UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di laurea

IL PROCESSO SEMPLIFICATO: UNO SGUARDO D'INSIEME ALLE CRITICITÀ DEI RITI IN MATERIA FALLIMENTARE

Il Relatore:
Prof. Menchini Sergio

Il Candidato:
Loisi Daphne

A.A. 2018/2019

INDICE

Introduzione

PARTE PRIMA

CAPITOLO PRIMO

Processi a cognizione sommaria in quanto deformalizzata

1.1 Distinzione preliminare tra cognizione - modus procedendi e cognizione – accertamento 9

1.2 Connotati della cognizione piena: contraddittorio anticipato e *iter* processuale legalmente predeterminato 10

1.3 Cognizione sommaria come deviazione dallo schema processuale previsto per il processo a cognizione piena ed esauriente 12

1.3.1 Ammissibilità ed esigenze che giustificano il ricorso a tecniche di tutela giurisdizionale sommaria 18

1.4 La tendenza alla semplificazione e deformalizzazione processuale: l'idea del legislatore di eliminare ogni "formalismo eccessivo" in un'ottica di efficienza e di ragionevole durata 21

1.4.1 Le posizioni dottrinali variamente a sostegno di uno schema processuale flessibile e dotato minimo di un di contraddittorio 32

1.4.2 Il giusto processo regolato dalla legge: la conoscibilità delle regole del gioco è davvero un “formalismo eccessivo”? 38

1.4.3 La predeterminazione legale delle forme, dei termini, degli atti e dei poteri delle parti e del giudice come garanzia del principio di uguaglianza ex art 3 Cost. 41

1.4.4 Controllabilità della formazione del convincimento del giudice ed effettività del diritto di difesa 43

1.4.5 La conseguente correlazione tra cognizione piena e giudicato 49

1.5 Esempi di processo semplificato con funzione decisoria 53

1.5.1 Il processo sommario di cognizione ex art 702 *bis* c.p.c.: criticità di un processo atipico e deformalizzato 54

1.5.2 La tendenza del legislatore a servirsi delle forme duttili del rito camerale in materia contenziosa 58

1.5.3 Il processo semplificato nell’ambito della legge fallimentare ed esigenze sottese 61

CAPITOLO SECONDO

Problematiche del processo semplificato in ambito fallimentare

2.1 La controversa natura dei riti semplificati fallimentari e l'idoneità al giudicato 66

2.1.1 Natura del procedimento per la dichiarazione di fallimento 68

2.1.2 Sentenza dichiarativa di fallimento e decreto di rigetto: limiti ed oggetto del giudicato 76

2.1.3 Natura del processo di accertamento del passivo 84

2.1.4 Efficacia endo-processuale del giudicato del decreto che dà esecutività allo stato passivo 94

2.2 Diritto di difesa ed esigenze di certezza dei traffici giuridici 101

2.2.1 Legittimazione a reclamare contro la sentenza dichiarativa di fallimento e contro il decreto di rigetto 106

2.2.2 Inibitoria speciale nel giudizio di reclamo ex art 18 l. fall. e portata retroattiva limitata della sentenza di revoca del fallimento 109

2.3 Criticità della ragionevole durata della procedura di fallimento 117

2.3.1 Regime applicabile alle domande tardive e ultratardive di insinuazione al passivo 124

2.3.2 Processi che si innestano nella procedura fallimentare 128

2.3.3 Art 118, secondo comma, l. fall.: chiusura del fallimento in presenza di giudizi pendenti 141

PARTE SECONDA

CAPITOLO TERZO

Soluzioni adottate dal nuovo Codice della Crisi: d.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14

3.1 La riforma introdotta dal Codice della crisi in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 148

3.1.1 Il procedimento unitario e la trasformazione del fallimento in liquidazione giudiziale 150

3.1.2 Passi avanti in tema di garanzie ed esigenze di tutela delle parti 161

3.1.3 Le soluzioni (problematiche) in tema di accertamento del passivo 169

3.1.4 La procedura di chiusura in presenza di giudizi pendenti 173

3.2 Considerazioni conclusive 176

Bibliografia 179

Introduzione

Il presente lavoro esordisce con l'analisi della deviazione dei processi deformalizzati, semplificati a cognizione sommaria dal *modus procedendi* che caratterizza la cognizione piena e delle diverse manifestazioni della tutela sommaria, per soffermarsi sull'evidente tendenza del legislatore processuale alla sommarizzazione della tutela contenziosa e cognitiva e sulle esigenze che questa sommarizzazione vorrebbe veder realizzate.

Questa tendenza induce a ricorrere sempre più di frequente a modelli processuali sommari e decisori, utilizzando finanche il rito camerale, ideato per tutt'altro tipo di intervento giurisdizionale, in materia contenziosa e cognitiva, pur di garantire una tutela sì incontrovertibile, ma che sopraggiunga il più celermente possibile, mentre il processo a cognizione piena ed esauriente, che si manifesta prima di tutto nelle vesti del rito ordinario di cognizione, vive una profonda e perdurante crisi.

Il desiderio di giungere all'accelerazione e alla speditezza della tutela giurisdizionale porta oggi a percepire le forme processuali e le correlate garanzie come una zavorra di cui liberarsi a favore di un'ampia discrezionalità del giudice nel regolare le forme e i termini del processo, ma è ineluttabile che i vari processi decisori deformalizzati, semplificati debbano fare i conti con le garanzie del giusto processo e con la correlazione necessaria tra cognizione piena e giudicato, presupponendo quest'ultimo il massimo possibile di contraddittorio, di prove, di accertamento.

Le stesse criticità si riscontrano anche in ambito fallimentare, dove il processo semplificato di fallimento – oggi di liquidazione giudiziale – appare indubitabilmente deputato a condurre all'autorità propria del giudicato, nonostante una diversa soluzione sia applicabile al processo di accertamento del passivo e alle sue impugnazioni, e dove i processi

semplificati si trovano in bilico tra l'esigenza di salvaguardare il diritto di azione, di difesa e la tutela delle parti, l'esigenza di assicurare la certezza del diritto e la necessità di intervenire tempestivamente a fronte dello stato di insolvenza.

Palesemente anche in materia concorsuale è pur sempre la ragionevole durata del processo il faro che orienta la creazione di forme processuali snelle e semplificate, che si vorrebbe giungessero ad impartire tutela in tempi rapidi, ma non altrettanto certo è che questo obiettivo possa dirsi in tal modo davvero soddisfatto, non ultimo anche nella recente riforma dettata dal Codice della crisi e dell'insolvenza in materia concorsuale.

PARTE PRIMA

CAPITOLO PRIMO

PROCESSI A COGNIZIONE SOMMARIA IN QUANTO DEFORMALIZZATA

Sommario:1.1 Distinzione preliminare tra cognizione – modus procedendi e cognizione – accertamento; 1.2 Connotati della cognizione piena: contraddittorio anticipato e *iter* processuale legalmente predeterminato; 1.3 Cognizione sommaria come deviazione dallo schema processuale previsto per il processo a cognizione piena ed esauriente; 1.3.1 Ammissibilità ed esigenze che giustificano il ricorso a tecniche di tutela giurisdizionale sommaria; 1.4 La tendenza alla semplificazione e deformalizzazione processuale: l'idea del legislatore di eliminare ogni formalismo eccessivo in un'ottica di efficienza e ragionevole durata; 1.4.1 Le posizioni dottrinali variamente a sostegno di uno schema processuale flessibile e dotato di un minimo di contraddittorio; 1.4.2 Il giusto processo regolato dalla legge: la conoscibilità delle regole del gioco è davvero un "formalismo eccessivo"?; 1.4.3 La predeterminazione legale delle forme, dei termini, degli atti e dei poteri delle parti e del giudice come garanzia del principio di uguaglianza ex art 3 Cost.; 1.4.4 Controllabilità della formazione del convincimento del giudice ed effettività del diritto di difesa; 1.4.5 La conseguente correlazione tra cognizione piena e giudicato; 1.5 Esempi di processo semplificato con funzione decisoria; 1.5.1 Il processo sommario di cognizione ex art 702 *bis* c.p.c.: criticità di un processo atipico e deformalizzato; 1.5.2 La tendenza del legislatore a servirsi delle forme duttili del rito camerale in materia contenziosa; 1.5.3 Il processo semplificato nell'ambito della legge fallimentare ed esigenze sottese

1.1 Distinzione preliminare tra cognizione – modus procedendi e cognizione – accertamento

Preliminarmente è opportuno tracciare una linea di demarcazione tra cognizione intesa come accertamento del giudice e cognizione intesa come modus procedendi, per evitare di incorrere in errori ed equivoci. La cognizione – modus procedendi si riferisce alle modalità di svolgimento del giudizio, di trattazione delle questioni secondo le quali il giudice acquisisce gli elementi utili per accertare i fatti, mentre nel secondo caso la cognizione si riferisce all'accertamento dei fatti di causa.

Nel prosieguo si darà conto della distinzione tra processi a cognizione piena e processi a cognizione sommaria, tuttavia già da ora possiamo anticipare che nei processi a cognizione sommaria l'accertamento è realizzato con un modus procedendi, con delle modalità differenti, che presentano deviazioni rispetto al processo a cognizione piena[1].

