditori ammessi al concorso, lasciava senza alcuna tutela le altre due categorie non menzionate di creditori, vale a dire quelli che, pur avendo chiesto di essere ammessi al concorso, ne erano stati esclusi e quelli che non avevano proposto alcuna domanda di ammissione. A tutela del diritto di difesa di queste due tipologie di creditori, autorevole dottrina²⁵¹ aveva suggerito, al tempo, di ricomprenderle nella nozione di “*qualunque interessato*”, al fine di estendere loro almeno la legittimazione ad agire in sede di reclamo.

In relazione agli effetti “tipici” dell’esdebitazione, la stessa dottrina aveva pure sottolineato come tale istituto potesse essere qualificato, dal punto di vista processuale, come un “provvedimento costitutivo con effetti estintivi” i quali, essendo definitivi e decisori avrebbero consentito il ricorso straordinario per Cassazione (art. 111, comma 7° Cost.) avverso il decreto della Corte d’appello chiamata a pronunciarsi sul reclamo. Vedremo come tale tesi, prospettata nei primi anni di applicazione dell’istituto, sia risultata un valido strumento interpretativo per le successive applicazioni pratiche dell’esdebitazione.

Da quanto detto finora, risulta che, nell’originario impianto dell’esdebitazione, il debitore poteva ottenere il beneficio della liberazione dei debiti residui anche all’insaputa dei suoi creditori, suscitando dubbi sulla legittimità costituzionale di una tutela giurisdizionale di tipo esclusivamente impugnatorio²⁵².

Tali dubbi sono stati confermati dalla Corte costituzionale nella citata sentenza del 30 maggio 2008, n. 181²⁵³, con la quale la Corte ha

²⁵¹COSTANTINO G., *La esdebitazione*, in *Foro it.*, 2006, V, 209.

²⁵²SPIOTTA M., *L’esdebitazione del fallito e il diritto di difesa dei creditori*, in *Giur. comm.*, 2008, 2, 289.

²⁵³Corte cost., 30 maggio 2008, n. 181, in *Riv. dir. proc.* 2008, 779.

dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 143 l.fall. per violazione dell'art. 24 Cost., nella parte in cui non prevedeva l'attivazione del contraddittorio nei confronti dei creditori prima della pronuncia del provvedimento esdebitatorio²⁵⁴.

In quella sede la Corte ha affermato che *“la legittimità costituzionale di un procedimento avente natura giurisdizionale, quale certamente è quello relativo all'esdebitazione, si misura, fra l'altro, sull'indefettibile rispetto delle garanzie minime del contraddittorio, la prima e fondamentale delle quali consiste nella necessità che tanto l'attore quanto il contraddittore partecipino o siano messi in condizione di partecipare al procedimento”*.

In particolare, nel caso dell'esdebitazione, non è stato possibile giustificare la mancata previsione del procedimento notificatorio sulla base delle esigenze di celerità della procedura (come abbiamo visto accadere nel procedimento per la dichiarazione di fallimento) dato che uno dei presupposti del beneficio in questione è che esso venga concesso quando ormai la procedura di fallimento si è esaurita.

La sentenza della Consulta ha avuto un esito apprezzabile non solo per quanto attiene alla tutela del contraddittorio, ma anche sotto il profilo della affermazione espressa della natura camerale del procedimento di esdebitazione.

Riguardo il profilo del contraddittorio, nonostante i primi commenti²⁵⁵ sulla sentenza avessero messo in luce le difficoltà pratiche derivanti dell'obbligo per il debitore di notificare il decreto di esdebitazione a tutti i creditori rimasti insoddisfatti, oggi tali difficoltà possono dirsi superate grazie alla modifica apportata all'art. 143 l.fall. dalla riforma del 2012, la

²⁵⁴CARRATTA A., *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, 401.

²⁵⁵CASTAGNOLA A., *Introdotta il principio del contraddittorio nel procedimento di esdebitazione successivo a chiusura del fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 781 e ss.

quale ha previsto che “*il ricorso e il decreto del tribunale sono comunicati dal curatore ai creditori a mezzo di posta elettronica certificata*” rendendo più agevole, in questo modo, la procedura di notifica.

Per quanto riguarda l’affermazione che il rito del procedimento di esdebitazione sia quello camerale, invece, la Consulta ha giustificato tale conclusione sul presupposto che il procedimento previsto per il reclamo sia quello camerale e che, pertanto, sia logico ritenere disciplinata allo stesso modo anche la prima fase del procedimento.

Osservano, infatti, i giudici costituzionali, in un passaggio della motivazione alla sentenza n. 181/2008, che “*considerato [...] il riferimento contenuto nel già menzionato ultimo comma dell’art. 143 l.fall., al reclamo – strumento tipico delle procedure svolte secondo il rito camerale – quale mezzo di reazione avverso il provvedimento di esdebitazione*”, sarebbe questo “*il modello attraverso il quale si svolge il relativo procedimento*”²⁵⁶.

3.3 La *vexata questio* della soddisfazione necessaria dei creditori concorsuali ai fini della concessione del beneficio dell’esdebitazione: la scelta delle Sezioni Unite

Si è detto che l’effetto pratico dell’esdebitazione consiste in una liberazione, quasi totale, del debitore dai debiti residui alla chiusura del fallimento.

Tale effetto, com’è chiaro, si traduce in un beneficio estremamente vantaggioso per il fallito che, grazie all’esdebitazione, potrà tornare a svolgere un’attività economica senza il peso dei debiti pregressi, a discapito dei diritti di credito dei relativi creditori rimasti insoddisfatti.

²⁵⁶CARRATTA A., *Dell’esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, op. cit., 405.

Sulla base di questo effetto, alcuni autori²⁵⁷, prendendo le mosse dal tradizionale dogma della tutela del credito concorsuale (art. 2741 c.c.) hanno assimilato l'esdebitazione ad un'espropriazione per pubblica utilità, ove il diritto di credito risulta essere degradato ad interesse legittimo in nome di un "interesse superiore", che coinciderebbe con la possibilità di reinserimento del fallito nelle dinamiche di mercato.

La sproporzione dei rapporti debito-credito generata dall'esdebitazione è risultata sin da subito talmente sbilanciata a favore del fallito da portare autorevole dottrina a ritenere *"legittimo chiedersi se l'interesse a consentire al fallito persona fisica di uscire vergine dalla procedura concorsuale, considerato dal legislatore della riforma, prevalga, nella scala di valori deducibile dalla Costituzione, sui diritti dei creditori"*²⁵⁸.

Infatti, l'unica norma che il legislatore della riforma ha predisposto con riferimento alla soddisfazione dei creditori è il capoverso dell'art. 142 l.fall., il quale prevede che *"l'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali."*

L'enunciato in questione ha generato, sin da subito, numerosi contrasti interpretativi, dai quali è scaturito un acceso dibattito in dottrina e in giurisprudenza volto ad individuare la parte di soddisfazione dei creditori concorsuali necessaria ai fini della concessione del beneficio dell'esdebitazione.

Tali problemi sono derivati, innanzitutto, dal fatto che il legislatore non ha specificato in modo chiaro quali creditori debbano essere definiti

²⁵⁷CARRATTA A., *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, op. cit., 403; SCARSELLI G., *L'esdebitazione della nuova legge fallimentare*, op.cit., 31; mentre sottolineava la correlazione fra esdebitazione ed espropriazione del credito già CARNELUTTI F., *Espropriazione del credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, 676 e ss.

²⁵⁸COSTANTINO G., *La esdebitazione*, op. cit., 210.

“concorsuali”, potendosi quindi far rientrare in questa categoria sia i creditori privilegiati che i chirografari.

In secondo luogo, le maggiori difficoltà interpretative si sono verificate con riguardo alla disposizione “*neppure in parte*”, il cui significato letterale, da un lato, non stabilisce con chiarezza se la soddisfazione parziale sia da riferirsi al numero dei creditori concorsuali, ovvero solamente alla parte di soddisfacimento che ogni singolo creditore riceve²⁵⁹; dall’altro, non stabilisce in che percentuale debba essere concessa tale soddisfazione, rimettendo suddetta valutazione alla libera determinazione del giudice chiamato a pronunciarsi su di essa nell’ambito del procedimento camerale volto a concedere il beneficio²⁶⁰. Pertanto, all’indomani dell’entrata in vigore dell’innovativo istituto dell’esdebitazione, sia in dottrina che nella giurisprudenza di merito si erano formate due diverse tesi in merito alla portata normativa da attribuire a tale disposizione.

La tesi maggioritaria, conosciuta come “teoria restrittiva”, è stata sostenuta dalla maggioranza della dottrina²⁶¹ e avallata da alcune pronunce dei giudici di merito²⁶², i quali, nei primi anni di applicazione dell’istituto, hanno cercato appunto di “restringere”, per quanto possibile, le interpretazioni a discapito del diritto dei creditori alla soddisfazione, almeno parziale, del proprio credito.

²⁵⁹FREDANI F., *Esdebitazione del fallito e presupposti: la parola alle Sezioni Unite della Cassazione*, op. cit., 2.

²⁶⁰CARRATTA A., *Dell’esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, op. cit., 402.

²⁶¹CARRATTA A., *Dell’esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, op. cit., 402; CASTAGNOLA A., *L’esdebitazione del fallito*, op. cit., 450; FILIPPI P., *La soddisfazione dei creditori concorsuali ai fini della concessione del beneficio dell’esdebitazione*, in *Giur. merito*, 2009, 11, 2795; SCARSELLI G., *L’esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari*, 2008, 7, 820; CERRATO A., *Considerazioni critiche sulla cd. “teoria estensiva” del “soddisfacimento parziale dei creditori concorsuali” ex art. 142, capoverso, legge fallim., quale presupposto oggettivo per ottenere il beneficio dell’esdebitazione*, in *Dir. fall.*, 2, 2013, 154 e ss.

²⁶²Tribunale di Udine, 21 dicembre 2007, in *Fall.* 2008, 7, 817; Tribunale di Tivoli, 20 gennaio 2009, in *Giur. merito*, 2009, 11, 2795.

Infatti, tale teoria basa i suoi presupposti sul fatto che la disposizione secondo la quale “*l’esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali*” vada interpretata nel senso che il pagamento parziale debba essere riferito a tutti i creditori concorsuali e, cioè, a tutti i creditori ammessi al passivo, siano essi chirografari o privilegiati. Invece, quanto alla percentuale del pagamento, nel silenzio della legge, è stato detto che la soddisfazione possa essere anche minima, potendo essere sufficiente un soddisfacimento “*di scarsissimo valore economico*” o addirittura simbolico²⁶³, per consentire al fallito di accedere automaticamente al beneficio.

Al contrario, la tesi minoritaria, definita *a contrario* “estensiva”, si basa sulle argomentazioni di quella parte della giurisprudenza di merito²⁶⁴ che ha individuato la *ratio legis* dell’esdebitazione nel principio del cd. *favor debitoris*, ovvero nell’esigenza che il debitore, onesto ma sfortunato, sia liberato dai debiti residui alla chiusura del fallimento nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti.

Secondo questa teoria, infatti, la disposizione “*neppure in parte*” va interpretata nel senso che, ai fini dell’ottenimento del beneficio dell’esdebitazione, occorre che almeno “*una parte*” dei creditori concorsuali (cioè di quei creditori ammessi al passivo) – ne basta anche solo uno – sia stato soddisfatto almeno “*parzialmente*” del suo credito in sede di ripartizione dell’attivo fallimentare.

²⁶³CASTAGNOLA A., *L’esdebitazione del fallito*, op. cit., 450; contra CARRATTA A., *Dell’esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, op. cit., 402.

²⁶⁴*Ex plurimis*, Tribunale di Piacenza, 8 maggio 2008, in *www.ilcaso.it*, 2008; Tribunale di Mantova, 3 aprile 2008, *ibidem*; Tribunale di Taranto, 22 ottobre 2008, in *Fall.* 2009, 488; Tribunale di Firenze, 2 aprile 2008, in *Toscana giur.*, 2008, 166.

Nell'ambito di questo contrasto interpretativo, la Cassazione tardava a prendere una posizione che delineasse, tra i due, l'orientamento da privilegiare.

L'esdebitazione arrivò per la prima volta in Cassazione nel 2009²⁶⁵, proprio nel periodo in cui il dibattito dottrinario sull'argomento era al suo culmine e vi erano già stati non pochi interventi della giurisprudenza di merito sull'argomento; in quell'occasione, tuttavia, la Suprema Corte non poté pronunciarsi, in quanto la questione venne sollevata in un motivo di ricorso poi rigettato²⁶⁶.

Si è dovuto aspettare il 2011 perché la Cassazione si pronunciasse, per la prima volta, in materia di esdebitazione.

In occasione della sentenza 18 novembre 2011, n. 24215²⁶⁷, infatti, le Sezioni Unite furono chiamate a prendere posizione sul tipo di soddisfazione parziale che il capoverso dell'art. 142 l.fall. prevede debba essere garantita ai creditori concorsuali, a seguito della concessione del beneficio esdebitatorio.

La tesi che ha finito per prevalere nell'orientamento della Cassazione è stata quella della teoria "estensiva", andando di avviso contrario a quanto sostenuto da dottrina e giurisprudenza dominanti.

Dalla motivazione della sentenza in questione, è possibile desumere che per le Sezioni Unite la *ratio* dell'esdebitazione deve essere ricercata nel "*consentire al debitore-imprenditore dichiarato fallito di ripartire da zero (fresh start), dopo aver cancellato i debiti pregressi (discharge), ed è il soddisfacimento di tale esigenza che il legislatore ha inteso tutelare; mentre la finalità di evitare uno sbilanciamento del sistema a danno dei creditori non costituisce il punto di equilibrio che il legislatore ha*

²⁶⁵Cass., 13 novembre 2009, n. 24121, in *Fall.* 2010, 6, 673.

²⁶⁶SCARSELLI G., *L'esdebitazione arriva in Cassazione*, in *Fall.* 2010, 6, 675.

²⁶⁷Cass., sez. un., 18 novembre 2011, n. 24215, in *Dir. fall.*, 2013, 2, 153 e ss.

*individuato e voluto garantire, non risultando tale obiettivo né dal dato testuale della Legge Delega, né dalla ratio dell'istituto*²⁶⁸.

In quest'ottica, pertanto, la Cassazione ritiene che *“sarà compito del giudice di merito con il suo prudente apprezzamento, (ndr. nell'ambito del procedimento camerale di prima istanza), accertare quando la consistenza dei riparti realizzati consenta di affermare che l'entità dei versamenti effettuati, valutati comparativamente rispetto a quanto effettivamente dovuto, costituisca quella parzialità dei pagamenti richiesti per la concessione del beneficio in esame”*.

In conclusione, oggi, alla luce dell'opinione espressa della Cassazione in materia di esdebitazione, sembra che la Corte abbia dato risposta positiva alla domanda di chi²⁶⁹, all'indomani dell'entrata in vigore dell'istituto, si domandava se fosse corretto sacrificare, nella scala di valori deducibile dalla Costituzione, i diritti dei creditori in nome di una nuova “verginità” del debitore.

²⁶⁸CERRATO A., *Considerazioni critiche sulla cd. “teoria estensiva” del “soddisfacimento parziale dei creditori concorsuali” ex art. 142, capoverso, legge fallim., quale presupposto oggettivo per ottenere il beneficio dell'esdebitazione*, in *Dir. fall.*, 2, 2013, 168.

²⁶⁹COSTANTINO G., *La esdebitazione*, in *Foro it.* 2006, V, 210.

4. IL RITO CAMERALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO E NEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

4.1 Il procedimento di ammissione e di omologazione della proposta di concordato

Il concordato preventivo, pur rientrando nel novero delle procedure concorsuali, può essere configurato, sotto il profilo negoziale, come una soluzione concordata della crisi d'impresa alla stregua degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Nonostante, a differenza di questi ultimi, il primo non consista in un mero accordo negoziale bensì in una vera e propria procedura giudiziale di composizione della crisi, ambedue gli istituti sono accomunati dalla necessità che vengano definiti i confini dei rapporti tra tutela giurisdizionale e atti di autonomia privata, rispetto a materie in cui l'autonomia negoziale deve trovare il proprio inevitabile contemperamento con le esigenze di tutela dei creditori che non aderiscono all'accordo²⁷⁰.

In questi termini, per comprendere i confini tra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale nell'ambito del concordato preventivo è necessario, da una parte, prendere le mosse dalla normativa di riferimento, dall'altra, individuare i confini dei poteri giurisdizionali espressi nelle forme e nelle modalità dei procedimenti in camera di consiglio.

Quanto al primo punto, la procedura di concordato preventivo è dettata dagli artt. 160 – 182 l.fall. ed è volta all'omologazione della proposta di

²⁷⁰COSTANTINO G., *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO – F. MACARIO, Giuffrè 2010, 207; PAGNI I., *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di BUONOCORE V. e BASSI A., Cedam 2010, 558; CANALE G., *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in www.judicium.it.

concordato, secondo un procedimento che, per semplicità esplicativa, può essere suddiviso in quattro fasi: una prima fase, che potremmo definire “introduttiva”, nella quale il debitore in stato di crisi presenta domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, proponendo ricorso al tribunale competente (art. 160 – 161 l.fall.); una seconda fase, di “ammissibilità della proposta”, nella quale il tribunale valuta i presupposti di ammissione alla procedura ed esprime un giudizio sull’ammissibilità della domanda che, in caso di esito negativo, può sfociare anche nella dichiarazione di fallimento, qualora ne ricorrano i presupposti e almeno un creditore o il pubblico ministero ne abbiano fatto richiesta (artt. 162 – 163 l.fall.); una terza fase, “deliberativa”, nella quale predomina la figura del commissario giudiziale, nominato dal tribunale contestualmente al decreto con il quale ha dichiarato ammissibile la proposta, caratterizzata dall’attività di controllo svolta da quest’ultimo e dallo svolgimento della procedura di voto, nell’ambito dell’adunanza dei creditori (artt. 164 – 176 l.fall.); una quarta ed ultima fase, di “omologazione”, alla quale si accede solo in caso di approvazione della proposta con voto favorevole dei creditori rappresentanti la maggioranza dei crediti ammessi al voto, mediante il decreto di omologazione del tribunale con cui si conclude la procedura (artt. 177 – 182 l.fall.).

Per quanto attiene agli effetti della presentazione del ricorso, è importante sottolineare che *"dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore"*, ai sensi del comma 1°, art. 168 l.fall.

Da questa sommaria descrizione, si può dedurre che l'ambito di intervento del tribunale nella procedura risulta prevalentemente circoscritto alle fasi di ammissione e di omologazione della proposta di concordato e, pertanto, riguardo a queste ultime si è svolto in dottrina²⁷¹ e in giurisprudenza²⁷² l'acceso dibattito sui confini tra tutela giurisdizionale ed autonomia privata.

Tale dibattito non ha interessato solamente i poteri del giudice e le facoltà delle parti, bensì anche il ruolo del professionista²⁷³ al quale l'art. 161 l.fall. attribuisce il compito di redigere una relazione di accompagnamento del piano di risanamento e della documentazione richiesti al debitore dall'art. 160 l.fall., nella quale vengano attestati “*la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo*”.

Il professionista in questione, oltre a dover essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3°, lettera d), deve oggi, a seguito della riforma del 2012, essere “*indipendente*” e “*designato dal debitore*”.

²⁷¹ Il prevalente orientamento della dottrina ritiene, infatti, che il tribunale debba limitarsi ormai ad un controllo meramente formale della completezza e regolarità della documentazione allegata alla domanda: *ex multis*, PATTI A., *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, a cura di FABIANI M. - PATTI A., *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Lo Cascio G.*, Milano 2006, 282; SCHIAVON G., *La riforma del concordato preventivo*, a cura di DI MARZIO F., in *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, Torino 2006, 27 e 45; SANTANGELI F., *Auto ed etero tutela dei creditori nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa. Le tutele giudiziali dei crediti nelle procedure concorsuali ante crisi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 606.

²⁷² Viceversa la giurisprudenza di merito, quasi unanime, ritiene che nella fase di ammissione il Tribunale sia tenuto ad accertare la fattibilità del piano, da compiersi attraverso un controllo dei dati aziendali esposti e dell'iter logico attraverso il quale il professionista è giunto ad esprimersi in termini positivi sul piano: per citarne alcune, Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fall.*, 2005, 1403; Trib. Roma 8 marzo 2006, in *Dir. fall.*, 2007, II, 103; Trib. Milano, 9 marzo 2007, in *Fall.*, 2007, 684. Sul punto è intervenuta la Cassazione, la quale è giunta a ritenere che la fattibilità del concordato preventivo sia un giudizio che spetta ai creditori mentre al tribunale spetterebbe un sindacato che attiene alla regolarità formale della proposta, essendone ammesso uno più approfondito nei limiti del controllo di legittimità sostanziale della stessa: Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fall.*, 2011, 182; Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Corr. giur.*, 2012, I, 39; Cass. sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giust. civ.*, 2013, 2, 315.

²⁷³ COSTANTINO G., *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, op. cit., 210.

I requisiti di indipendenza del professionista ²⁷⁴ sono necessari, soprattutto ora che a sceglierlo è il debitore, in quanto egli è posto dalla legge nella condizione di redigere un documento, la relazione, che risulta essere determinante nella formazione del convincimento del giudice sull'ammissibilità della proposta²⁷⁵.

Come è stato sottolineato dalla Cassazione: *“la disciplina del concordato preventivo (...) appare ispirata ad un’esigenza di carattere fondamentale: garantire che i creditori siano messi in condizione di prestare il loro consenso con cognizione di causa, vale a dire che abbiano a manifestare un consenso informato e non viziato da una falsa rappresentazione della realtà”*²⁷⁶.

Questa esigenza viene assolta, da una parte, dal controllo svolto dal commissario giudiziale sulla veridicità dei dati attestati per il tramite dell'apposita relazione e, dall'altra, dal tribunale in sede di giudizio di ammissibilità ed omologazione della proposta di concordato.

L'intervento del tribunale nella procedura di concordato avviene nelle forme e nei termini del procedimento in camera di consiglio.

Per quanto riguarda il giudizio di ammissibilità della proposta, compito del tribunale è verificarne i presupposti di ammissibilità, potendo anche *“concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti”*; tuttavia, *“se all’esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di*

²⁷⁴ A norma della novellata lettera d) dell'art. 67 l.fall., *“il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da compromettere l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo”*.

²⁷⁵ LO CASCIO G., *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fall.*, 2013, I, 9.

²⁷⁶ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fall.*, 2, 2011, 171.

cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161” il tribunale “sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara inammissibile la proposta di concordato”.

In tali casi, il tribunale “*dichiara il fallimento del debitore*” se, accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l.fall., ne abbia fatto istanza almeno un creditore o il Pubblico Ministero.

Tralasciando la questione dei limiti del sindacato giurisdizionale in questa fase della procedura, dato che il tribunale si pronuncia con decreto non soggetto a reclamo sia in caso di ammissibilità, che di inammissibilità della proposta, in quest’ultimo caso, le ragioni del debitore-proponente troveranno sede ordinaria di tutela solo nell’impugnazione della relativa sentenza dichiarativa di fallimento, come previsto all’ultimo comma dell’art. 162 l.fall. Rimane invece preclusa la possibilità di presentare ricorso per cassazione avverso il relativo provvedimento.

Al contrario, se per qualsiasi motivo²⁷⁷ il tribunale si sia pronunciato con decreto non reclamabile in ordine alla sola inammissibilità della proposta, senza che con questo sia stata pronunciata anche sentenza dichiarativa di fallimento, in tali casi, la tutela dei diritti del proponente si esaurisce nell’essere “*sentito*” in camera di consiglio e nella possibilità di presentare ricorso per Cassazione²⁷⁸.

In caso di pronuncia di ammissibilità, dato che al tribunale è affidato il compito della “*valutazione dei criteri di correttezza delle diverse classi*” ai sensi dell’art. 163, comma 1°, l.fall., è stato rilevato che il giudizio

²⁷⁷ Che può consistere nell’assenza del requisito dell’insolvenza o della qualità di imprenditore commerciale non piccolo ex artt. 1 e 5 l.fall., ovvero nella mancanza dell’istanza da parte di un creditore o del pubblico ministero, dato che non è più ammessa la facoltà per il tribunale di dichiarare il fallimento d’ufficio.

²⁷⁸ Cass., 14 aprile 2008, n. 9743, in *Fall.*, 2008, 1149; COSTANTINO G., *La gestione della crisi d’impresa tra contratto e processo*, 214.

operato dal tribunale non consisterebbe solo in una mera ricognizione formale dei presupposti di legge, ma anche in una valutazione nel merito della formazione delle classi dei creditori²⁷⁹.

Nella breve trattazione sulle fasi della procedura di concordato preventivo, si è visto come alla dichiarazione di ammissibilità della proposta seguano la convocazione dei creditori, la “*adunanza*” dei creditori, la discussione della proposta, le adesioni e, quindi, l’omologazione. Anche quest’ultima avviene, come si è detto, secondo le modalità del procedimento in camera di consiglio.

In particolare, se il concordato è stato approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti, il tribunale, a norma dell’art. 180 l.fall., fissa un’udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento venga pubblicato a norma dell’art. 17 e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti, instaurando così il contraddittorio per eventuali opposizioni. Se queste ultime non vengono proposte, il tribunale “*omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame*”. Si tratta, in tali casi, di un provvedimento meramente ordinatorio, finalizzato all’apertura della procedura di concordato preventivo, che pertanto non comporta la possibilità di esperire eventuali rimedi.