Se si volge l'attenzione alla cognizione intesa come accertamento, non è escluso che si possa ottenere un accertamento pieno, completo dei fatti anche quando ci troviamo di fronte ad un processo sommario, deformalizzato: è sicuramente possibile che nel caso concreto "il fatto sia conosciuto in modo nient'affatto superficiale, benché con modalità in tutto o in parte diverse da quelle ordinarie"[2].

La qualificazione della natura di un procedimento come cognizione piena o cognizione sommaria, in sintesi, è strettamente connessa alla struttura del processo[3]. Quella parte della dottrina che, all'opposto,

---

[1] A. CARRATTA, *Le condizioni di ammissibilità del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. It.,* 2010, 3.

[2] M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*. *Nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 470, in nota 190.

[3] Per completezza è necessario menzionare l'opposta opinione dottrinale, che associa tutela giurisdizionale sommaria e cognizione piena. In via esemplificativa parte della dottrina ritiene, per quanto riguarda il procedimento sommario di cognizione ex art 702 bis c.p.c., che la semplificazione delle forme sia ininfluente sul livello qualitativo della cognizione, parlando così di processo sommario ma a cognizione piena ed

scrive di processi di cognizione sommari come sommari "solo nel nome e non nella sostanza[4]", ritenendo che assicurino la pienezza della cognizione, evidentemente finisce per identificare la sommarietà della cognizione con l'accertamento sommario, meno pregnante, confondendo due elementi distinti, ossia l'accertamento dei fatti e le modalità in cui esso si estrinseca[5].

1.2 Connotati della cognizione piena: contraddittorio anticipato e *iter* processuale legalmente predeterminato

Prima di analizzare le tecniche di tutela giurisdizionale sommaria e la loro ammissibilità è necessario mettere in luce quelle caratteristiche che costituiscono il proprium della cognizione piena.

Andando a ricercare le difformità tra processi a cognizione piena e processi a cognizione sommaria, è possibile evidenziare che i primi si caratterizzano per schemi procedimentali predeterminati da una norma generale e astratta, mentre per i secondi gli schemi processuali diventano flessibili, semplificati o indeterminati, essendo rimessi in gran parte alla discrezionalità del giudice.

Il processo a cognizione piena si contraddistingue, appunto, per un *iter* processuale rigorosamente predeterminato dalla legge per quanto riguarda forme, termini, poteri, facoltà processuali, doveri delle parti e del giudice e modalità in cui si attua il contraddittorio.

---

esauriente, uno per tutti R. MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato,* in *Riv. Dir. Proc.,* 2015, 4-5, 916. Tuttavia questa parte della dottrina non coglie il fulcro della differenza tra cognizione piena ed esauriente e cognizione sommaria: si deve guardare non tanto alla qualità dell'accertamento, quanto alle gravi ricadute che forme indeterminate, semplificate hanno in punto di garanzie.

[4] R. TISCINI, *Il procedimento sommario di cognizione, fenomeno in via di gemmazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 1, p. 112.

[5] Aderisce alla concezione che considera la sommarietà della cognizione come espressione di un accertamento sommario P. PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Giuffré, Milano, 2011, p. 64 e ss.

L'altro aspetto che qualifica la cognizione piena è la possibilità delle parti di far valere tutte le proprie difese prima che il giudice emetta il provvedimento finale e dunque il realizzarsi di un contraddittorio pieno e anticipato.

Nel processo ordinario di cognizione del II libro c.p.c. e negli altri processi speciali a cognizione piena è il legislatore che determina il modo in cui le parti partecipano alla formazione del convincimento del giudice e i criteri di giudizio, regolando le allegazioni, i termini a difesa per le parti, la tipicità dei mezzi di prova e delle modalità di formazione e assunzione delle prove precostituite e costituende all'interno del processo, la forma e motivazione del provvedimento conclusivo. La cognizione piena si snoda, in sostanza, lungo attività processuali che nella loro interezza o quasi sono disciplinate dal legislatore e non lasciate alla discrezionalità del giudice.

Occorre precisare che il processo ordinario di cognizione non è l'unico modello processuale che risponde o può rispondere alle caratteristiche della cognizione piena ed esauriente: il legislatore ben potrebbe modulare diversamente il contenuto delle forme e dei termini del processo a cognizione piena o creare processi speciali a cognizione piena, nel rispetto delle garanzie inderogabili del diritto di difesa, del diritto alla prova, del diritto al contraddittorio e purché ne risulti un processo massimamente regolato dalla legge[6].

Queste caratteristiche garantiste fanno sì che al processo a cognizione piena consegua un provvedimento idoneo ad acquisire la forza del giudicato.

---

[6] A. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena,* in *Riv. Dir. Civ.,* 2002, 2, p. 10265*,* il quale afferma: "Il valore della cognizione piena è quindi dato più dalla predeterminazione legale del modello di processo che dal contenuto di questa predeterminazione, contenuto, infatti, che – fermi i minimi su indicati – può variare non solo diacronicamente ma anche sincronicamente (si pensi al fenomeno dei riti speciali a cognizione piena)."

1.3 Cognizione sommaria come deviazione dallo schema processuale previsto per il processo a cognizione piena ed esauriente

La tutela giurisdizionale sommaria si estrinseca in una deviazione dalle due proprietà che connotano il valore della cognizione piena ed esauriente: o difetta di un contraddittorio pieno e anticipato rispetto alla pronuncia del giudice o di una regolamentazione rigorosamente fissata dalla legge delle forme e dei termini lungo i quali si snoda l'attività processuale delle parti e del giudice.

Possono essere individuate due macro-categorie di processi sommari in base alla tipologia di deviazione realizzata rispetto ai caratteri della cognizione piena ed esauriente: processi a cognizione sommaria in quanto parziale e processi a cognizione sommaria in quanto superficiale[7].

Nei procedimenti a cognizione sommaria – parziale la deviazione è relativa alla realizzazione del contraddittorio, che non si realizza in modo preventivo, ma in modo posticipato ed eventuale, potendo essere realizzato una volta intervenuta la pronuncia del giudice da parte del convenuto, destinatario del provvedimento, e che non è pieno, perché non verterà su tutti i fatti rilevanti, bensì solamente sui fatti costitutivi che l'attore allega a fondamento del diritto fatto valere, giacché il convenuto non ha la possibilità di contraddire ed allegare i fatti modificativi, estintivi, impeditivi a sostegno delle proprie difese prima che venga emanato il provvedimento giudiziale. In tal caso tradizionalmente la cognizione si definisce parziale.

La cognizione sommaria – superficiale invece ha ad oggetto tutti i fatti allegati dall'attore e dal convenuto a fondamento della domanda e delle eccezioni, ma si differenzia dal modello della cognizione piena ed esauriente in quanto le modalità di realizzazione del contraddittorio e di

[7] Intendiamo qui riferirci alla distinzione individuata da A. PROTO PISANI, *Tutela sommaria*, in *Foro It.,* anno 2007, parte V, col. 241.

accertamento dei fatti non sono predeterminate in via legislativa, ma lasciate alla discrezionalità del giudice[8]. Possiamo affermare che i processi a cognizione sommaria in quanto superficiale si manifestano in quei modelli processuali semplificati, accelerati, deformalizzati, dove non è il legislatore che detta le cadenze, le forme, i termini dell'attività processuale, ma all'opposto è il giudice che li forgia. La formula emblematica di questa struttura processuale è ravvisabile nell'art. 669 *sexies* c.p.c., dove si stabilisce che "il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda", che non a caso viene riproposta quasi integralmente per il procedimento sommario di cognizione[9] all'art. 702 *ter* c.p.c. L'intero procedimento cautelare uniforme è regolato dall'art. 669 *sexies* c.p.c, che lascia le forme e i termini della fase preparatoria, istruttoria, decisoria del tutto indeterminati o quasi e li rimette in definitiva al potere discrezionale del giudice[10].

Definito ciò che deve intendersi per tutela sommaria, un'ulteriore distinzione fondamentale deve essere ravvisata tra i procedimenti sommari decisori e i procedimenti sommari non decisori, inquadrabili nell'ambito della tutela contenziosa.

I procedimenti sommari decisori sono caratterizzati dalla funzione di accordare una tutela veloce, effettiva, ma d'altra parte per la loro decisorietà hanno lo scopo di offrire una tutela dichiarativa, un

---

[8] A. PROTO PISANI, *Quattro brevi lezioni sul processo civile,* in *Riv. Dir. Proc.,* 2016, 4-5, p. 926*,* il quale, in riferimento alla tutela sommaria – superficiale, evidenzia che "l'attività conoscitiva del giudice, pur avendo ad oggetto sia i fatti che fondano la domanda sia quelli che fondano le eccezioni, non avviene nelle forme e secondo le modalità previste, in funzione di garanzia, per il processo a cognizione piena ed esauriente".

[9] L'unica difformità si ravvisa nell'uso del termine "atti di istruzione rilevanti" al posto di "atti di istruzione indispensabili" da parte dell'art. 702 *ter* c.p.c.

[10] A. PROTO PISANI, *Giusto processo …, cit.*

accertamento del modo di essere delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, che si conclude con un provvedimento suscettibile di giudicato formale e sostanziale.