In caso contrario, invece, qualora siano state proposte opposizioni, il tribunale “*assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d’ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio*”: in caso di rigetto dell’opposizione, il tribunale provvede con decreto provvisoriamente esecutivo reclamabile, a norma dell’art. 739 c.p.c., dinanzi la Corte d’appello; in caso di accoglimento, invece, si

²⁷⁹ COSTANTINO G., *La gestione della crisi d’impresa tra contratto e processo*, op. cit., 214.

pronuncerà, sempre con decreto provvisoriamente esecutivo, potendo contestualmente dichiarare il fallimento del debitore proponente, qualora ne ricorrano i presupposti.

A tal proposito, è stato correttamente osservato che, alla stregua di quanto avviene per il decreto di inammissibilità della proposta, *“la tutela del proponente contro il decreto che nega l’omologazione trova la sua sede nel processo di impugnazione della sentenza di fallimento. Altrimenti, l’unico rimedio possibile è il ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 111, comma 7, Cost.”*²⁸⁰.

Quanto al tipo di cognizione richiesta al tribunale nel procedimento che decide sulle eventuali opposizioni all’omologazione della proposta di concordato, in dottrina sono state prospettate due diverse opinioni: la prima²⁸¹, ritiene che si possa trattare di una cognizione piena, considerato che il tribunale non si limita ad *“assumere informazioni”* come nel rito camerale, ma provvede anche in base alle prove richieste dalle parti; la seconda²⁸², invece, sostiene che le opposizioni non trasformino la natura camerale del procedimento di omologa, il cui oggetto rimarrà invariato, derivandone solo l’introduzione di nuovi fatti.

Tuttavia, considerato che in questo caso la legge stabilisce espressamente che il tribunale possa assumere i mezzi istruttori non solo d’ufficio, ma anche su richiesta di parte, non è ammissibile ritenere che, nell’ambito di un procedimento indubbiamente contenzioso, sia ammessa la sola cognizione superficiale propria del procedimento camerale ma, più correttamente, il procedimento dovrebbe svolgersi

²⁸⁰ COSTANTINO G., *La gestione della crisi d’impresa tra contratto e processo*, op. cit., 215.

²⁸¹ COSTANTINO G., *La gestione della crisi d’impresa tra contratto e processo*, op. cit., 215.

²⁸² PAGNI I., *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, op. cit., 583.

secondo la cognizione piena, integrando gli strumenti inquisitori del giudice camerale con un'istruttoria più approfondita.

Per concludere sul giudizio di omologazione, è utile rilevare inoltre che, alla stregua di quanto avviene nel giudizio sull'ammissibilità della proposta in merito al controllo del tribunale sulla correttezza della formazione delle classi, l'art. 180, comma 3°, l.fall. prevede che, qualora ne faccia richiesta un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, in caso di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentino il venti per cento dei crediti ammessi al voto contestino la convenienza della proposta, il tribunale possa *"omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili"*.

Si tratta del cd. "giudizio di *cram down*", tratto dalla tradizione fallimentare del *Chapter 11* del *Banckruptcy code* statunitense, il quale attribuisce al tribunale, e non ai creditori, il sindacato di merito in ordine alla valutazione delle possibilità di soddisfazione del credito rispetto alle alternative concretamente praticabili.

4.2 Il procedimento di ammissione della domanda di concordato preventivo "con riserva". Le linee guida del Tribunale di Milano

Il decreto-legge "Sviluppo" n. 83/2012 e la relativa legge di conversione hanno introdotto un'importante novità in tema di disciplina della crisi di impresa, con particolare riguardo alla domanda di concordato preventivo, consentendo al debitore la facoltà di presentare domanda

"con riserva"²⁸³ e di produrre successivamente la proposta, il piano e la documentazione, richiesti a norma dei primi tre commi dell'art. 161 l.fall. Pertanto, a seguito della riforma del 2012, è oggi possibile presentare due tipi di domande di concordato: la domanda cd. "con riserva" e la domanda ordinaria di concordato.

Con riferimento alla prima, l'attuale art. 161, comma 6°, l.fall. consente all'imprenditore in crisi (o insolvente) di proporre un semplice ricorso, anche lapidariamente formulato, per ottenere dal tribunale la fissazione di un termine, compreso tra i 60 e i 120 giorni e prorogabile, in caso di giustificati motivi, di non oltre 60 giorni, entro il quale proporre la vera domanda di concordato preventivo, completa del corredo documentale richiesto ai sensi dell'art. 161 l.fall.; in alternativa, ed entro lo stesso termine, l'imprenditore potrà presentare domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (*ex art. 182 bis l.fall.*), con conservazione degli effetti generati dal ricorso fino all'omologazione dello stesso²⁸⁴.

L'appetibilità della domanda di concordato in bianco per l'imprenditore-debitore risiede nella possibilità di beneficiare immediatamente degli effetti²⁸⁵ che derivano dall'apertura della procedura concordataria, pur in presenza di una domanda incompleta del piano, della proposta e di parte della documentazione²⁸⁶.

²⁸³ Ma la nomenclatura dell'istituto è stata molto variegata: concordato in bianco, pre-concordato, concordato al buio, concordato con prenotazione, riserva di concordato, prenotazione di concordato, domanda prenotativa di concordato.

²⁸⁴ VELLA P., *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Fall.* 2013, I, 82.

²⁸⁵ Consistenti, come si è visto, nel blocco delle azioni esecutive e cautelari, a pena di nullità, nei confronti dei creditori aventi titolo o causa anteriore alla domanda di concordato, fino al decreto che rende definitiva l'omologazione dello stesso; a tali effetti, si deve oggi aggiungere il cd. "ombrello" dei 90 giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, durante i quali risultano inefficaci le ipoteche giudiziale iscritte rispetto ai creditori anteriori al concordato (art. 168 l.fall.).

²⁸⁶ Come sottolineato da BENINCAMPI A., *La riforma del concordato preventivo*, in *www.treccani.it*, 2013, 2.

A tal proposito, è stato sottolineato come "*questa soluzione abbia il pregio di operare una separazione tra l'atto procedurale, costituito dalla domanda di concordato, l'atto negoziale, qual è la proposta, e l'atto meramente operativo, costituito dal piano, in considerazione del fatto che la predisposizione degli ultimi due richiede attività e tempistiche considerevoli, che tendono a disincentivare i debitori al ricorso dello strumento concordatario*"²⁸⁷.

Nonostante le buone intenzioni del legislatore, tuttavia, i toni entusiastici con cui, inizialmente, la novità del concordato in bianco era stata accolta, sono stati ben presto sostituiti dalle preoccupazioni derivanti da un possibile uso abusivo dell'istituto da parte di imprenditori-debitori disonesti, al solo scopo di procrastinare imminenti dichiarazioni di fallimento²⁸⁸.

Tali preoccupazioni erano generate, per lo più, da una disciplina legislativa che si presentava lacunosa in ordine alle concrete modalità, procedurali e di merito, in base alle quali il tribunale avrebbe dovuto valutare positivamente l'ammissibilità della domanda.

Per far fronte ai suddetti problemi di applicazione pratica, il legislatore è intervenuto nuovamente sul testo dell'art. 161 l.fall. nell'ambito del neo-convertito "Decreto del Fare"²⁸⁹, modificando i tratti più "pericolosi" della disciplina della domanda di concordato in bianco, al fine di limitare gli effetti distorsivi che si erano verificati a seguito delle prime applicazioni dell'istituto.

²⁸⁷FABIANI M., *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. *Dottrina e opinioni*, 2012, 2.

²⁸⁸FABIANI M., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi di impresa*, in www.ilcaso.it, sez. *Dottrina e opinioni*, 2012, 1.

²⁸⁹Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69 convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98.

Infatti, nel testo introdotto dalla prima riforma del decreto "Sviluppo", l'art. 161 l.fall. prevedeva, da una parte, che il debitore avesse quale unico onere quello di depositare il bilancio relativo agli ultimi tre esercizi contestualmente alla presentazione del ricorso; dall'altra, che il tribunale dovesse limitarsi a concedere il termine per il completamento della stessa, senza specificare quali fossero le modalità tramite le quali il tribunale si sarebbe dovuto pronunciare, né quali fossero i presupposti effettivi al ricorrere dei quali lo stesso avrebbe dovuto dichiarare ammissibile la domanda, fatta salva l'espressa inammissibilità delle domande dei debitori che avessero inutilmente presentato ricorso, per gli stessi fini, nei due anni precedenti.

L'unico riferimento alle forme del rito camerale era indirettamente contenuto nel rinvio all'art. 163, commi 2° e 3° l.fall.²⁹⁰, ma nulla veniva detto in ordine alle modalità di svolgimento del giudizio con cui il tribunale si sarebbe dovuto esprimere sull'ammissibilità della domanda.

In un primo momento, la lacunosità della disciplina processuale del concordato in bianco ha favorito il sorgere di prassi applicative omogenee nei tribunali, al fine di limitare applicazioni differenziate dello stesso procedimento almeno all'interno delle aule di una stessa sezione fallimentare.

Nell'ambito delle prassi virtuose, un ruolo fondamentale è stato svolto dalle linee guida del Tribunale di Milano, presentate dal presidente della sezione fallimentare il 20 settembre 2012, a norma dell'art. 47 *quater*²⁹¹ del R.D. 1° gennaio 1942, n. 12, cd. legge sull'Ordinamento Giudiziario.

²⁹⁰ A tenore del quale è prevista la convocazione del debitore in camera di consiglio per la dichiarazione di inammissibilità della domanda ed eventualmente, su istanza di creditori o richiesta del pubblico ministero, del suo fallimento.

²⁹¹ Art. 47-quater. Attribuzioni del presidente di sezione.

"Il presidente di sezione, oltre a svolgere il lavoro giudiziario, dirige la sezione cui è assegnato e, in

Tali linee guida hanno stabilito che la prassi favorita²⁹² dal Tribunale di Milano, con riferimento al procedimento di autorizzazione per tutti gli atti per cui essa sia richiesta nella disciplina della domanda di concordato in bianco, preveda che: *"il tribunale provvederà in composizione collegiale secondo il rito camerale, previa eventuale convocazione dell'imprenditore anche alla presenza del Pubblico Ministero, e potrà assegnare all'occorrenza un termine per integrare la domanda o fornire i chiarimenti necessari. Se ci sono controinteressati, occorrerà sempre convocarli in contraddittorio"*²⁹³.

Anche con riferimento al contenuto della domanda, in mancanza di una chiara determinazione dei requisiti di ammissibilità, si è ritenuto che il tribunale sia tenuto a concedere al debitore, sempre e comunque, quanto meno il termine minimo di due mesi per la presentazione del piano e della proposta, a prescindere da qualsiasi valutazione in ordine alla *"serietà dell'intento di presentare poi una proposta di concordato o che vi fosse la seria intenzione di proporre accordi di ristrutturazione dei debiti"*²⁹⁴.

Come si è detto, il "Decreto del Fare" è intervenuto a modificare la disciplina della domanda di concordato in bianco introdotta dal "Decreto

particolare, sorveglia l'andamento dei servizi di cancelleria ed ausiliari, distribuisce il lavoro tra i giudici e vigila sulla loro attività, curando anche lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione. Collabora, altresì, con il presidente del tribunale nell'attività di direzione dell'ufficio.

Con le tabelle formate ai sensi dell'articolo 7-bis, al presidente di sezione può essere attribuito l'incarico di dirigere più sezioni che trattano materie omogenee, ovvero di coordinare uno o più settori di attività dell'ufficio."

²⁹²È sempre bene sottolineare che non possa trattarsi che di prassi meramente "favorite" all'interno della sezione di uno specifico Tribunale. In analogo contesto, il Presidente del Tribunale di Roma ha ritenuto doveroso premettere che *"le seguenti indicazioni non vogliono e non possono costituire in alcun modo un vincolo interpretativo per i magistrati chiamati ad applicare le norme cui esse si riferiscono e che, quindi, non solo ad esse i giudici non sono vincolati, ma che solo l'esperienza concreta e l'applicazione quotidiana della norma potrà offrire nell'immediato futuro più ampi margini di certezza"*, Protocollo 40/13/P., 18 febbraio 2013, in www.tribunale.roma.it.

²⁹³ Tribunale di Milano, sez. II civile, verbale riassuntivo del 20 settembre 2012, in www.tribunale.milano.it.

²⁹⁴ MARINUCCI E., *La domanda di concordato preventivo dopo il "decreto sviluppo": legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, I, 435.

Sviluppo", tuttavia, il legislatore si è preoccupato più di prevedere delle disposizioni volte ad evitarne l'uso abusivo, che di colmare le lacune lasciate in ordine al procedimento e ai presupposti di ammissibilità della domanda. Pertanto, quanto detto in ordine al procedimento camerale nelle linee guida del Tribunale di Milano deve considerarsi ancora una valida prassi applicativa.