L. Lanfranchi rileva come "il *proprium* della tutela decisoria sommaria medesima stia per l'appunto, non tanto nell'anticipazione *lato sensu* esecutiva a fini d'effettività (anticipazione *lato sensu* esecutiva garantita dalla rapidità della sommarietà e rintracciabile anche altrove), quanto nella tendenziale stabilità di questa anticipazione[11]."

I procedimenti decisori e sommari nella giurisdizione contenziosa appaiono più approfonditamente come delle fasi di un'unica vicenda cognitiva e decisoria, connesse in via di impugnazione o opposizione ad una successiva fase procedimentale a cognizione piena[12], nonostante parte della dottrina ritenga di poter configurare anche procedimenti sommari decisori privi di questa correlazione con un successivo giudizio a cognizione piena ed esauriente. La struttura sommaria decisoria risulta in ogni caso come un quid diverso rispetto alla cognizione piena, finalizzato a dare una tutela veloce, accelerata, ma stabile e incontrovertibile, adeguando le strutture e le forme lungo cui si articola il processo.

Vogliamo ricordare un insegnamento non molto recente, ma ancora attuale, di Chiovenda, che considerava come nei procedimenti sommari decisori talvolta vi è la possibilità di contraddittorio anticipato, mentre "in altri casi il contraddittorio può avere luogo solo dopo la notificazione

---

[11] Intendiamo qui richiamarci alla distinzione tra tutela sommaria decisoria e tutela sommaria non decisoria tracciata da L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 8-9, il quale considera "la tutela decisoria sommaria alla luce della durata fisiologica o patologica del processo a cognizione piena, dei possibili inconvenienti derivanti da tale durata (danni da ritardo o da successiva infruttuosità pratica, diseconomia dei giudizi nel caso di mancanza di contestazione o nel caso opposto di abuso del diritto di difesa, ecc.), della conseguente opportunità di evitare o ridurre la durata anche fisiologica per le appena indicate ragioni".

[12] Deve essere sottolineato che la successiva fase a cognizione piena è una fase solo eventuale, azionabile dalla parte e che non dovrà, quindi, essere necessariamente espletata, ma potrà essere oggetto di libera rinuncia da parte degli interessati. Per approfondimenti *ivi*, p. 37-41.

del provvedimento, sia che l'attore debba provocare la convalida, sia che tocchi all'avversario proporre opposizione: in mancanza di questa il provvedimento, sia ordinanza, sentenza o decreto, *transit in vir iudicati*" o comunque la causa deve poter essere "restituita alle sue forme ordinarie" in sede di impugnazione[13].

Brevemente occorre soffermarsi sulla tutela sommaria non decisoria, che si ramifica in provvedimenti sommari cautelari, provvedimenti sommari con finalità essenzialmente esecutive e provvedimenti sommari con effetti soltanto endoprocessuali[14].

I processi sommari cautelari sono volti ad assicurare una tutela urgente, basata sui presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris,* senza però la stabilità propria del giudicato, dato che la tutela cautelare è per definizione provvisoria, potendo sempre perdere efficacia o essere sostituita dal provvedimento che conclude il successivo giudizio di merito a cognizione piena. Anche i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata ex art. 669 *octies,* comma 6°, c.p.c. anticipano gli effetti del provvedimento di merito, rispetto alla cui emissione sono strumentali, nonostante sia allentata "la stretta e rigida concatenazione temporale tra il provvedimento cautelare e il successivo giudizio di merito[15]", che può sempre essere instaurato successivamente, e vedono espressamente statuita la loro non invocabilità in un diverso processo e la loro modificabilità e revocabilità in ogni tempo in base a determinati presupposti[16].

---

[13] G. CHIOVENDA, *Sulla natura contenziosa e sui conseguenti effetti dei provvedimenti emessi dal Tribunale in base all'art 153 del Cod. di Comm*., in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1931, p. 311 ss.

[14] A. CARRATTA, *Tutela sommaria come alternativa al processo ordinario ed al giudicato,<https://www.academia.edu/20674242/Tutela_sommaria_come_alternativa_al_processo_ordinario_e_al_giudicato>*, dove mette in evidenza la tendenza del legislatore a servirsi di provvedimenti sommari senza finalità decisorie come alternativa al processo a cognizione piena e al giudicato.

[15] *Ibidem.*

[16] Artt. 669 *octies*, ultimo comma e 669 *decies*, secondo comma c.p.c., per cui, non iniziato o estinto il giudizio di merito, "la revoca e la modifica dell'ordinanza di accoglimento, esaurita l'eventuale fase del reclamo proposto ai sensi dell'articolo 669-terdecies, possono essere richieste al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare

Proseguendo la nostra analisi, possiamo inserire sia i provvedimenti sommari – semplificati – esecutivi sia i provvedimenti con efficacia endoprocessuale nell'area della tutela giurisdizionale non decisoria, in quanto non consistono in un accertamento su situazioni giuridiche sostanziali idoneo ad assumere efficacia di giudicato. In entrambi i casi sono misure autonome dal giudizio a cognizione piena, che può sempre essere azionato in futuro dalle parti per ottenere un accertamento dichiarativo e stabile dei propri diritti.

I provvedimenti sommari – semplificati – esecutivi sono configurabili soltanto laddove non abbiano effetti dichiarativi e decisori e, quindi, non sia nemmeno possibile ottenere la trasformazione del giudizio sommario in giudizio a cognizione piena, ma abbiano all'opposto solamente effetti esecutivi e provvisori sulla base di un accertamento minimo. Si tratta di procedimenti, di cui non è del tutto pacifico che si ritrovino esempi nel nostro ordinamento, se non l'ormai abrogato processo sommario societario del d.lgs. 5/2003, che predispongono semplicemente un titolo esecutivo, senza accertare che la prestazione sia dovuta.

Attore e convenuto, pertanto, potranno sempre rispettivamente non accontentarsi del provvedimento sommario o contestarlo in un giudizio all'esito del quale ottenere un accertamento pieno e ad ogni effetto della propria pretesa[17].

Parte della dottrina comprende in questa categoria sia i procedimenti sommari con funzione puramente esecutiva, sia quei provvedimenti sommari che non hanno efficacia dichiarativa, ma chiudono un processo semplificato a cui poteva seguire ma in concreto non è seguita una fase di merito. Rientrerebbero in questa sottocategoria i provvedimenti conclusivi della fase interdittale e sommaria dei procedimenti possessori

---

se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare."

[17] Dubita che nel nostro ordinamento siano rinvenibili casi di procedimenti sommari puramente esecutivi e ne vede un esempio, appunto, nel procedimento sommario societario dell'art. 19 d.lgs 5/2003, abrogato con la l. 69/2009, *F. P. LUISO, Diritto processuale civile, IV*, Giuffré, Milano, 2015 p. 114-120.

dell'art. 703 e ss. c.p.c, che parte della dottrina qualifica come misure provvisorie che danno al ricorrente una tutela anticipata in funzione meramente esecutiva e che non potrebbero cambiare natura, acquisendo un contenuto di accertamento, dopo che non viene proseguito il giudizio di merito. Si tratterebbe di misure che definiscono la controversia all'esito di una fase sommaria, in modo non stabile, senza autorità di giudicato e che hanno solamente la funzione di formare un titolo esecutivo, senza accertare la situazione sostanziale. Altra parte della dottrina, tuttavia, data la trasformabilità del procedimento sommario in processo a cognizione piena, ritiene che a seguito della rinuncia della parte alla suddetta trasformazione si formi il giudicato sostanziale proprio dei provvedimenti decisori[18].

I provvedimenti sommari con efficacia endoprocessuale hanno effetti solamente all'interno del processo in cui sono emanati, non essendo invocabile la loro autorità in ulteriori e diversi giudizi.

Il decreto che rende esecutivo lo stato passivo ed i provvedimenti assunti all'esito dei giudizi di impugnazione, opposizione e revocazione producono effetti solamente ai fini del concorso secondo l'art. 96 l. fall. In questo caso particolare si tratta di provvedimenti, assunti nel contesto di un procedimento deformalizzato e perciò sommario, che hanno un contenuto di accertamento, ma di un particolare diritto di tipo processuale, il diritto al concorso e proprio perché l'accertamento riguarda una situazione processuale e non sostanziale, che si esaurisce nell'ambito del processo stesso, non proietta la sua efficacia oltre e al di

[18] Propende per la qualificazione nel senso di provvedimenti sommari meramente esecutivi, considerando anche che il modello a cui fa riferimento il legislatore all'art. 703 c.p.c. è quello dei provvedimenti cautelari anticipatori, S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. Dir. Proc*., 2006, 3, p. 869, mentre propendono per la tutela sommaria dichiarativa e decisoria, come provvedimenti che statuiscono con forza di giudicato sul diritto alla conservazione pacifica del possesso, F. P. LUISO, *ivi*, p. 290-305 e A. CARRATTA, *Tutela sommaria* …, cit.

là di questo, pertanto queste tecniche di tutela sommaria non sono inseribili tra i provvedimenti sommari decisori[19].

1.3.1 Ammissibilità ed esigenze che giustificano il ricorso a tecniche di tutela giurisdizionale sommaria

Volendo indagare sulle esigenze che tradizionalmente sono state alla base della tutela giurisdizionale sommaria, in primo luogo troviamo quella di non sopportare il costo di un giudizio a cognizione piena nel caso non ci sia una contestazione effettiva.