Infatti, l'attuale testo dell'art. 161 l.fall. prevede che il debitore, al momento del deposito del ricorso contenente la domanda di omologazione, oltre all'obbligo di depositare i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, sia tenuto a fornire anche "*l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti*".

Un'ulteriore novità è costituita dalla possibilità per il tribunale di nominare il commissario giudiziale nel decreto motivato di attribuzione del termine per integrare la domanda con il relativo corredo documentale.

Com'è noto, nella domanda di concordato preventivo "completa", la nomina del commissario giudiziale avviene contestualmente al decreto con il quale il tribunale sancisce l'apertura della procedura di concordato, ai sensi dell'art. 163 l.fall.; nella nuova versione dell'art. 161 l.fall., pertanto, la nomina del commissario giudiziale è finalizzata ad una preventiva attività di controllo nell'eventualità che il debitore ponga in essere una delle condotte di cui all'art. 173 l.fall.²⁹⁵, delle quali il

²⁹⁵ "Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omissivo di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma.

All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18.

commissario dovrà immediatamente riferire al tribunale che "*nelle forme del procedimento di cui all'art. 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore, con contestuale sentenza reclamabile*".

Nonostante siano state apportate ulteriori modifiche in ordine al controllo del tribunale sugli obblighi informativi periodici imposti al debitore²⁹⁶, è preferibile soffermarsi sulle modifiche appena esposte.

Il richiamo all'art. 15 l.fall. comporta che si rimandi alle considerazioni fatte a suo tempo sulla natura del procedimento per la dichiarazione di fallimento²⁹⁷: in questo caso, il legislatore ha fatto espressamente ricorso ad un procedimento che, pur svolgendosi formalmente secondo le modalità dei procedimenti in camera di consiglio, è un vero e proprio procedimento a cognizione piena.

Questo implica che, in tali casi, il tribunale non debba più dichiarare il fallimento dell'imprenditore-debitore sulla base del rinvio all'art. 163, commi 2° e 3°, l.fall. e, quindi, pronunciarsi nelle forme del procedimento camerale, ma debba oggi provvedere a norma dell'art. 15

Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato."

²⁹⁶ Art. 161, comma 8°, l.fall.: "*Con il decreto che fissa il termine di cui al sesto comma, primo periodo, il tribunale deve disporre gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale se nominato, sino alla scadenza del termine fissato. Il debitore, con periodicità mensile, deposita una situazione finanziaria dell'impresa che, entro il giorno successivo, è pubblicata nel registro delle imprese a cura del cancelliere. In caso di violazione di tali obblighi, si applica l'art. 162, commi secondo e terzo. Quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo. Il tribunale può in ogni momento sentire i creditori.*

²⁹⁷ Pag. 96 e ss. del testo.

l.fall., ovvero nelle forme di un processo a cognizione piena, con tutto quello che ne deriva in ordine al rispetto del contraddittorio, al diritto di difesa, all'utilizzo delle "prove di lunga durata", all'idoneità al giudicato del provvedimento e, conseguentemente, alla sua ricorribilità per Cassazione.

4.3 Il procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti

Si è visto come l'imprenditore in stato di crisi, a seguito della presentazione della domanda di concordato preventivo, possa chiedere al tribunale, in alternativa, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti a norma dell'art. 182 *bis* l.fall.

Tale alternativa è giustificata dal fatto che il corredo documentale richiesto ai fini dell'omologazione dell'accordo è lo stesso previsto dall'art. 161 l.fall. per il completamento della domanda di concordato in bianco e, in generale, per l'ammissibilità della domanda di concordato preventivo ordinaria.

Tuttavia, come abbiamo accennato, gli accordi di ristrutturazione dei debiti si caratterizzano per consistere in un vero e proprio accordo negoziale tra l'imprenditore-debitore e i creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti.

Pertanto, nell'ambito del procedimento di omologa, il tribunale potrebbe svolgere una mera attività ricognitiva della volontà delle parti se non fosse che il sindacato giudiziale assolva il duplice compito di assicurare il controllo sull'effettiva regolarità del pagamento dei creditori estranei

(rispetto ai quali tale accordo è *res inter alios acta*) e di attestare l'attuabilità dello stesso sulla base della relazione del professionista²⁹⁸.

In questi termini, è stato detto che gli accordi di ristrutturazione dei debiti, nella disciplina oggi vigente, appaiono più che mai "*nella loro innaturale complessità duale*"²⁹⁹.

La domanda di omologazione dell'accordo va presentata con ricorso al tribunale competente, qualora sia stato approvato dai creditori rappresentanti la percentuale di crediti richiesta. A corredo della stessa, deve essere presentata una relazione redatta da un professionista, sempre designato dal debitore, che sia in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3°, lettera d), con la quale vengano attestate la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo³⁰⁰, "*con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei*". L'accordo viene poi pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.

Alla stregua di quanto avviene nel giudizio di omologazione della domanda di concordato preventivo, il tribunale non può basare l'attuabilità dell'accordo sulla sola attestazione del professionista, ma si ritiene che "*la verifica giudiziale debba essere compiuta in modo autonomo, e non soltanto attraverso l'occhiale della relazione del professionista*"³⁰¹.

²⁹⁸ DIDONE A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (presupposti procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 9.

²⁹⁹ FABIANI M., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 902.

³⁰⁰ LO CASCIO G., *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fall.*, 2013, I, 18.

³⁰¹ PAGNI I., *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di BUONOCORE V. e BASSI A., Cedam 2010, 609.

La riforma del "Decreto Sviluppo" ha introdotto nella disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti i termini entro i quali il debitore è tenuto ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei: centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti scaduti a quella data; centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.

Per quanto riguarda gli effetti, il comma 3° dell'art. 182 *bis* l.fall. prevede che dalla pubblicazione dell'accordo e per sessanta giorni non possano essere iniziate o proseguite azioni cautelari e esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisiti titoli di prelazione se non concordati. Tale effetto può essere anche anticipato dal debitore alla fase delle trattative con i creditori, depositando presso il tribunale competente la documentazione richiesta dall'art. 161 l.fall. in aggiunta ad una proposta di accordo corredata da un'autocertificazione del debitore dichiarante che sulla proposta sono in corso trattative con il numero di creditori rappresentanti la percentuale del sessanta per cento dei crediti e una relazione di un professionista che assicuri l'integrale soddisfazione dei creditori estranei (art. 182 *bis*, comma 6°, l.fall.).

A tal proposito, è stato osservato che, nonostante il blocco delle azioni esecutive e cautelari, possano comunque essere iniziate o proseguite azioni di cognizione, comprese quelle atte all'acquisizione di un titolo esecutivo, che, tuttavia, non potrà essere utilizzato³⁰².

Trattando più specificamente del procedimento di omologazione, è utile rilevare che la data della pubblicazione dell'accordo nel registro delle

³⁰² COSTANTINO G., *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO – F. MACARIO, Giuffrè 2010, 211.

imprese serve anche a fissare il termine, di trenta giorni, entro il quale i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione³⁰³.

Ai sensi del 4° comma dell'art. 182 *bis* l.fall., "*il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato*".

Mentre è chiaro che l'omologazione debba avvenire nelle forme del rito camerale, per quanto attiene al procedimento che decide sulle opposizioni, l'enunciato "*decise le opposizioni*" lascerebbe indurre che anche queste ultime debbano essere decise nell'ambito del procedimento camerale di omologazione avviato dal debitore, secondo il modello dell'intervento in causa³⁰⁴. Tuttavia, considerato il silenzio della legge sul punto, è stato sostenuto che le opposizioni potrebbero anche essere decise nelle forme del rito ordinario, dovendo, in tal caso, essere considerate controversie pregiudiziali rispetto alla omologazione³⁰⁵.

In ogni caso, la norma in questione prevede che le opposizioni vengano decise con decreto reclamabile dinanzi alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 18 l.fall. Pertanto, dal fatto che le opposizioni siano decise con rito camerale ovvero ordinario, dipenderà la ricorribilità per cassazione del decreto emesso dalla Corte d'appello.

In tali casi, infatti, il carattere decisorio e definitivo del decreto potrà derivare solo dal rigetto delle opposizioni presentate, considerando che queste ultime, nonostante il loro oggetto non sia stato specificato dalla legge, possono comportare considerevoli lesioni dei diritti dei creditori.

³⁰³ PAGNI I., *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, op. cit., 606.

³⁰⁴ PAGNI I., *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, op. cit., 606.

³⁰⁵ COSTANTINO G., *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, op. cit., 212.

5. L'INTERVENTO DEL TRIBUNALE NEL PROCEDIMENTO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

5.1 Cenni sull'attuale disciplina del sovraindebitamento dell'imprenditore non fallibile e del consumatore

La disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento è stata introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3.

Essa è andata a colmare una rilevante lacuna nella nostra legislazione dell'insolvenza, ponendo rimedio al ritardo dell'Italia, rispetto ai principali Paesi europei, nel dotarsi di una procedura di composizione dell'insolvenza del debitore cd. civile³⁰⁶.

Infatti, tale lacuna risaliva alla riforma organica delle procedure concorsuali del 2005 – 2006, la quale aveva generato un'ingiustificata disparità di trattamento in termini di accesso al beneficio dell'esdebitazione, da questa previsto solo per il fallito persona fisica e non anche per l'insolvente civile.

L'art. 6 della legge ha infatti precisato che le finalità della nuova disciplina consistono nel *“porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali”*.

Tuttavia, il testo originario della legge n. 3/2012 prevedeva soltanto la possibilità di un accordo tra debitore e creditori a contenuto dilatorio e remissorio, idoneo a porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento, al quale si accompagnava il divieto di iniziare o proseguire azioni

³⁰⁶ PANZANI L., *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, in www.treccani.it, 2013, 1.

esecutive, soggetto all'omologa da parte del tribunale; nulla era previsto, invece, in materia di esdebitazione del debitore civile³⁰⁷.

Si è dovuto attendere il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, perché la procedura originariamente prevista dalla legge n. 3/2012 venisse modificata nella procedura attualmente in vigore.

Quest'ultima ha oggi carattere concordatario e richiede l'adesione dei creditori rappresentanti una maggioranza almeno pari al sessanta per cento dei crediti ed ha previsto, in sede di votazione, la regola del silenzio-assenso.

Inoltre, il suddetto decreto ha introdotto una procedura parzialmente diversa nel caso la proposta di accordo sia presentata da un debitore-consumatore, escludendo in tali casi la necessità di un voto dei creditori e rimettendo l'omologazione alla valutazione del tribunale, il quale sarà tenuto a pronunciarsi tenendo conto della fattibilità della proposta e della meritevolezza della condotta dell'indebitamento del consumatore. In questo modo, il ruolo del tribunale ne è risultato fortemente potenziato.

Infine, sempre nell'ambito dello stesso decreto, è stata introdotta l'autonoma procedura liquidatoria alternativa all'accordo, all'esito della quale, come si auspicava da tempo, anche l'insolvente civile può accedere all'esdebitazione.

Pertanto, l'attuale disciplina del sovraindebitamento prevede due diverse procedure a seconda che il debitore civile sia un imprenditore commerciale non assoggettabile al fallimento, ovvero un consumatore³⁰⁸.

³⁰⁷ CARRATTA A., *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Giappichelli 2012, 167 e ss.

³⁰⁸ Le definizioni di sovraindebitamento e di consumatore sono contenute all'art. 6 della l. n. 3/2012: *"Ai fini del presente capo, si intende: a) per "sovraindebitamento": la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva*

5.2 L'applicazione del rito camerale "puro" al procedimento di avvio della composizione della crisi

Per quanto attiene propriamente alla procedura di composizione della crisi, essa si articola in quattro fasi che si susseguono nel seguente ordine: a) avvio del procedimento; b) omologazione dell'accordo; c) esecuzione dell'accordo; d) impugnazione o risoluzione dell'accordo.

Nell'ambito di queste fasi, il tribunale assume un ruolo importante nella fase di avvio del procedimento e al momento dell'omologazione dell'accordo, similmente a quanto avviene per la domanda di concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Pertanto, nel prosieguo, ci si soffermerà sulla fase di avvio della procedura analizzandone la caratteristica struttura bifasica.

Il procedimento prende avvio con il deposito della proposta, che si presume il debitore debba presentare con ricorso presso il tribunale del luogo di residenza o sede principale del debitore ovvero – in caso di proposta di piano del consumatore – presso il tribunale del luogo ove quest'ultimo ha la residenza, insieme con la documentazione richiesta ai sensi dell'art. 9³⁰⁹.

incapacità di adempierle regolarmente; b) per "consumatore": il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta."