In secondo luogo la tutela sommaria cerca di evitare l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto che ha torto allo scopo di guadagnare tempo e in terzo luogo cerca di dare una risposta alla domanda di una tutela effettiva che potrebbe essere messa a repentaglio dalla durata, anche fisiologica, di un processo a cognizione piena ed esauriente[20].

Per ottemperare alle esigenze di economia dei giudizi il legislatore utilizza il procedimento monitorio, che può condurre ad una pronuncia di condanna potenzialmente definitiva inaudita altera parte, lasciando scegliere all'obbligato se instaurare o meno un processo a cognizione piena, con i relativi costi, o fa uso di tecniche incidentali di tutela sommaria in caso di non contestazione della domanda, es. l'ordinanza provvisionale di condanna dell'art. 186 *bis* c.p.c[21], per cui si discute se

---

[19] Nonostante in questo caso sia esercitata una funzione dichiarativa, di accertamento, non si tratta di un accertamento su diritti sostanziali e status, bensì l'oggetto dell'accertamento è una situazione processuale e pertanto si parla di giudicato con efficacia circoscritta, solo endoprocessuale.

[20] Ci riferiamo qui alla classificazione operata da A. PROTO PISANI, *Tutela sommaria* …, cit. e riproposta anche da G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. Dir. Proc*., 2015, 3, 646 e da A. CARRATTA, *Tutela sommaria* …, cit.

[21] L'ordinanza per il pagamento di somme non contestate all'art. 186 c.p.c. è rilasciata se il convenuto in parte ammette e in parte contesta di dovere una certa somma con difese articolate. La questione decisa con ordinanza può sempre essere riproposta prima che la causa passi in decisione ed è modificabile e revocabile dal giudice, tuttavia se il processo di cognizione si estingue l'ordinanza mantiene efficacia

sia inquadrabile tra i provvedimenti puramente esecutivi o tra i provvedimenti su cui cade il giudicato sostanziale.

Dato che la durata del processo dipende dalla necessità di provare i fatti costitutivi, ma anche estintivi, modificativi e impeditivi e il convenuto potrebbe abusare del diritto di difesa solamente a fini dilatori, un ulteriore sistema di tutela sommaria consiste nella possibilità per l'attore di ottenere, in casi tipici, un provvedimento di condanna con riserva delle eccezioni, basato sulla prova piena solo dei fatti costitutivi, con cui dare impulso al processo di esecuzione forzata, e condizionato rispetto all'accoglimento delle eccezioni[22].

Ogni processo a cognizione piena ed esauriente si svolge inevitabilmente entro un certo lasso di tempo e la sua durata, che è in una certa misura fisiologica, può vanificare l'effettività della tutela giurisdizionale, rendendo infruttuoso il futuro procedimento di esecuzione o permettendo il determinarsi di un pregiudizio irreparabile per il diritto leso. Rispondono all'esigenza di garantire una tutela giurisdizionale effettiva o anticipata i processi decisori e sommari, i processi sommari cautelari e quindi non decisori, nonché i processi sommari – semplificati – esecutivi ed endoprocessuali, sempre inquadrabili tra i procedimenti sommari non decisori.

Se è vero che i processi cautelari si muovono nell'ottica di fornire una tutela urgente, tempestiva e provvisoria, di fronte al pericolo di un pregiudizio che potrebbe colpire il diritto nelle more del processo di merito[23], anche i processi sommari e decisori vogliono offrire una tutela veloce e tempestiva, ma allo stesso tempo stabile e incontrovertibile.

---

esecutiva. Per approfondimenti F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, II,* Giuffré, Milano, 2015, p. 70-71.

[22] Come ricorda A. PROTO PISANI, *Tutela sommaria* …, cit., il provvedimento di condanna con riserva delle eccezioni è previsto dal legislatore solamente in casi tipici, es. nel caso di opposizione al decreto ingiuntivo, non fondata su prova scritta o di pronta soluzione, ex art. 648 c.p.c.

[23] Per un'analisi completa sulla tutela cautelare – sommaria si rinvia a F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, IV* …, cit., p. 195-245.

Molte volte però l'attore non ha bisogno di ricorrere alla tutela dichiarativa e decisoria, che dia vita ad un accertamento stabile, irretrattabile della situazione sostanziale, che detti la regola di condotta delle parti in relazione ad un certo bene della vita, ma necessita di un provvedimento, seppure instabile e non invocabile in ulteriori processi, che sia un titolo esecutivo per poter realizzare la propria pretesa.

Per tale motivo si sono diffusi provvedimenti sommari – semplificati – esecutivi che risolvono velocemente la controversia con effetti esecutivi e non stabili all'esito di un procedimento semplificato.

Infine i provvedimenti con efficacia processuale più semplicemente hanno la funzione di risolvere controversie interne ad una procedura, che coinvolgono situazioni di tipo processuale.

Volendo evidenziare un punto di comunanza tra i procedimenti sommari decisori, sommari cautelari e sommari – semplificati – esecutivi, tutti assolvono ad una necessità di accelerazione e anticipazione della tutela giurisdizionale, nonostante si basino su presupposti diversi e svolgano funzioni diverse, perché non si debbano sopportare gli inconvenienti che derivano invece dai tempi lunghi del processo a cognizione piena, sotto il profilo dell'effettività della tutela o dell'economia dei giudizi o dell'abuso del diritto di difesa[24].

Quando le parti hanno bisogno di ricorrere alla tutela giurisdizionale e vogliono ottenere una tutela rapida, che giunga il più brevemente possibile e che perciò giunge all'esito di un procedimento che presenta delle semplificazioni o destrutturazioni, deviando dal modello della cognizione piena ed esauriente, potrebbero anche accontentarsi per il momento di un provvedimento sommario, con effetti meramente esecutivi o cautelari – anticipatori o persino decisori, e non dare vita o

[24] Inconvenienti che possono rendere la tutela infruttuosa, per esempio per distruzione o occultamento dei beni, o non tempestiva, perché frattanto si è prodotto un danno da ritardo per il diritto fatto valere, o vanno in senso opposto rispetto all'economia dei giudizi, nel caso in cui manchi una contestazione effettiva, o derivano dall'abuso del diritto di difesa a fini dilatori.

proseguire un giudizio dichiarativo a cognizione non sommaria[25] nell'immediato.

1.4 La tendenza alla semplificazione e deformalizzazione processuale: l'idea del legislatore di eliminare ogni formalismo eccessivo in un'ottica di efficienza e ragionevole durata

Oggi si assiste sempre di più ad una tendenza alla sommarizzazione e semplificazione in campo processuale da parte del legislatore, tendenza di cui rappresentano delle tappe recenti l'utilizzo in ambito contenzioso del procedimento camerale regolato dagli artt. 737 e ss. c.p.c., la l. 69/2009[26], che ha introdotto un processo sommario di cognizione fortemente atipico all'art. 702 *bis* c.p.c., e il tentativo di razionalizzazione e di riduzione dei vari riti speciali presenti nel nostro ordinamento contenuto nel d.lgs. 150/2011[27].

Un primo processo sommario venne affiancato al cosiddetto rito formale già dal codice di procedura civile del 1865, dove il processo formale era previsto come rito ordinario per le cause davanti al tribunale e alla corte di appello e disciplinato dettagliatamente. Nel rito formale la fase introduttiva dello scambio delle comparse iniziava con la citazione, che non conteneva la data dell'udienza, e aveva una durata pressoché

---

[25] Mettono in evidenza la comparsa di una giurisdizione senza finalità cognitive, senza accertamento delle situazioni soggettive sostanziali, né cautelari, che si contrappone come alternativa alla tutela dichiarativa e all'accertamento con autorità di giudicato S. MENCHINI, *Nuove forme …*, cit. e A. CARRATTA, *Tutela sommaria …*, cit.

[26] Legge 18 giugno 2009, n. 69, "Disposizioni sullo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile".

[27] Il decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, "Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione", dà attuazione alla delega al governo per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione contenuta all'art. 54 l. 69/2009, nell'ottica di una reductio ad unum dei vari riti speciali esistenti, che vengono per la maggior parte ricondotti al modello del processo del lavoro, se presentano prevalenti caratteri di concentrazione processuale o ufficiosità dell'istruzione, al modello del processo sommario di cognizione, se presentano prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa, e al modello del processo ordinario di cognizione per la restante parte.

indeterminata, terminando solamente quando la parte, non avendo più da replicare alle difese della controparte, decideva di iscrivere al ruolo la causa. Questo momento fissava il prodursi di preclusioni e investiva il giudice della controversia, mentre la conduzione della fase preparatoria era in mano ai difensori delle parti e non al giudice, che ne rimaneva estraneo, al contrario che nel rito sommario, il quale iniziava con una citazione ad udienza fissa e veniva applicato davanti al pretore e al conciliatore e nei casi previsti dalla legge davanti al tribunale e alla corte di appello. Quest'ultimo era un procedimento dotato di un'istruttoria aperta, con la possibilità per le parti di presentare nuove richieste e deduzioni, e una disciplina piuttosto scarna, per cui l'art. 392 del suddetto codice rinviava per quanto non regolato alle norme del rito formale, in quanto applicabili[28].

Attualmente, dopo la diffusione di riti speciali a cognizione piena modellati sulle particolarità delle situazioni controverse, al processo a cognizione piena ed esauriente si accostano forme di tutela giurisdizionale sommaria nell'esercizio della funzione dichiarativa e decisoria su diritti e status.

Già nel 1987 Lanfranchi poneva l'attenzione su come "il nostro ordinamento prevede bensì numerose ipotesi di procedimenti decisori sommari, caratterizzati da una contenziosa cognizione dei diritti o status controversi incompleta, superficiale, talora priva di qualsiasi contraddittorio e di qualsiasi istruzione probatoria: cognizione, anche quando c'è e non è ridotta ad una sostanziale finzione, sempre comunque non piena ed esauriente" e su come sia prevista "la

[28] Con la riforma del 1901 poi il rito sommario divenne la regola e fu modificato in modo da dare ad ogni parte la possibilità di chiedere un solo rinvio a fronte delle nuove difese e allegazioni introdotte dalla parte avversa (o fino a quattro rinvii se c'era l'accordo delle parti). Si occupano di tracciare un'analisi del rito formale e del rito sommario del codice del 1865 G. BALENA, *Alla ricerca del processo ideale, tra regole e discrezionalità,* in *Il giusto processo civile*, II, 2018, P. PORRECA, op. cit., e F. CIPRIANI, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I.

decisorietà di siffatti procedimenti-provvedimenti speciali, vale a dire la loro attitudine all'autorità-efficacia del giudicato in senso proprio"[29].

Oltre al procedimento monitorio e agli altri procedimenti sommari che si inseriscono pacificamente come subprocedimenti o come fasi di un'unica vicenda giurisdizionale a cognizione piena, ammissibili soltanto sulla base di requisiti tipici, con la recente l. 69/2009 è stato inserito nell'ordinamento e nel codice di procedura civile il procedimento sommario di cognizione, un procedimento dove il giudice, sentite le parti, omette ogni formalità non essenziale al contraddittorio e provvede agli atti di istruzione rilevanti nel modo che ritiene più opportuno. È nato così un rito sommario e atipico, perché semplificato, deformalizzato nella trattazione e nell'istruzione, non regolato rigorosamente dalla legge e perché non risponde a presupposti speciali e specifici di ammissibilità[30], che si conclude con un provvedimento dichiarativo suscettibile in tutto e per tutto di acquisire l'autorità del giudicato e fare stato ad ogni effetto secondo l'art. 2909 c.c. Una parte della dottrina legge in questo procedimento "un fenomeno in via di gemmazione"[31], destinato a prendere il sopravvento sul rito ordinario, facendo il parallelo con quanto accaduto al rito sommario e al rito formale del codice del 1865.

Nella stessa direzione di sommarizzazione si muove anche l'uso o l'abuso in materia contenziosa e dichiarativa del procedimento in camera di consiglio, destrutturato all'estremo e totalmente rimesso ai poteri discrezionali del giudice per quanto riguarda il suo svolgimento, essendo determinati solamente la forma del ricorso, la possibilità per il giudice di assumere informazioni, il provvedimento finale con decreto motivato, la reclamabilità del provvedimento, la sua revocabilità e

---

[29] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, op. cit., p. 13.

[30] I quali potrebbero essere la prova scritta, la qualità del creditore, la particolarità del diritto che si vuole tutelare, il *periculum in mora*, ecc.

[31] R. TISCINI, op. cit.

modificabilità in ogni tempo e poco altro[32], lasciando nell'area dell'indeterminatezza i termini a difesa, le modalità con cui si realizza il contraddittorio, le modalità e i termini della fase preparatoria, istruttoria e decisoria. Questa massima semplificazione delle forme processuali è giustificata dal fatto che i provvedimenti camerali sono pensati per la giurisdizione volontaria, dove il giudice svolge compiti para – amministrativi di gestione di interessi, e sono revocabili e modificabili in ogni tempo, quindi non hanno bisogno delle garanzie che tradizionalmente accompagnano i processi contenziosi e dichiarativi. Nonostante ciò il legislatore sovente ha richiamato la disciplina degli artt. 737 e ss. c.p.c. per procedimenti che realizzano una tutela dichiarativa[33], un accertamento idoneo al giudicato, come accade nella legge fallimentare o in materia di procedimenti familiari[34].

Successivamente il d. lgs 150/2011 "sulla riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione" ha ricondotto al procedimento sommario di cognizione[35] come rito esclusivo la maggior parte dei procedimenti dichiarativi regolati da leggi speciali e caratterizzati dalla semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa, che in gran parte seguivano il rito camerale. Tra le esclusioni dall'ambito di

---

[32] Si prevede inoltre la non reclamabilità dei provvedimenti presi dalla corte di appello o dal tribunale, l'efficacia del provvedimento una volta decorso il termine senza proporre reclamo, la possibilità di disporre che il decreto abbia efficacia immediata per ragioni di urgenza.

[33] Analizzano la cameralizzazione del processo sui diritti P. PORRECA, op. cit., L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 309 e ss. e A. CARRATTA, *La procedura camerale come contenitore neutro e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*, in *Giur. It.*, 1996, 7.

[34] Solo in via esemplificativa si ricordano in materia familiare l'art. 4, comma 12, l. 898/1970 in materia di appello contro la sentenza di divorzio, l'art. 736 *bis* c.p.c. in tema di ordini di protezione contro gli abusi familiari, l'art. 9 l. 898/1970 in tema di revisione delle disposizioni che riguardano l'affidamento dei figli o la misura dell'assegno divorzile e nella l. fall. il procedimento per la dichiarazione di fallimento, il procedimento di accertamento del passivo e il procedimento di impugnazione contro gli atti del giudice delegato e del tribunale.

[35] Il d.lgs. 150/2011 all'art. 3 stabilisce che non si applica la possibilità di conversione del rito sommario in rito ordinario, né l'esclusione del rito sommario nelle controversie decise collegialmente.

applicazione del d.lgs. 150/2011 rientrano, secondo l'art. 54, comma 4, *d)*, della l. delega 69/2009, i procedimenti concorsuali e i procedimenti in materia di famiglia e minori.

Il proliferare della tutela sommaria con funzione decisoria indubbiamente va ricollegato alla profonda e perdurante crisi[36] che coinvolge il rito ordinario di cognizione, caratterizzato dalla pienezza della cognizione. In modo pressoché pacifico la dottrina ritiene che la crisi e quindi la durata eccessiva del processo civile sia determinata in massima parte da un problema ordinamentale, la scarsità di risorse, e dal problema dell'arretrato, per cui il numero dei processi ordinari di cognizione pendenti a fine anno è maggiore del numero dei processi definiti entro l'anno[37], e in piccola misura anche da problemi di tipo processuale. Franco Cipriani nella sua analisi sulle problematiche che affliggono i processi di cognizione rileva come il codice di procedura civile del 1942 abbia introdotto tutta una serie di termini perentori, ridotto i diritti delle parti, rafforzando quelli del giudice e togliendo alle parti il controllo sui tempi del processo, per indurle ad attivarsi, partendo dal presupposto che le parti vogliano perdere tempo e "non vogliano vuotare il sacco subito"[38], e abbia introdotto col giudice istruttore una suddivisione in fasi dello stesso processo di primo grado e un suo dilungamento. La riforma del 1950 soppresse le preclusioni, riammise i *nova* in appello, concesse il reclamo al collegio verso le ordinanze sull'ammissibilità e rilevanza della prova, ma lasciò sopravvivere il

---

[36] Da F. CIPRIANI, op. cit., emerge che i procedimenti civili di cognizione di fronte ai tribunali avevano in primo grado una durata media di 6 mesi nel decennio 1929-1938, mentre negli ultimi anni hanno avuto una durata media di 3 anni.

[37] Affronta il tema della crisi del processo civile A. PROTO PISANI, *Crisi della giustizia civile: intervenire è possibile ma servono capacità tecniche e buon senso*, in *Foro it*., 2013, V, col. 229.

[38] F. CIPRIANI, op. cit., dove Cipriani sottolinea che si tolse alle parti la possibilità di citare ad udienza fissa e anche che l'introduzione del giudice istruttore, che preparava ed istruiva la causa per poi rimetterla alla decisione del collegio, finì per dividere il processo ordinario di primo grado in fasi distinte, mettendo un diaframma tra le parti e il giudice collegiale, che scendeva in campo da ultimo e poteva ignorare anche del tutto le decisioni del giudice istruttore, e finì per allungare così i tempi di svolgimento della causa.

giudice istruttore e non riuscì a risolvere i problemi che si erano creati. Successivamente iniziò a serpeggiare la preoccupazione per la lunghezza dei tempi del processo ordinario, dato anche che negli anni '70 aumentò complessivamente il numero delle cause proposte e pendenti di fronte ai Tribunali. Bisogna ricordare che, se prima del dopoguerra le cause erano suddivise proporzionalmente tra i conciliatori, che erano molto numerosi, i giudici e i pretori grazie alla competenza per valore, nel frattempo il ruolo del conciliatore era scomparso quasi del tutto, dato che non era stata aumentata a sufficienza la sua competenza per valore e quindi il carico giudiziario si ritrovò a gravare quasi interamente sui tribunali e sulle preture.