³⁰⁹1. *La proposta di accordo è depositata presso il tribunale del luogo di residenza o sede principale del debitore. Il consumatore deposita la proposta di piano presso il tribunale del luogo ove ha la residenza. La proposta, contestualmente al deposito presso il tribunale, e comunque non oltre tre giorni, deve essere presentata, a cura dell'organismo di composizione della crisi, all'agente della riscossione e agli uffici fiscali, anche presso gli enti locali, competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del proponente e contenere la ricostruzione della sua posizione fiscale e l'indicazione di eventuali contenziosi pendenti.*

2. *Unitamente alla proposta devono essere depositati l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute, di tutti i beni del debitore e degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni e dell'attestazione sulla fattibilità del piano, nonché l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia, previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata del certificato dello stato di famiglia.*

3. *Il debitore che svolge attività d'impresa deposita altresì le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, unitamente a dichiarazione che ne attesta la conformità all'originale.*

In entrambi i casi, rilevante è la presenza dell'Organismo di composizione della crisi, al quale la legge attribuisce, accanto a funzioni amministrative, l'incarico di procedere all'attestazione della fattibilità del piano (consumatore) o dell'accordo (imprenditore non fallibile), nonché provvedere alla sua concreta realizzazione.

Dal deposito del ricorso prende avvio un procedimento che si snoda fino al momento in cui, superato il vaglio di ammissibilità, si apre la fase prevista per il raggiungimento dell'accordo, disciplinata dall'art. 11.

Il procedimento in questione è descritto in maniera estremamente sommaria dal legislatore, il quale si è limitato a stabilire, a norma dell'art. 10, ultimo comma, che ad esso *“si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il reclamo si propone al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.”*

Ne deriva che, nel procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento come in tutta la legge fallimentare, il rito camerale risulta ancora una volta il modello processuale privilegiato³¹⁰.

In ogni caso, nell'applicazione del rito camerale alla disciplina del sovraindebitamento si possono notare due particolarità: il mero rinvio agli artt. 737 e ss. del c.p.c. e la composizione monocratica del tribunale. Quest'ultima risulta essere un'eccezione rispetto a quanto previsto dall'art. 50 *bis* c.p.c., tanto che il legislatore non ha mancato di precisare

3-bis. Alla proposta di piano del consumatore è altresì allegata una relazione particolareggiata dell'organismo di composizione della crisi che deve contenere: a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni; b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte; c) il resoconto sulla solvibilità del consumatore negli ultimi cinque anni; d) l'indicazione della eventuale esistenza di atti del debito impugnati dai creditori; e) il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata dal consumatore a corredo della proposta, nonché sulla probabile convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria.

³¹⁰ PAGNOLI., *Procedimento e provvedimenti cautelari ed esecutivi*, in *Fall.*, 2012, 9, 1063.

che il giudice monocratico che si è pronunciato sul provvedimento non possa far parte del collegio che statuisce sul reclamo, in ragione delle considerazioni fatte a suo tempo sull'esigenza di rispettare la garanzia costituzionale dell'imparzialità del giudice³¹¹.

Invece, il rinvio al procedimento camerale "puro", senza innesti di garanzie processuali *ope legis*, comporta che l'integrazione del "contenitore neutro" camerale debba necessariamente avvenire ad opera del giudice, trattandosi di un rito camerale a carattere contenzioso.

Come si è avuto modo di approfondire nei primi capitoli di questo studio, una scelta legislativa di questo tipo, seppur dettata da esigenze di snellezza e deformalizzazione dovute alle caratteristiche della materia trattata, rischia di vedere compresse le cd. "*garanzie costituzionali minime*", che il "*giusto processo*" oggi richiede debbano essere imprescindibilmente rispettate.

Alla luce di queste considerazioni, è stata correttamente sottolineata il difetto di coerenza del legislatore nell'aver riproposto il modello camerale per la tutela dei diritti, quando recenti scelte di politica legislativa si erano orientate in senso marcatamente contrario³¹².

Ci si riferisce, in particolare al D.lgs., 1° settembre 2011, n. 150, il quale ha negato, in modo praticamente manifesto, la compatibilità del modello camerale con la giurisdizione contenziosa, contrastando il fenomeno della cameralizzazione del giudizio sui diritti mediante la sostituzione degli allora vigenti procedimenti in camera di consiglio a carattere contenzioso con altrettanti modelli (in particolare, il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* e ss. c.p.c.) volti alla "*riduzione e semplificazione*" dei riti. Vero è che da quella riforma

³¹¹ Pag. 72 e ss. del testo.

³¹² TISCINI R., *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 659.

risultavano escluse le procedure concorsuali; tuttavia, i procedimenti camerali in esse previsti, hanno conosciuto nel tempo numerosi “aggiustamenti” per il tramite degli interventi del legislatore o del giudice delle leggi, rispetto ai quali l’applicazione del modello camerale “puro” alla disciplina del sovraindebitamento è risultata essere, in ogni caso, una scelta di profonda incoerenza politica.

Tornando alla previsione dell’art. 10, ultimo comma, è stato rilevato³¹³ che il presupposto di “compatibilità” posto a condizione del rinvio al modello camerale, implichi l’esclusione dell’art. 741 c.p.c., a tenore del quale l’efficacia del decreto emesso dal tribunale risulta essere soggetta al decorso del termine di 10 giorni utile per il reclamo, previsione scarsamente conciliabile con quella dell’art. 10, comma 2°, la quale appare presupporre invece l’efficacia immediata del decreto che dispone l’inibitoria degli atti di aggressione al patrimonio del debitore³¹⁴.

Si è accennato al fatto che l’avvio della procedura di sovraindebitamento risulta caratterizzato da una struttura bifasica: la prima fase – che si svolge *inaudita altera parte* – produce i più intensi effetti sul patrimonio del debitore (con l’esigenza di celerità che giustifica l’assenza del contraddittorio); la seconda assicura pienezza al contraddittorio coinvolgendo i creditori in un’udienza in cui il precedente decreto potrà essere confermato, modificato o revocato.

³¹³ TISCINI R., *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, op.cit., 660; PAGNI I., *Procedimento e provvedimenti cautelari ed esecutivi*, op. cit., 1064.

³¹⁴ Art. 10, comma 2°: “Con il decreto di cui al comma 1, il giudice: a) stabilisce idonea forma di pubblicità della proposta e del decreto, oltre, nel caso in cui il proponente svolga attività d’impresa, la pubblicazione degli stessi nel registro delle imprese; b) ordina, ove il piano preveda la cessione o l’affidamento a terzi di beni immobili o di beni mobili registrati, la trascrizione del decreto, a cura dell’organismo di composizione della crisi, presso gli uffici competenti; c) dispone che, sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, non possono, sotto pena di nullità essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore; la sospensione non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili.”

Nella prima fase, alla quale è stata attribuita una “*velatura cautelare*”³¹⁵ per la mancanza di integrità del contraddittorio, il tribunale si occupa di verificare se la proposta soddisfi i requisiti previsti agli artt. 7, 8 e 9 e, in caso positivo, il giudice “*fissa immediatamente con decreto l’udienza*” della quale dà comunicazione ai creditori (secondo le modalità prescritte dall’art. 10, comma 1°) almeno trenta giorni prima del termine di dieci giorni entro il quale i creditori stessi devono far pervenire il loro consenso *ex art. 11, comma 1°*. Tra il giorno del deposito della documentazione e quello dell’udienza non devono decorrere più di sessanta giorni (art. 10, comma 1°, ultimo periodo).

A questo punto, occorre domandarsi quali siano i rimedi rispetto al decreto pronunciato dal giudice nella prima fase. Innanzitutto, si deve distinguere tra decreto di accoglimento e decreto di rigetto della proposta.

In quest’ultimo caso, deve ritenersi senza dubbio concesso il reclamo ai sensi dell’art. 739 c.p.c., pur dovendosi operare una distinzione tra il caso in cui l’inammissibilità della proposta sia dovuta alla mancanza dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dall’art. 7, ovvero alla mancanza della documentazione prevista dall’art. 9: nel primo caso, deve ritenersi che il provvedimento che chiude il procedimento di reclamo, sia suscettibile anche di ricorso per cassazione, avendo natura decisoria e definitiva; nel secondo, invece, deve ritenersi esperibili unicamente il reclamo camerale, dal momento che la domanda potrà essere in ogni momento ripresentata (integrando ovviamente la documentazione).

In caso di accoglimento della proposta, dato che il relativo decreto è emesso in assenza di contraddittorio e questo verrà posticipato

³¹⁵ FABIANI M., *Primi spunti di riflessione sulla regolazione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile”* (l. 27 gennaio 2012, n. 3), in *Foro it.*, 2012, V, 96.

all'udienza fissata dal giudice nell'ambito di quello stesso procedimento, eventuali contestazioni in ordine all'ammissibilità della proposta potranno essere presentate dai creditori nel corso della successiva udienza e rilevare ai fini della conferma, revoca, modifica del primo provvedimento.

Quanto al provvedimento di omologazione, esso è sempre di competenza del tribunale in composizione monocratica. Avverso il relativo decreto è ammesso reclamo, nelle consuete forme del rito camerale, avanti al collegio del quale, anche in questo caso, è previsto che non possa prendere parte il giudice che ha emanato il provvedimento impugnato (art. 12, comma 2°). In questo caso, è pacifico che il provvedimento che pronuncia sul reclamo sia ricorribile per cassazione, dato che dall'omologazione discende l'obbligatorietà dell'accordo per tutti i creditori (art. 12, comma 3°), cosicché ne risulta indubbia la natura decisoria.

In caso di rigetto dell'omologazione, è prevista la reclamabilità dinanzi al collegio (art. 12, comma 3°). Riguardo la ricorribilità per cassazione dello stesso, è stato sostenuto che, qualora non sia raggiunta la maggioranza di legge, il ricorso di legittimità sarebbe escluso dalla reiterabilità della proposta di accordo che ne escluderebbe il carattere decisorio. Lo stesso non potrebbe dirsi, invece, qualora il rigetto sia stato pronunciato per altri motivi³¹⁶.

Conclusivamente, è utile ribadire come le applicazioni “pure” del modello camerale a materie contenziose destino sempre notevoli problemi applicativi che si traducono, rispettivamente, nell'indeterminatezza delle forme processuali e in un rito costantemente

³¹⁶ Panzani L., *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, op. cit., 12.

soggetto ad integrazioni discrezionali dell'organo giudicante, volte a salvaguardarne la costituzionalità.

CAPITOLO IV
IL RICORSO STRAORDINARIO IN CASSAZIONE
AVVERSO I PROVVEDIMENTI CAMERALI DECISORI

1. RICORSO STRAORDINARIO E PROCEDIMENTO IN CAMERA DI
CONSIGLIO: IL CASO DEI RECLAMI ENDOFALLIMENTARI
DELL'ARTICOLO 26 DELLA LEGGE FALLIMENTARE

1.1 Il ruolo della Cassazione nell'estensione del ricorso straordinario ai provvedimenti camerali decisori

Nell'ambito del presente studio sui procedimenti camerali nelle procedure concorsuali, non potevamo non soffermarci sul ruolo fondamentale che il ricorso straordinario in Cassazione ha svolto nella diffusione della prassi legislativa della “cameralizzazione” del giudizio sui diritti.

Infatti, questo tema interessa, trasversalmente, tutti i campi di applicazione del procedimento camerale a materie contenziose, risultando un passaggio obbligato di qualsiasi trattazione sull'argomento. In termini generali, il ricorso straordinario è un rimedio concesso dall'art. 111, comma 7° della Costituzione³¹⁷, avverso le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale, il quale quindi consente la possibilità di ottenere un controllo di legittimità, da parte della Cassazione, avverso provvedimenti decisori non altrimenti impugnabili. Riguardo la possibilità che il giudizio sui diritti si svolga nelle forme camerali, si è visto come la Suprema Corte, nella sentenza delle Sezioni Unite n. 2593/1953 sulla cd. “interpretazione sostanzialista”³¹⁸, si sia

³¹⁷ Articolo 111, comma 7°, Cost.: “*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*”.

³¹⁸ Pag. 52 e ss. del testo.

(auto)attribuita l'incarico di valutare, di volta in volta, quando la pronuncia camerale sia decisoria e definitiva ai fini dell'accesso al ricorso straordinario.

In questo senso, si può affermare che la Cassazione abbia consolidato l'orientamento per cui il provvedimento è impugnabile quando ha carattere contenzioso, è idoneo ad incidere o decidere su diritti con efficacia di giudicato e non è altrimenti impugnabile³¹⁹.

Il problema dell'ammissibilità del ricorso straordinario avverso i provvedimenti camerali risiede nel fatto che il primo può essere concesso solo per provvedimenti idonei al giudicato, mentre i secondi risultano caratterizzati, stando alla lettera dell'art. 742 c.p.c., dalla revocabilità e modificabilità in ogni tempo.

Nei capitoli precedenti di questo studio, si è visto come il cuore del dibattito tra dottrina e giurisprudenza sul tema dei procedimenti camerali su diritti risieda nel principio di "alloriana" memoria³²⁰, sostenuto da gran parte della dottrina³²¹, della correlazione necessaria tra giudicato e cognizione piena, a tenore del quale i provvedimenti camerali, adottati al termine di un procedimento deformalizzato e sommario qual è quello in camera di consiglio, non potrebbero in ogni caso risultare idonei al giudicato, anche qualora statuiscano su diritti soggettivi e *status*,

³¹⁹ TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, Giappichelli 2005, 176.

³²⁰ ALLORIO E., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, I, 487 e ss.

³²¹ CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 431 e ss.; LANFRANCHI L., *I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali e nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *I procedimenti in camera di consiglio e tutela dei diritti*, 1990, 906 e ss.; MONTESANO L., *"Dovuto processo" su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 915 e ss.; PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 407 e ss.

necessitando, se non una declaratoria di incostituzionalità, almeno di interpretazioni correttive.

In realtà, si è visto come quest'orientamento sia stato superato dalle pronunce della Cassazione, avallate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, le quali hanno finito per sostenere la compatibilità del procedimento camerale con le materie contenziose, ritenendo che la scelta del rito camerale rientri nella discrezionalità del legislatore purché non sia viziata da “*irragionevolezza*” e sia rispettosa delle “*garanzie processuali minime*” previste dalla Costituzione³²².

Pertanto, l'accesso al controllo di legittimità si configura come la risposta alle esigenze di coordinamento tra istituti apparentemente antinomici tra loro.

Tale coordinamento è stato reso possibile per lo più dall'opera interpretativa della Cassazione, la quale si è preoccupata di dettare le condizioni di accesso al ricorso straordinario rispetto alle numerose fattispecie camerali contenziose³²³ sulle quali è stata chiamata a pronunciarsi negli anni.

In particolare, l'indirizzo interpretativo della Corte è intervenuto in funzione nomofilattica a dare certezza su condizioni, modalità e termini del procedimento camerale, rispetto ai quali la disciplina positiva si presenta, nella maggioranza dei casi, estremamente lacunosa. Questo è avvenuto, ad esempio, nei casi in cui il legislatore si è limitato a

³²² Corte cost., ordinanza 30 giugno 1988, n. 748 in *Giur. cost.*, 1988.

³²³ Le fattispecie più note fanno capo alla materia del diritto di famiglia e della tutela dei minori: il procedimento disciplinato dalla legge sull'adozione, l. 4 maggio 1983, n. 184 e successiva l. 20 marzo 2001, n. 149; il procedimento previsto per il giudizio di ammissibilità per la dichiarazione di paternità o maternità naturale, ai sensi dell'art. 274 c.p.c. e gli artt. 333-336 c.p.c. in materia di potestà genitoriale; nella separazione, il procedimento previsto all'art. 710 c.p.c. per la modifica delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e i rapporti economici tra i genitori delle condizioni di separazione dei coniugi; nel divorzio, la l. art. 9 della l. 1° dicembre 1970, n. 898 (come modificato dalla legge 6 marzo 1987, n. 74, secondo cui il tribunale provvede “in camera di consiglio”) e il procedimento di appello contro la sentenza di divorzio (art. 4, comma 15°, l. n. 898/1970).

compiere un mero riferimento alla “camera di consiglio”, senza specificare se esso si configuri come l’indicazione del luogo fisico in cui il tribunale prende le decisioni in composizione collegiale, ovvero come un vero e proprio rimando alla disciplina degli artt. 737 e ss. c.p.c.³²⁴

Nell’assolvere a tale compito ermeneutico, la Cassazione è stata guidata dal *favor* che il legislatore ha costantemente mostrato per il rito camerale, giungendo ad interventi di *maquillage* normativo che hanno permesso al procedimento camerale di entrare di diritto nel novero della giurisdizione contenziosa.

Per questi motivi, appare lecito affermare che l’estensione del fenomeno della “cameralizzazione” sia equiparabile a quella del ricorso straordinario rappresentandone, pertanto, l’altra faccia della medaglia.

Per quanto attiene al problema dell’inidoneità al giudicato dei provvedimenti camerali, quando il legislatore non è intervenuto espressamente a prevederla, l’opera interpretativa della Cassazione si è orientata nel senso di attribuire efficacia di giudicato ai provvedimenti aventi carattere decisorio e definitivo, sul presupposto che il riferimento al rito camerale non implichi necessariamente l’applicazione pedissequa di tutte le norme previste dagli artt. 737 e ss. c.p.c.³²⁵ (tra cui anche l’art. 742 c.p.c. sulla revocabilità e modificabilità in ogni tempo), facendo leva sull’“elasticità” del rito camerale rispetto alla “rigidità” delle forme del rito ordinario. Come vedremo nel prosieguo, questo è stato l’orientamento che ha guidato la Cassazione in molte pronunce che

³²⁴ TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, op. cit., 413.

³²⁵ Questo è stato sostenuto anche da CERINO CANOVA A. in *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 431 e ss. e MANDRIOLI C., *I ‘cd. procedimenti camerali su diritti’ e il ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 921-922.

hanno ammesso il ricorso straordinario sui provvedimenti camerali, come è avvenuto anche per i reclami endofallimentari.

1.2 La via esclusiva del procedimento camerale

Nel paragrafo precedente, si è visto come l'estensione del ricorso straordinario sia andata di pari passo con quella dei procedimenti camerali contenziosi grazie all'opera interpretativa e nomofilattica della Corte di Cassazione.

In riferimento a ciò, volutamente, non sono state riprese le argomentazioni tradizionali del dibattito sui procedimenti camerali contenziosi onde evitare di ripetere problematiche affrontate, con il dovuto grado di approfondimento, nelle pagine precedenti. Tuttavia, lo stretto legame intercorrente tra ricorso straordinario e procedimenti camerali contenziosi ci fa comprendere come il primo non sia stato altro che uno strumento di legittimazione dei secondi, essendo stato considerato per molto tempo come l'unico rimedio alle garanzie giurisdizionali di cui il procedimento in camera di consiglio risultava essere ontologicamente privo.

Nel capitolo secondo, si è visto come tale funzione "garantista" del ricorso straordinario, messa già da tempo in dubbio dalla dottrina, sia definitivamente caduta dinanzi alle garanzie giurisdizionali richieste dal "*giusto processo*".

Infatti, di fronte all'esigenza di rispettare il nuovo quadro costituzionale di riferimento, si è visto come ci siano stati autori che hanno continuato a sostenere il carattere alternativo del rito camerale rispetto al processo ordinario di cognizione e come quest'ultimo continui ad essere

considerato da costoro l'unico vero processo "giusto"³²⁶; mentre altri hanno sostenuto, con maggior lungimiranza, la possibilità di una tutela "differenziata" che, pur non coincidendo necessariamente con le forme e i termini del rito ordinario, consenta di osservare le garanzie del "*giusto processo*", salvaguardandone la *ragionevole durata*³²⁷.

Questa seconda lettura è stata ritenuta preferibile in considerazione del fatto che risulta ormai anacronistico, rispetto all'ordinamento attuale ed alla realtà giudiziaria, pensare che il rito ordinario sia l'unico rito ammissibile per la definizione di controversie vertenti su diritti soggettivi o *status* e che il procedimento camerale necessiti di essere legittimato dall'esperibilità di un alternativo procedimento a cognizione piena, con l'esito di allungare ulteriormente i tempi processuali che il legislatore aveva rimesso *in via esclusiva* alla celerità del procedimento camerale.

Infatti, come è stato sottolineato³²⁸, quando il legislatore fa riferimento al procedimento in camera di consiglio quale modello processuale per la giurisdizione contenziosa, esso è proposto come la *via esclusiva* della controversia, essendo quindi di per sé idoneo al giudicato e al ricorso straordinario in Cassazione.

Pertanto, se il rimedio del ricorso straordinario non poteva essere considerato sufficiente ad assicurare le tutele giurisdizionali costituzionalmente garantite già prima del "*giusto processo*", a maggior ragione oggi deve essere ridimensionato alla sua funzione originaria, ovvero al controllo di legittimità per violazione di legge operato *ex post*

³²⁶ LANFRANCHI L., *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, in *La roccia non incrinata, garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Giappichelli 2011, 318; PROTO PISANI A., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 268.

³²⁷ COSTANTINO C., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie.*, in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Giappichelli 2011, 354.

³²⁸ TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, *op. cit.*, 444.

dalla Cassazione su di un'attività processuale che deve essere corredata e integrata dalle garanzie giurisdizionali previste dall'art. 111 della Costituzione.

1.3 I reclami endofallimentari contro i provvedimenti del giudice delegato al fallimento

Il testo attuale dell'art. 26 l.fall. è il risultato degli interventi legislativi delle riforme che, tra il 2006 e il 2007, hanno visto il legislatore intervenire, dopo anni di inerzia, a ridefinire la disciplina del reclamo endofallimentare.

Tale reclamo è previsto contro i provvedimenti del giudice delegato al fallimento e, dal punto di vista processuale, può essere correttamente definito *species* del più ampio *genus* provvedimenti camerale con funzione decisoria.

La “lunga marcia” dell'art. 26 l.fall., nelle vicende giurisprudenziali e legislative che hanno portato alla sua attuale definizione, risulta interessante sul duplice piano del sistema endoconcorsuale e del ricorso straordinario in cassazione: sotto il primo profilo, il reclamo si configura come un mezzo per assicurare gli equilibri interni; dal secondo punto di vista, esso rileva con riguardo alle funzioni del rimedio straordinario e ai rapporti tra la Corte di cassazione ed gli altri poteri dello stato.

Quanto al secondo aspetto, la travagliata vicenda dell'art. 26 l.fall.³²⁹ comincia dall'infelice formulazione da questo prevista nella prima

³²⁹ “Travagliata” non solo per le vicende giurisprudenziali ad esso inerenti che hanno visto contrapporre il pensiero dei due organi giudiziari di vertice (Corte di cassazione e Corte costituzionale), ma anche per l'ampio dibattito sviluppatosi in dottrina sull'argomento (LANFRANCHI L., *Procedure concorsuali e tutela dei creditori*, Milano, 1989; ID., *Alice nel paese dell'amministrazione straordinaria, ovvero il sistema scomodo e l'ordinamento dimenticato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 223; LORENZINI L., *Disorientamenti giurisprudenziali sull'impugnabilità dei decreti del giudice delegato*, in *Dir. fall.*, 1991, II, 503.

versione della legge fallimentare. Quest'ultima prevedeva un esile procedimento in base al quale “*contro i decreti del giudice delegato, salvo diversa 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*”.

Pertanto, la scarsa disciplina del procedimento ha fatto sì che, a partire dall'entrata in vigore della Costituzione, l'art. 26 l.fall. abbia presentato dubbi di compatibilità con l'art. 24 Cost., per quanto attiene al diritto di azione e difesa.

In particolare, essendo previsto il reclamo endofallimentare avverso qualsiasi provvedimento emesso dal giudice delegato, è apparso sin da subito necessario distinguere tra provvedimenti a contenuto ordinatorio (aventi natura amministrativa, non incidente su diritti) e provvedimenti a contenuto decisorio (vertenti su diritti soggettivi e, come tali, aventi natura giurisdizionale).

In attesa di una pronuncia da parte della Corte costituzionale, la Cassazione riteneva coerente con l'interpretazione sostanzialista del ricorso straordinario consentire tale rimedio avverso i decreti del tribunale che fossero stati pronunciati su provvedimenti decisori del giudice delegato, trattandosi di provvedimenti camerali aventi carattere decisorio e giurisdizionale³³⁰.

A partire dalla sentenza della Corte costituzionale del 9 luglio 1963, n. 118³³¹, incomincerà a delinearsi quella *querelle* tra giurisprudenza della

³³⁰ TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, Giappichelli 2005, 473.

³³¹ Corte cost., 9 luglio 1963, n. 118, in *Giust. civ.*, 1963, III, 213, con nota di BIANCHI, D'ESPINOZA, *Una sentenza “interpretativa di rigetto” della Corte costituzionale in materia fallimentare*.

Cassazione e della Consulta³³² sull'interpretazione dell'art. 26 che segnerà la storia del reclamo endofallimentare, fino al recepimento normativo che ne è stato fatto dal legislatore della riforma del 2006-2007.

Con sentenza interpretativa di rigetto, la pronuncia della Consulta del 1963 si era limitata ad escludere l'illegittimità costituzionale dell'art. 26 l.fall., nella misura in cui lo strumento del reclamo venisse utilizzato solo come gravame dei provvedimenti ordinatori del giudice delegato, stabilendo che per quelli decisori tale rimedio fosse inadatto. Tuttavia, la Corte non aveva fornito alcuna soluzione in ordine al rimedio concretamente esperibile nei confronti dei provvedimenti a contenuto decisorio, lasciando così alla giurisprudenza di legittimità l'onere di colmare in via interpretativa una profonda lacuna.