In questa situazione invalse la prassi per il giudice di rimandare a lungo l'udienza di discussione e con essa anche la decisione, non potendo decidere tutte le controversie entro tempi brevi.

La riforma del 1990 introdusse un sistema di preclusioni, escluse le nuove eccezioni e le nuove prove, non indispensabili, in appello, muovendosi sempre nell'ottica che le parti volessero temporeggiare e cercando di ridurre in questo modo la durata del giudizio di seconde cure. Con la riforma si cercò di realizzare un processo concentrato e fu soppresso poi il collegio come regola, per cui tutta la causa si poteva svolgere di fronte al giudice istruttore, ma si obbligò il giudice a fissare due prime udienze distinte, l'udienza di comparizione e l'udienza di trattazione, oggi unite nell'udienza di comparizione e trattazione della causa, a cui si aggiungeva l'udienza per l'assunzione delle prove, suddividendo ulteriormente il processo di cognizione di primo grado in fasi distinte[39].

Ricostruite molto brevemente le vicende che hanno influito nel corso degli anni sul processo a cognizione piena ed esauriente contribuendo ad una sua crisi, occorre chiarire quale sia l'obiettivo del fare ricorso

[39] Si rinvia all'analisi accurata svolta da Cipriani sulle modifiche strutturali che hanno inciso sul processo di cognizione dal codice del 1865 alla fine del 1990 e sulle loro conseguenze in termini di crisi del processo, *Ibidem.*

nell'ambito della tutela dichiarativa ai procedimenti sommari perché destrutturati, affidati nelle loro forme e termini alla discrezionalità del giudice e non alla predeterminazione della legge.

Il processo a cognizione piena ed esauriente ha bisogno del resto di un certo lasso di tempo in cui realizzarsi e quando la sua durata da fisiologica diventa patologica iniziano a proliferare forme varie di tutela sommaria per evitare gli inconvenienti di tale durata, tra cui per l'appunto procedimenti decisori semplificati, indeterminati, accelerati.

Indubbiamente l'esigenza di fondo che si vorrebbe vedere assicurata è quella di speditezza, celerità e accelerazione della tutela giurisdizionale dichiarativa e il mezzo di cui ci si serve è l'introduzione di procedimenti decisori dalle forme semplificate, ammantati di un alone di indeterminatezza, e il conseguente potenziamento del ruolo e della discrezionalità del giudice nel determinare le modalità in cui il processo si svolge.

In realtà non siamo di fronte ad un tentativo del tutto innovativo e originale, basta pensare che già nel 1306 con la *Clementina Saepe* di Papa Clemente V si creò un processo sommario per rimediare alle lungaggini del processo romano canonico[40], che faceva a meno delle solennità di quest'ultimo, realizzando una semplificazione del meccanismo processuale per ottenere un processo flessibile, adattabile al singolo caso e affidato ai poteri discrezionali del giudice, che doveva abbandonare tutte quelle formalità che apparivano non necessarie ed evitare ogni tattica dilatoria. Lo stesso desiderio di realizzare l'accelerazione e la semplificazione del processo ha portato oggi a percepire le forme processuali e le correlate garanzie come una zavorra inutile, come dei lacci e lacciuoli che appesantiscono e allungano i tempi

[40] Con la Clementina Saepe vennero dati al giudice poteri di direzione del procedimento in modo da abbreviare il più possibile la controversia ed evitare dilazioni e vennero eliminate alcune solennità del processo romano canonico, tra cui la *litiscontestatio*, come evidenzia A. TEDOLDI, *Chiarezza e sintesi tra mito e realtà*, in *Riv. Dir. Proc*., 2018, 3, p. 669.

del processo, di cui è necessario liberarsi[41]. Se è vero che il processo di cognizione da sempre si trova in tensione tra due poli contrapposti, l'esigenza di far bene e quella di far presto[42], oggi l'esigenza di far presto è preponderante e a questo fine ci si libera dei vincoli delle forme, le modalità, le forme e l'*iter* di svolgimento del processo vengono ridotti ai minimi termini e i poteri discrezionali del giudice accentuati.

Quando la volontà è quella di realizzare una "giustizia" rapida, di accelerare la tutela giurisdizionale, la sua durata e conclusione, la stella polare nel firmamento del legislatore dal 1306 ad oggi è sempre stata quella di sfrondare ogni formalismo all'apparenza inutile e di ampliare e rafforzare il ruolo del giudice. È ampiamente dimostrato dal processo sommario di cognizione del codice di rito, dove il giudice fa uso di un'ampia discrezionalità nel valutare la sussistenza dei requisiti di ammissibilità, ossia se la causa possa essere decisa con istruzione sommaria[43], e nel decidere le modalità in cui si dispiega buona parte del procedimento[44].

Non a caso poi il procedimento sommario di cognizione dell'art. 702 *bis* c.p.c. impone al giudice la formula "omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio" e non a caso si utilizzano le forme, o meglio la mancanza di forme e di formalismo, del procedimento camerale per giudizi contenziosi e decisori.

Il fermento del legislatore processuale allora è tutto improntato ad ottenere processi di cognizione efficienti nel loro funzionamento, in tal senso basta pensare che la legge 69/2009 inserisce il processo sommario di cognizione in un quadro complessivo orientato all'obiettivo della competitività, ed accelerati, rapidi, che diano una tutela dichiarativa

---

[41] Questa percezione è sottolineata, tra gli altri, da P. SANDULLI, *Processo civile: funzionalità e riforme*, in *Riv. Dir. Proc*., 2012, 5, p. 1300.

[42] A. TEDOLDI, op. cit.

[43] Art. 702 *ter*, comma 3, c.p.c. L'altro requisito delineato dall'art. 702 *bis*, comma 1, c.p.c. è l'appartenenza della controversia alla competenza del Tribunale in composizione monocratica.

[44] La pensa così A. CARRATTA, *Le condizioni di ammissibilità* …, cit.

stabile, tempestiva ed anche effettiva, dato che la tempestività della tutela giurisdizionale viene strettamente legata alla sua effettività.

Non è in discussione che il processo giusto debba anche avere una durata ragionevole, secondo l'art. 111, comma 2, Cost., e debba vedere garantita l'efficienza, per dare a chi vanta un diritto in modo fondato tutto e proprio tutto quello che gli spetta in tempi ragionevoli, anche se non si può tacere che, come ha ricordato qualcuno, "il processo dura, non si può fare tutto in una volta sola. È imprescindibile avere pazienza[45]."

Delineata la ratio sottesa ai procedimenti dichiarativi sommari, in quanto superficiali, semplificati, deformalizzati, non è trascurabile chiedersi quale sia la qualificazione che si rinviene a livello dottrinale per questa tipologia di tutela sommaria.

Si pone in modo evidente una netta separazione tra due orientamenti interpretativi, dei quali il primo sostiene che i procedimenti sommari decisori debbano sempre essere inquadrabili come fasi di una più ampia vicenda di tutela dichiarativa e decisoria a cognizione piena. Questa opinione dottrinale legge la tutela sommaria dichiarativa come intimamente connessa con la struttura ordinaria del successivo gravame e ritiene che per i procedimenti sommari decisori "l'attitudine al giudicato sia giustificata soprattutto dalla loro trasformabilità, senza sostanziale soluzione procedimentale di continuità, in cognizione ordinaria o comunque non sommaria"[46], cognizione piena che si concretizza tramite opposizione, contestazione o nel giudizio di appello. Non è necessario che questa trasformazione del procedimento sommario in un processo a cognizione piena si realizzi nel caso concreto, è sufficiente il suo essere a livello potenziale, che la causa possa essere "restituita alle sue forme ordinarie"[47] prima che il provvedimento

---

[45] Espressione attribuita a Francesco Carnelutti, come è riportato da J. MONROY GALVEZ, J.J. MONROY PALACIOS, *Dal mito del processo ordinario alla tutela differenziata*, in *Riv. Dir. Proc*., 2004, 1, p. 71.

[46] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Profili sistematici* …, cit., p. 37-38.

[47] *Ivi*, p. 41-42, riprendendo le parole di G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto* …, cit.

acquisisca definitività, potendo poi la parte decidere liberamente di rinunciare al suo espletamento, in un contesto processuale che si basa sull'impulso di parte e sul principio della domanda. In altre parole è sufficiente che le forme della cognizione piena e le connesse garanzie possano essere recuperate in almeno un grado o una fase del giudizio per tutti quei procedimenti sommari, tra cui anche i procedimenti sommari superficiali, che hanno ad oggetto un accertamento su situazioni soggettive sostanziali e si concludono con un provvedimento idoneo al giudicato sostanziale.

Seguendo questa posizione, parte della dottrina[48] ravvisa un legame inscindibile nella correlazione tra giudicato e cognizione piena, intesa come predeterminazione legale di forme, termini, poteri delle parti e del giudice, e una perdita secca in termini di garanzie riconducibile alla tutela sommaria. La logica conseguenza è ritenere costituzionalmente illegittimo un processo sommario che "per come concretamente strutturato, non sia in grado di assicurare alle parti la possibilità, ove lo vogliano, di esplicare nel modo più completo la propria attività difensiva[49]".