Conseguentemente, si cominciarono a formare diversi orientamenti all'interno della giurisprudenza di legittimità volti a trovare una soluzione a questo problema. Se l'orientamento prevalente era quello di consentire il ricorso in cassazione direttamente contro il provvedimento decisorio del giudice delegato, tale interpretazione aveva lo svantaggio di aggravare la mole dei ricorsi del giudice di legittimità, mancando il filtro di un gravame di secondo grado.

Per questi motivi, il secondo intervento costituzionale venne sollecitato dalle stesse Sezioni Unite nell'ordinanza del 5 aprile 1975, n. 304³³³, nell'ambito della quale la Cassazione chiese alla Consulta di pronunciarsi nuovamente sull'art. 26 l.fall. per rendere esperibile tale

³³² LANFRANCHI L., *Diritto al compenso ed incostituzionalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 41.

³³³ Cass. sez. un., 5 aprile 1975, n. 304, in *Giust. civ.*, 1975, III, 136; con la suddetta ordinanza di remissione, le Sezioni Unite motivarono approfonditamente le ragioni secondo le quali la Cassazione riteneva utilizzabile l'art. 26 l.fall. contro i decreti decisori del giudice delegato.

reclamo anche contro i provvedimenti decisori (e non solo contro quelli ordinatori) del giudice delegato.

L'intervento della Corte costituzionale si presentò sei anni dopo³³⁴ la l'ordinanza di remissione delle Sezioni Unite.

Questa volta sembrò che la Consulta avesse posto fine, una volta per tutte, alla *vexata quaestio* dell'art. 26 l.fall., dichiarandone l'incostituzionalità nella parte in cui assoggettava a reclamo dinanzi al tribunale i provvedimenti decisori del giudice delegato in materia di piani di riparto dell'attivo, senza assicurare alle parti adeguate garanzie di difesa.

In realtà, tale intervento sortì, ancora una volta, l'effetto di generare confusione sul tema senza disporre un'univoca linea interpretativa: dato che la Consulta si era pronunciata solo in merito al caso in cui il giudice delegato fosse chiamato a provvedere con carattere decisorio sulla specifica materia dei piani di riparto, permanevano i dubbi di costituzionalità con riferimento a tutti gli altri casi di provvedimenti giurisdizionali del giudice delegato, nei confronti dei quali la Corte si era astenuta dal fornire un criterio interpretativo generale.

Tuttavia, il giudice delle leggi aveva chiaramente precisato nella motivazione della sentenza quali fossero il problemi di costituzionalità in base ai quali essa si era pronunciata a favore dell'illegittimità costituzionale dell'art. 26 l.fall., ovvero: la brevità del termine per proporre il reclamo (tre giorni); la decorrenza del termine dalla data del decreto, indipendentemente dalla conoscenza di questa da parte dell'interessato; la sommarietà del contraddittorio (facoltà e non obbligo del tribunale di sentire le parti in camera di consiglio); la forma del provvedimento (decreto non motivato).

³³⁴ Corte cost., 23 marzo 1981, n. 42, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1212.

Quanto ai problemi derivanti dalla sua scelta interpretativa, la Corte ritenne di rimetterli ad un successivo intervento del legislatore, assumendo un atteggiamento pilatesco nei confronti dell'impatto immediato che tale pronuncia avrebbe avuto sulle successive applicazioni dell'art. 26 l.fall.³³⁵

Questa decisione della Corte Costituzionale comportò che, nell'inerzia del legislatore, toccò ancora una volta alla Cassazione intervenire, stavolta con una pronuncia a Sezioni Unite, influenzando in modo indelebile l'orientamento del diritto vivente sulla materia dei reclami endofallimentari.

Si tratta della celebre sentenza del 9 aprile 1984, n. 2255³³⁶, con la quale le Sezioni Unite intervennero sul problema del rimedio esperibile avverso i provvedimenti decisori del giudice delegato, "riesumando"³³⁷ l'istituto del reclamo endofallimentare a seguito delle pronunce della Corte costituzionale.

Per quanto attiene alla nostra indagine, questa pronuncia risulta interessante sotto due aspetti: il primo riguarda il ruolo attribuito al procedimento camerale dalla Corte di Cassazione, giustificando il *favor* dimostrato per questo procedimento nelle pronunce ad essa successive; il secondo, concerne il ricorso per cassazione e i segni di cedimento dell'interpretazione sostanzialista.

³³⁵ "Quale sia poi il rimedio che il vigente ordinamento appresta – una volta escluso il reclamo come strutturato dall'art. 26 in relazione all'art. 23 – per la tutela dei diritti soggettivi che si assumono lesi dai suddetti provvedimenti adottati dal giudice delegato in materia di piani di riparto delle attività fallimentari, è questione ermeneutica che non compete a questa Corte risolvere. Sempre che il legislatore non ritenga poi di por mano a un opportuno riassetto della intera materia delle procedure concorsuali (...)" (Corte cost. 23 marzo 1981, n. 42, *cit.*).

³³⁶ Cass., sez. un., 9 aprile 1984, n. 2255, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1716, con nota di LANFRANCHI L., *I provvedimenti decisori del giudice delegato e la giurisprudenza della Cassazione.*

³³⁷ TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, Giappichelli 2005, 490.

Quanto al primo aspetto, è importante sottolineare come le Sezioni Unite siano riuscite a compiere l'opera interpretativa di "riesumazione" del reclamo endofallimentare a partire dai rilievi di incostituzionalità del procedimento dell'art. 26 l.fall. sollevati dalla Consulta nella motivazione della sentenza del 1981.

Infatti, interpretando tale intervento del giudice delle leggi come "correttivo" dello scarno procedimento previsto per il reclamo endofallimentare, la Suprema Corte ha ritenuto che il procedimento dell'art. 26 dovesse essere "integrato" con le regole generali in materia camerale, con riferimento alla decorrenza dei termini (art. 739 c.p.c.), sostituendo la data del decreto con quella del deposito dello stesso; alla pienezza del contraddittorio (art. 739 c.p.c.); all'obbligo di motivazione del decreto (art. 737 c.p.c.)³³⁸.

La portata rivoluzionaria di questa scelta risiede nel fatto che il procedimento camerale, proprio in quegli anni oggetto dell'acceso dibattito tra dottrina e giurisprudenza in ordine alla sua costituzionalità ed idoneità ad essere applicato a materie contenziose, viene in questa sede utilizzato dalla Corte alla stregua di un modello processuale garantista, in grado di salvare il reclamo endofallimentare da declaratorie di illegittimità costituzionale³³⁹.

³³⁸ Questa la massima di Cass., 9 aprile 1984, n. 2255, cit.: *"La Corte costituzionale con sentenza 23 marzo 1981, n. 42 non ha espunto dall'ordinamento il reclamo al tribunale previsto dall'art. 26 legge fall. contro provvedimenti decisori del giudice delegato in tema di riparto dell'attivo, ma ha piuttosto caducato alcuni aspetti della disciplina positiva dell'istituto, per quanto concerne la misura e la decorrenza del termine per il reclamo e la mancata previsione del contraddittorio e della motivazione; onde mediante il ricorso alle corrispondenti regole generali dei procedimenti camerale posti dal codice di procedura civile, si deve delineare una regolamentazione del reclamo al tribunale radicalmente emendata dai profili di illegittimità riscontrati dalla sentenza costituzionale. Ed infatti basta sostituire al termine di tre giorni di cui all'art. 26 legge fall. quello di dieci giorni di cui all'art. 739, secondo comma, prima parte, c.p.c.; alla decorrenza del termine dalla data del decreto del giudice delegato si sostituisce la decorrenza dal deposito del decreto stesso; la pienezza del contraddittorio è garantita dall'art. 739; l'obbligo della motivazione per il provvedimento del tribunale discende dall'art. 737 c.p.c."*

³³⁹ È questa un'ulteriore conferma del *favor* della giurisprudenza per i procedimenti camerale con funzioni contenziose, tanto che essi non solo sono salvi dai sospetti di incostituzionalità, ma anche

Quanto al secondo aspetto, relativo al ricorso straordinario in cassazione, la sentenza n. 2255/1984 viene considerata come una delle pronunce in cui la Suprema Corte ha dubitato della piena correttezza dell'interpretazione sostanzialista con la quale essa aveva legittimato, ormai da trent'anni, l'uso del procedimento in camera di consiglio nelle materie contenziose.

Infatti, l'esigenza della Cassazione di rendere esperibile il reclamo endofallimentare contro i provvedimenti decisorio del giudice delegato se, da un lato, voleva porre un filtro al giudizio di legittimità onde evitare un sovraccarico di lavoro per la Corte, dall'altro, si basava anche sulla consapevolezza che il solo ricorso di legittimità non fosse di per sé sufficiente a garantire la tutela giurisdizionale dei diritti, perché incapace di sostituire completamente il grado di merito, seppur illegittimamente disciplinato, dell'art. 26 l.fall.

Si tratta, in sostanza, di una delle rare pronunce in cui la Cassazione ha messo in dubbio l'idoneità del ricorso straordinario a garantire la tutela dei diritti, come invece aveva sempre asserito con riferimento ai provvedimenti camerali decisorio. In realtà, come abbiamo avuto modo di mettere in luce nel corso del nostro studio sui procedimenti camerali nelle procedure concorsuali, un rilievo di questo genere non ha altro pregio di rientrare in un'una casistica isolata rispetto al *favor*, costantemente riconfermato, per il procedimento camerale contenzioso.

In ogni caso, con la sentenza del 1984, la Cassazione ha tracciato una guida interpretativa del reclamo endofallimentare che, grazie alla sua capacità di incidere sul diritto vivente, è, in ultima analisi, prevalsa

possono integrare (e rendere costituzionale) un sistema destinato altrimenti a cadere sotto la scure del giudice delle leggi”, così TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, Giappichelli 2005, 176 e ss.

sull'impostazione adottata dalla Corte costituzionale³⁴⁰ ed è stata definitivamente recepita dal legislatore nel testo vigente dell'art. 26 l.fall³⁴¹.

³⁴⁰ Corte cost., 22 novembre 1985, n. 303, in *Giust. civ.*, 1986, I, 323.

³⁴¹ Infatti, attualmente, la disciplina del reclamo endofallimentare continua a basarsi sulla distinzione tra provvedimenti decisorio e provvedimenti meramente ordinatorio: i primi sono reclamabili nel termine di dieci giorni, generalmente previsto per i provvedimenti camerale; il provvedimento reso in sede di reclamo è, poi, ricorribile per cassazione; i secondi, invece, sono reclamabili, sempre nel termine di dieci giorni, ma per questi non è ammesso il ricorso per cassazione data la natura non decisoria.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Come era stato premesso nell'introduzione, questo studio ha avuto l'esito di confermare l'importanza delle tematiche processuali nell'ambito del diritto fallimentare, in cui è possibile apprezzare, più di altre branche del diritto, la funzione strumentale esercitata dal processo rispetto ai diritti positivamente sanciti. Sotto questo profilo, lo studio del rito camerale è risultato estremamente fecondo, offrendo l'opportunità di mettere in luce le ripercussioni che possono derivare alla tutela effettiva dei diritti dalla riduzione delle “*garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute*”³⁴².

In particolare, si è avuto modo di sottolineare come l'effettività di un diritto non passi solamente per gli strumenti processuali che l'ordinamento prevede a tutela del medesimo, ma anche dalle concrete modalità applicative di tali strumenti, risultando inoltre fondamentale, in un rito come quello camerale, l'osservanza di prassi omogenee all'interno degli stessi tribunali.

Con riferimento specifico alle procedure concorsuali, invece, si è visto come l'esigenza di pervenire ad una celere definizione della procedura abbia portato il legislatore ad applicare il rito camerale in luogo di quello ordinario a cognizione piena, con l'esito di sacrificare diritti costituzionalmente sanciti, portando ad una rilettura costituzionale dei procedimenti in camera di consiglio.

Tali considerazioni hanno consentito di arrivare alla conclusione che il processo ordinario di cognizione non può essere concepito come la risposta a tutte le domande, ma che è importante consentire le medesime

³⁴² Così la Corte costituzionale nella già citata sentenza 11 febbraio 1999, n. 26.

garanzie costituzionali pur essendo legittimo differenziare le modalità di attuazione processuale della tutela a seconda delle materie trattate.

Alla luce di ciò, il ricorso sempre più crescente a soluzioni stragiudiziali di composizione della crisi di impresa risulta un forte segnale dell'inadeguatezza degli strumenti processuali a tutela del ceto creditorio, il quale preferisce ormai accettare svantaggiose soluzioni concordatarie pur di ottenere una minima soddisfazione del proprio diritto di credito, piuttosto che affidarsi alla tempistica tutt'altro che "ragionevole" del processo di fallimento.