Il secondo orientamento, come riportato già da Lanfranchi nel 1989[50], al contrario qualifica i procedimenti semplificati e decisori come procedimenti puramente ed esclusivamente sommari. Questa parte della dottrina[51] propone da tempo un processo flessibile, elastico, modellato dal giudice a seconda delle situazioni soggettive sostanziali e del caso

---

[48] L'orientamento appena esposto è sostenuto in dottrina da Carratta, Menchini, Lanfranchi, Luiso, Costantino in particolare L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., *passim*, A. CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposti dell'istruzione sommaria: prime applicazioni*, in *Giur. It.*, 2010, 4 e S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corriere Giur*., 2009, 8, p. 1025.

[49] A. CARRATTA, *Tutela sommaria come alternativa* …, cit.

[50] Analizza le opinioni dottrinali a favore di un processo esclusivamente sommario L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Profili sistematici* …, cit., p. 89 e ss.

[51] Questa dottrina annovera, tra gli altri, Denti, Tiscini, Porreca, Caponi, per cui si rimanda a R. TISCINI, op. cit., P. PORRECA, op. cit., R. CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc*., 2016, 6, p. 1442.

concreto, legge le forme e i termini del processo a cognizione piena non come garanzie, bensì come un peso gravoso e superato e porta avanti l'idea che sia indispensabile solamente il rispetto di un minimo di contraddittorio.

In quest'ottica si vede l'essenza di un processo giusto nella flessibilità del processo di cognizione, "in grado di aderire al carattere semplice o complesso della controversia grazie all'incisivo esercizio di poteri di *case management* da parte del giudice"[52], nella sommarizzazione del processo civile, essendo sufficiente che "pur nel rispetto delle garanzie minime costituzionali, assicuri nel breve il risultato di giustizia"[53].

Va tenuto a mente che il presupposto da cui si diramano le convinzioni di questa parte della dottrina sia dato dal fatto di poter parlare di processi sommari ma a cognizione piena, facendo evidentemente confusione sul significato della pienezza della cognizione e scambiandolo per l'accertamento pieno dei fatti di causa[54].

Per concludere l'analisi sulla propensione alla sommarizzazione processuale, occorre fare presente che la stessa emerge non solo nell'ambito della tutela dichiarativa, ma anche nella creazione di forme di tutela senza una funzione dichiarativa o cautelare.

I provvedimenti sommari – semplificati – esecutivi e i provvedimenti sommari con efficacia endoprocessuale seguono lo stesso obiettivo di accelerazione della tutela giurisdizionale, dando alle parti la possibilità di scegliere una forma di tutela non cognitiva, se ritengono di non avere bisogno per il momento di un accertamento con efficacia di giudicato, potendo sempre azionarlo in futuro e rimettere in discussione gli effetti del provvedimento sommario.

In questi casi sicuramente si può giungere ad un provvedimento che dia una soluzione al bisogno di tutela della parte in tempi brevi e andare

[52] R. CAPONI, op. cit.
[53] R. TISCINI, op. cit.
[54] In questo senso *ibidem* e R. MARTINO, op. cit.

nella direzione della ragionevole durata, però bisogna riflettere sulle insidie della tutela sommaria alternativa al giudicato.
Prescindendo dalla riflessione per cui una tutela davvero effettiva dovrebbe attribuire in modo certo, stabile alla parte che ha ragione tutto e proprio tutto quello che ha diritto di avere, come è evidenziato da Carratta si pone un primo problema, perché le parti potrebbero non accontentarsi del provvedimento sommario non decisorio e ricorrere poi al giudizio di cognizione, portando ad una diseconomia complessiva dei giudizi. Un secondo problema sta nel coordinare i risultati ottenuti grazie al provvedimento sommario con il risultato del processo a cognizione piena di accertamento del diritto soggettivo e, infine, un ultimo problema va individuato nel creare ostacoli forse eccessivi per l'esercizio del diritto di difesa del convenuto[55].

1.4.1 Le posizioni dottrinali variamente a sostegno di uno schema processuale flessibile e dotato di un minimo di contraddittorio

Le difficoltà a cui va incontro la funzione giurisdizionale nella sua interezza sono innanzitutto legate al fatto che "l'inosservanza da parte di un soggetto della norma primaria è immediata", mentre la funzione giurisdizionale "richiede il decorso di un certo lasso di tempo[56]" per esplicarsi ed è in questo contesto che si vorrebbe inserire come una sorta di panacea la tutela sommaria decisoria con funzione anticipatoria, acceleratoria della riattribuzione stabile di tutti quei beni che la parte ha diritto di avere.

---

[55] È riportato il pensiero di Carratta espresso nell'analisi sulla tutela giurisdizionale sommaria alternativa al giudicato, vedi A. CARRATTA, *Tutela sommaria come alternativa* …, cit. Per approfondimenti vedi anche S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela* …, cit.
[56] J. MONROY GALVEZ, J. J. MONROY PALACIOS, op. cit.

Tra coloro che in dottrina sostengono da tempo[57] l'idea di un processo decisorio flessibile e puramente sommario bisogna annoverare Colesanti e Mandrioli, che teorizzano già dalla fine degli anni '60 una cognizione decisoria esclusivamente sommaria, tale in quanto non è una fase di una più ampia vicenda a cognizione piena né vede garantito almeno un grado di cognizione piena ed esauriente.

Entrambi portano avanti l'idea che sia necessario e sufficiente un contenuto minimo insopprimibile di contraddittorio, in particolare Mandrioli sostiene che sia "'utile ed anche opportuna' la sostituzione della cognizione piena con 'forme più sbrigative', salve 'sufficienti garanzie di contraddittorio[58]'".

Successivamente, negli anni '80, Denti si fa propulsore di un "giusto processo effettivo elasticamente modellato sulle varie situazioni soggettive soprattutto ad opera del giudice[59]".

Anche Proto Pisani in un primo momento guarda con favore ai processi sommari, ritenendo che giurisdizione e giudicato non siano necessariamente collegati, anzi che la giurisdizione contenziosa dovrebbe concludersi il più delle volte con accertamenti sommari non idonei al giudicato, pur senza scardinare la correlazione tra cognizione piena e giudicato. In un secondo momento, invece, non vede più i processi anticipatori, sommari come alternativa in grado di sostituire la cognizione non sommaria e il giudicato e li mantiene nettamente distinti

---

[57] Per un'analisi più completa degli orientamenti da lungo tempo favorevoli alla proliferazione di procedimenti decisori puramente sommari si rinvia a L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali,* Giappichelli, Torino, 2004 e L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Procedimenti decisori sommari,* Giappichelli, Torino, 2004.

[58] La citazione principale è ripresa da L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, I procedimenti camerali …,* cit., p. 97, mentre per la citazione del Mandrioli si rinvia a C. MANDRIOLI, *Cosiddetti procedimenti camerali su diritti e ricorso straordinario per cassazione,* in *Riv. Dir. Proc.,* 1988, p. 921.

[59] L. LANFRANCHI, *ivi,* p. 96.

dalla tutela decisoria sommaria, che deve potersi trasformare in cognizione piena[60].

Le varie posizioni dottrinali che stiamo analizzando propongono e pongono i processi decisori puramente sommari come la via capace di dare risposta al bisogno di effettività della tutela giurisdizionale e alla crisi del processo a cognizione piena e guardano favorevolmente alla diffusione del rito camerale come rito semplificato in ambito contenzioso.

Il processo decisorio esclusivamente sommario ed in particolare il processo semplificato, destrutturato sembrano essere il punto di arrivo di un percorso storico teso a realizzare la ragionevole durata del processo e l'effettività della tutela giurisdizionale, sfrondando le forme e formalità del processo a cognizione piena, che appaiono sterili e ridondanti.

È necessario fare due precisazioni: la prima riguardante la legittimità costituzionale di un processo flessibile e non regolamentato dal legislatore, la seconda relativa alla terminologia utilizzata da questa parte della dottrina.

In primo luogo ci si dovrebbe chiedere se non si creino attriti tra le convinzioni sopra esposte e la Costituzione, in particolare al suo art. 111, comma 1, il quale prevede che la "giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge" e pertanto prevede una riserva di legge in materia processuale e il suo stretto legame con un processo giusto.

La dottrina considerata, tuttavia, puntualizza che la Costituzione non escluderebbe la flessibilità del processo e la discrezionalità del giudice nel creare le forme processuali più adatte al caso concreto o, detto

---

[60] L. LANFRANCHI, *ivi*, p. 94-95, riporta quanto sostenuto da Proto Pisani nel convegno nazionale di Catania sulla tutela differenziata, tenutosi nel 1978. In questo primo momento è vero che Proto Pisani mantiene ferma la relazione tra cognizione piena e giudicato, ma è altresì vero che raffigura i procedimenti a cognizione piena come ipotesi residuali o eccezionali. Vedi sempre L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Il ricorso straordinario inesistente* …, cit. per il mutamento di opinione intervenuto in Proto Pisani.

diversamente, non imporrebbe la predeterminazione legale delle forme e delle scansioni dell'attività processuale. Allora si renderebbe necessario e sufficiente per rispettare il precetto costituzionale un processo "a ridotta rigidità formale, che consente al giudice di adattare le modalità del procedimento alle diverse esigenze che caso per caso emergono[61]" e un processo di tal genere può anche concludersi con un accertamento stabile e incontrovertibile su diritti e status, purché siano rispettati i "limiti inderogabili del contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale"[62].