In questi termini, appare ormai necessario un ripensamento del modello processuale di riferimento per le procedure concorsuali che non può più essere identificato nei procedimenti in camera di consiglio: questi ultimi, infatti, si sono rilevati inadeguati sia nella loro applicazione "pura", in quanto privi delle garanzie processuali minime costituzionalmente garantite; sia nella loro funzione di "contenitore neutro", integrato dalle forme tipiche del procedimento ordinario a cognizione piena, a causa dell'eccessiva durata della procedura.

Il vero cambiamento, infatti, non può consistere in un'ennesima integrazione dei procedimenti camerale, bensì nella definizione di un nuovo "rito fallimentare", diversificato sia dalle forme del rito camerale che da quelle del rito ordinario, che si presenti come una tutela processuale "differenziata" idonea ad assolvere celermente alla composizione della crisi, senza perdere di vista le tutele processuali costituzionalmente dovute ai soggetti che ne sono coinvolti.

Bibliografia

ALLORIO E., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, I, 487 e ss.

ARIETA G., *Giurisdizione camerale e sindacato contenzioso*, in *Riv. di dir. proc.* 1995, II, 1076.

ARIETA G., *Giurisdizione camerale e sindacato contenzioso*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1075.

ARIETA G., DE SANTIS F., MONTESANO L., *Corso base di diritto processuale civile*, CEDAM 2010.

BENINCAMPI A., *La riforma del concordato preventivo*, in *www.treccani.it*, 2013, 2.

CALAMANDREI P., *Processo e giustizia*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale civile*, Padova, 1953, 16 e ss.

CANALE G., *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in *www.judicium.it*.

CAPPONI B., *Le informazioni del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 911 e ss.

CARNELUTTI F., *Espropriazione del credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, 676 e ss.

CARRATTA A., *La procedura camerale come “contenitore neutro” e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*, in *Giur. It.*, 1996, I, 1301.

CARRATTA A., *La “semplificazione” dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Giappichelli 2012, 167 e ss.

CARRATTA A., *Dell'esdebitazione del fallito e della sua illegittimità costituzionale*, in *Giur. it.* 2009, I, 401.

CARRATTA A., *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, *Enc. dir.*, Annali II, tomo I, Milano 2008, 878.

CARRATTA A., *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, I, 2, 2007.

CASTAGNOLA A., *Introdotta il principio del contraddittorio nel procedimento di esdebitazione successivo a chiusura del fallimento*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 781 e ss.

CASTAGNOLA A., *L'esdebitazione del fallito*, in *Giur. comm.*, I, 448.

CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 431 e ss.

CERRATO A., *Considerazioni critiche sulla cd. "teoria estensiva" del "soddisfacimento parziale dei creditori concorsuali" ex art. 142, capoverso, legge fallim., quale presupposto oggettivo per ottenere il beneficio dell'esdebitazione*, in *Dir. fall.*, 2, 2013, 154 e ss.

CHIARLONI S., *Giusto processo e fallimento*, in *Fall.*, 2002, 257.

CHIARLONI S., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI M. e VERARDI C., Franco Angeli, Milano 2001.

CHIARLONI S. e CONSOLO C., *I procedimenti sommari e speciali*, UTET 2005, vol. III, 213.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist. Napoli 1960, 40.

CIVININI M. G., *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino 1994, vol. I.

CIVININI M. G., *Dichiarazione giudiziale di genitura naturale e rito applicabile innanzi al tribunale per i minorenni*, in *Foro it.*, rep. 1996, voce Filiazione, n. 23

CIVININI M. D. e VERARDI C.M., *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile (Atti del Convegno dell'Elba 9-10 giugno 2000)*, FRANCO ANGELI 2001.

COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975, 595.

COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, IL MULINO 2011, 173.

COMOGLIO M., *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 738.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Giappichelli 2012, vol. I, 761-762.

COSTANTINO G., *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in *Società*, 2000, II, 161 e ss.

COSTANTINO G., *La esdebitazione*, in *Foro it.* 2006, V, 209.

COSTANTINO G., *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO – F. MACARIO, Giuffrè 2010, 207 e ss.

COSTANTINO G., *Il giusto processo di fallimento*, in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Giappichelli 2010, 383.

COSTANTINO C., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie.*, in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Giappichelli 2011, 354.

COSTANTINO G., *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 111.

COSTANTINO G., *Profili processuali dello schema di decreto delegato per la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2005, 992.

COSTANTINO G., *Riforma delle procedure concorsuali. Profili processuali*, in *Fall.*, 2005, 997.

DE MARINI C. M., *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, I, 255 e ss.

DE SANTIS F., *Istruttoria prefallimentare e diritto di difesa*, in *Fall.*, 2008, 329.

DE STEFANO F., *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, CEDAM 2002.

DENTI V., *I procedimenti camerale come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 1097 e ss.

DIDONE A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (presupposti procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 9.

FABIANI M., *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Fall.*, 2008, 1098.

FABIANI M., *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. proc.* 2010, II, 767.

FABIANI M., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 902.

FABIANI M., *Primi spunti di riflessione sulla regolazione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile" (l. 27 gennaio 2012, n. 3)*, in *Foro it.*, 2012, V, 96.

FABIANI M., *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, sez. *Dottrina e opinioni*, 2012, 2.

FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953.

FAZZALARI E., *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 909 e ss.

FAZZALARI E., *Uno sguardo storico e sistematico (ancora sul procedimento camerale e tutela dei diritti)*, Atti del XVII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Palermo 6-7 ottobre 1989).

FABIANI M., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi di impresa*, in *www.ilcaso.it*, sez. *Dottrina e opinioni*, 2012, 1.

FERRI C., *L'art. 111 Cost. e le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2002, I, 1435.

FERRI C., *L'esdebitazione*, in *Fall.* 2005, 9, 1086.

FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di ANGELICI C. e FERRI G., UTET 2010, 636.

FERRO M., DI CARLO A., *L'istruttoria prefallimentare*, UTET 2010, 4.

FILIPPI P., *La soddisfazione dei creditori concorsuali ai fini della concessione del beneficio dell'esdebitazione*, in *Giur. merito* 2009, 11, 2795.

FREDANI F., *Esdebitazione del fallito e presupposti: la parola alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *www.treccani.it*, 5.

FREDANI F., *Nuove modifiche per le procedure concorsuali*, in *www.treccani.it*.

GRASSO E., *I procedimenti camerale e l'oggetto della tutela*, in *Riv. Dir. Proc.* 1990, 35-66.

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Giappichelli 2012, 18.

LANFRANCHI L., *Alice nel paese dell'amministrazione straordinaria, ovvero il sistema scomodo e l'ordinamento dimenticato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 223.

LANFRANCHI L., *Costituzione e procedure concorsuali*, Giappichelli 2010, 1 e ss.

LANFRANCHI L., *Diritto al compenso ed incostituzionalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 41.

LANFRANCHI L., *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. It.*, 1989, I, 33 e ss.

LANFRANCHI L., *La "cameralizzazione" del giudizio sui diritti*, in *La roccia non incrinata, garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Giappichelli 2011, 143.

LANFRANCHI L., *I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali e nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *I procedimenti in camera di consiglio e tutela dei diritti*, 1990, 906 e ss.

LANFRANCHI L., *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, in *La roccia non incrinata, garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Giappichelli 2011, 318.

LANFRANCHI L., *Enciclopedia Giuridica Treccani*, voce *Giusto processo*, I) *Processo civile*, 8.

LIUZZI G.T., *Procedimento per la dichiarazione di fallimento ed omessa notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza*, in *Fall.* 2010, 5, 559.

LANFRANCHI L., *Procedure concorsuali e tutela dei creditori*, Milano, 1989.

LO CASCIO G., *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fall.*, 2013, I, 9.

LORENZINI L., *Disorientamenti giurisprudenziali sull'impugnabilità dei decreti del giudice delegato*, in *Dir. fall.*, 1991, II, 503.

MALTESE D., *I procedimenti in camera di consiglio: profili generali*, relazione in occasione dell'Incontro di studio organizzato dal CSM in Frascati, nei giorni 13-15 marzo 1997

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Giappichelli 2009, vol. I, 20 e ss.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile* a cura di A. CARRATTA, Giappichelli 2011, vol. IV, 245 e ss.

MANDRIOLI C., *I 'cd. procedimenti camerali su diritti' e il ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 921-922.

MANDRIOLI C., *Incompetenza territoriale, separazione personale e volontaria giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957, II, 303 e ss.

MARINUCCI E., *La domanda di concordato preventivo dopo il "decreto sviluppo": legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, I, 435.

MAROLLO A. C., *Diritto di difesa e contraddittorio nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2012, 4, 421

MENCHINI S., *La pregiudizialità contenziosa nei procedimenti (camerali) di volontaria giurisdizione (poteri del giudice ed effetti della decisione)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1071 e ss.

MICHELI G. A., *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. di dir. proc.*, 1947, I, 197.

MICHELI G.A., *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1947, I, 18 e ss.

MICHELI G.A., *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Proc.* 1957, 527-554.

MONTESANO L., *"Dovuto processo" su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 915 e ss.

MONTESANO L. e ARIETA G., *Diritto processuale civile*, Giappichelli 2000, vol. IV,194.

MONTINARI M., *La nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento: questioni aperte in tema di istruzione e giudizio di fatto*, in *Fall.* 2007, 5, 561.

NOCERA L., *La convocazione del debitore ex art. 15 l.fall. tra tutela del contraddittorio e specificità del processo fallimentare*, in *Fall.* 2008, 7, 778.

PAGANO M., *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, in *Dir. e Giur.*, 1996, I, 50 e ss.

PAGNI I., *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di BUONOCORE V. e BASSI A., Cedam 2010, 558.

PAGNI I., *Procedimento e provvedimenti cautelari ed esecutivi*, in *Fall.*, 2012, 9, 1063.

PANZANI L., *Fallimento e giusto processo*, in *Fall.*, III, 2002, 237.

PANZANI L., *La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012*, in *www.treccani.it*, 2013, 1.

PATTI A., *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, a cura di FABIANI M. - PATTI A., *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Lo Cascio G.*, Milano 2006, 282.

PERROTTI N., *L'inviolabilità del diritto alla difesa e l'art. 15 della legge fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1957, I, 532 e ss.

PIVETTI M., *Per un processo giusto e ragionevole*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI M.G. e VERARDI C.M., Franco Angeli, Milano 2001, 59.

PLENTEDA D., *Il diritto di difesa del debitore nel procedimento prefallimentare*, in *Fall.* 2009, 6, 727.

PROTO PISANI A., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 268

PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 407 e ss.

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, JOVENE 2012, 670.

PUNZI C., *Il processo civile, sistema e problematiche*, Giappichelli 2010, vol. III, 95 e ss.

RICCI G. F., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 436 e ss.

SANTANGELI F., *Auto ed etero tutela dei creditori nelle soluzioni concordate delle crisi di impresa. Le tutela giudiziali dei crediti nelle procedure concorsuali ante crisi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 606.

SCARSELLI G., *Articolo 111 della Costituzione e incompatibilità del giudice nel processo civile, fallimentare e minorile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI M.G. e VERARDI C.M, 87.

SCARSELLI G., *Brevi note sul giusto processo fallimentare*, in *Foro it.* 2001, I, 113 e ss.

SCARSELLI G., *La esdebitazione della nuova legge fallimentare*, in *Dir. fall.* 2007, I, 39.

SCARSELLI G., *L'esdebitazione arriva in Cassazione*, in *Fall.* 2010, 6, 675.

SCARSELLI G., *L'esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari*, 2008, 7, 820.

SCHIAVON G., *La riforma del concordato preventivo*, a cura di DI MARZIO F., in *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, Torino 2006, 27 e 45.

SHAPIRO D., *Federal Rule 16: A look at the Theory and Practice of Rulemaking*, in *137 U. Pa. L. Rev.*, 1989, 1974.

SILVESTRINI A., *Rito camerale e tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nel fallimento*, in *Dir. fall.*, II, 2002, 660.

SPIOTTA M., *L'esdebitazione del fallito e il diritto di difesa dei creditori*, in *Giur. comm.* 2008, 2, 289.

TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè 1992, 462 e ss.

TARZIA G., *La tutela dei creditori concorsuali dopo la riforma: ridotta o diversa?*, in *Fall.* 2007, IV, 369.

TISCINI R., *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 659.

TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, Giappichelli 2005, 176 e ss.

TROCKER N., *Il valore costituzionale del giusto processo*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI M. e VERARDI C., Franco Angeli, Milano 2001.

VECCHIANO M., *Diritto di difesa del debitore nel procedimento prefallimentare e rimessione della decisione al collegio*, in *Fall.*, 2009, 11, 1284.

VELLA P., *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Fall.* 2013, I, 82.

VIGNERA G., *Il giusto processo regolato dalla legge*, in *Giusto processo e riti speciali*, Milano 2009, 12.