A livello terminologico concettuale deve essere evidenziato che la dottrina in esame[63] in massima parte non ragiona in termini di processi puramente sommari con funzione cognitiva, di accertamento ad ogni effetto su diritti e status, e questo accade perché qualifica gli stessi processi sommari – nel senso di deformalizzati – come processi a cognizione piena.

Il più delle volte non viene negata la correlazione tra procedimento cognitivo produttivo del giudicato e cognizione piena, semplicemente perché per identificare ciò che è cognizione piena e ciò che non lo è si utilizzano criteri discretivi altri e ulteriori rispetto a quelli sanciti in precedenza[64].

In via esemplificativa Remo Caponi propone di distinguere tra cognizione piena e sommaria facendo leva sulle "funzioni specifiche cui risponde la tutela sommaria", per cui se il procedimento in esame ha "la funzione di accertare semplicemente chi ha ragione e chi ha torto tra le

---

[61] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Pregiudizi illuministici e giusto processo civile*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 519-520.

[62] Così Remo Caponi nel riportare la seconda delle due concezioni – a cui aderisce, guardando anche ad una prospettiva europea – che si raffrontano in tema di riserva di legge in materia di svolgimento del processo, posta dall'art. 111 Cost. Vedi R. CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc*., 2016, 6, p. 1442.

[63] Vedi Infra, nota 65 e ss.

[64] Vedi in particolare il paragrafo 1.2.

parti[65]" dovrà essere inserito tra i procedimenti a cognizione piena, e, dal momento che la disciplina del processo sommario di cognizione ex art. 702 *bis* e ss. c.p.c. non si riferisce a finalità specifiche, ne conclude debba essere configurato come processo semplificato a cognizione piena.

Parla di processi semplificati e deformalizzati ma a cognizione piena anche Roberto Martino, che insiste sulla mancata copertura costituzionale del modello del processo ordinario di cognizione e sulla discrezionalità del legislatore processuale, sostenendo che la semplificazione "consente semplicemente di conseguire uno snellimento del procedimento" senza incidere sulla qualità della cognizione. In riferimento al rito sommario di cognizione reputa "che il giudice possa derogare solo alle norme che riguardano profili e aspetti secondari e trascurabili della disciplina processuale", come accade per gli atti di istruzione che vengono compiuti in modo deformalizzato, travolgendo solamente le modalità di assunzione delle prove prescritte dal codice di procedura civile. In questo senso l'unico faro e limite alla discrezionalità giudiziale resta il rispetto del principio del contraddittorio[66].

Appaiono sempre trascurabili e rinunciabili le regole sulla formazione della prova in giudizio anche a Roberta Tiscini, che opera una distinzione tra regole rinunciabili e irrinunciabili, tra cui inserisce quelle sulla qualità della prova.

Sia Tiscini che Giovanni Arieta ravvisano nel processo semplificato, che ha la funzione di accelerare l'attività giurisdizionale cognitiva portando

---

[65] R. CAPONI, op. cit., dove tra le finalità specifiche della tutela sommaria richiama: la necessità di evitare il costo di un processo a cognizione piena quando manca una contestazione effettiva, la necessità di dare una tutela effettiva e quindi urgente al diritto dedotto in giudizio e l'esigenza che il convenuto non abusi del diritto di difesa.

[66] R. MARTINO, op. cit., nella cui opinione il fatto che il giudice debba procedere agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto, ex art. 702 *ter* c.p.c., sarebbe già di per sé un limite alla sua discrezionalità e garanzia per il pieno esplicarsi del diritto alla prova su tutti i fatti rilevanti della causa.

ad un provvedimento idoneo al giudicato, e nella destrutturazione delle forme un vantaggio in termini di economia processuale.

Tiscini conferisce alla cognizione sommaria superficiale il valore di cognizione "piena nella sostanza", perché non "parziale sui fatti di causa o limitata sotto il profilo dei mezzi di prova ammessi"[67] e allo stesso modo Arieta intravede l'essenza del procedimento sommario di cognizione nel suo essere un "procedimento semplificato, appartenente all'area della cognizione piena" con "regole procedimentali più snelle e deformalizzate" che garantiscano tempi più brevi per la decisione[68].

Taluni in verità propongono persino di abbandonare le categorie dogmatiche della cognizione piena e della cognizione sommaria e tra questi si colloca, oltre a Tiscini, Porreca.

In riferimento al processo sommario di cognizione e al processo per la dichiarazione di fallimento della l. fall.[69] attualmente in vigore, Porreca accetta di parlare ancora di cognizione sommaria solo se si intende riferirsi ad una cognizione non formalizzata "secondo il modello della cognizione piena, poiché per il resto le esigenze di celerità del giudizio non fanno ombra alla qualità della cognizione".

Nelle sue convinzioni, infatti, la cognizione sommaria assume un altro valore, dal momento che la sommarietà della cognizione è fatta coincidere con un accertamento non pieno, perché parametrata in base al grado di approfondimento, al livello della prova e non alle forme, mentre la sommarietà del procedimento viene ad implicare solamente una sequenza procedimentale deformalizzata e nulla dice sulla pienezza dell'accertamento.

Conseguentemente guardando all'accertamento sui fatti di causa l'autore rileva come non si pongano collisioni tra la sua pienezza e la

---

[67] R. TISCINI, op. cit. In riferimento al rito sommario di cognizione Tiscini ritiene che l'accertamento cognitivo e l'istruzione siano pari a quelli del rito ordinario di cognizione e che la discrezionalità del giudice sia in realtà contingentata.

[68] G. ARIETA, *Il rito semplificato di cognizione*, in *Aperta Contrada*, 2009.

[69] Regio decreto 16 marzo 1942, n 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa).

semplificazione dell'*iter* processuale o la maggiore flessibilità a disposizione del giudice. Il procedimento sommario flessibile ma produttivo di giudicato nel suo pensiero si pone come una scelta rivoluzionaria, alternativa al processo ordinario di cognizione, dal momento che l'accertamento stabile non deve necessariamente "essere raggiunto solo attraverso forme identiche per tutte le fattispecie" e a sostegno della sua tesi[70] invoca anche la giurisprudenza della corte costituzionale, che ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'utilizzo di un rito destrutturato quale quello camerale in materia contenziosa e decisoria, purché siano rispettati i principi cardine del giusto processo[71].
Nelle idee di questa parte della dottrina, che abbiamo limitatamente riportato, in modo unanime non viene messa in dubbio la legittimità costituzionale dei processi sommari o semplificati, purché siano rispettati i principi del giusto processo.
Come ricorda Porreca il processo dovuto nasce come "tutela dall'abuso dei poteri pubblici", ma questa tutela si ritrova "a sua volta concepita come garanzia minima in quanto strutturale", una garanzia minima e non massima che deve garantire il contraddittorio e la terzietà del giudice e "non la predeterminazione assoluta delle regole procedimentali"[72], lasciando ampio spazio alla discrezionalità del giudicante.

1.4.2 Il giusto processo regolato dalla legge: la conoscibilità delle regole del gioco è davvero un "formalismo eccessivo"?

Dopo aver terminato l'analisi delle opinioni dottrinali a favore di quei processi che possiamo definire come decisori, per l'attitudine al

[70] Per le tesi di Porreca sopra esposte vedi P. PORRECA, op. cit.
[71] Tra i principi cardine del giusto processo la Corte ha sovente richiamato: il principio del contraddittorio, la possibilità di difesa tecnica, un'adeguata attività istruttoria, la facoltà di impugnare. Vedi ad esempio Corte cost., 23 aprile 1998, n 141.
[72] P. PORRECA, op. cit.

giudicato, e puramente sommari, perché deformalizzati, flessibili, indeterminati senza possibilità di trasformazione in cognizione piena, è necessario chiedersi se le regole del processo siano oppure no un mero formalismo di cui fare in gran parte a meno.

Se si guarda allo sviluppo delle regole del processo come fenomeno storico già nel 450 a.C. con la legge delle Dodici tavole si vollero rendere conoscibili e certe le leggi applicate dai giudici, mettendole per iscritto, perché le decisioni non fossero frutto del mero arbitrio, e si dettarono regole sulla disciplina del processo civile[73].

Nella storia più recente è tra il XVII e il XVIII secolo con l'affermarsi dello stato moderno in Europa che l'obiettivo diventa rendere certa la disciplina processuale, affidandola all'autorità statuale, esterna rispetto ai soggetti del processo. Lo stato moderno in altre parole decide di "appropriarsi della funzione di rendere giustizia e di rivendicare a sé il monopolio della disciplina del processo"[74], quando fino a questo momento la "'procedura era considerata manifestazione di una ragione pratica e sociale, che si era realizzata nel tempo attraverso la collaborazione della prassi dei tribunali e della dottrina'"[75], ed in tal modo intende soddisfare l'esigenza di controllare l'operato dei giudici[76].

Oggi la formula del "giusto processo regolato dalla legge" è costituzionalmente prevista, e, nonostante l'opinione di coloro che ritengono che non escluda uno schema processuale flessibile, indeterminato e che la regolamentazione rigida delle forme in cui si snoda il processo non attenga necessariamente alla garanzia del giusto

---

[73] In particolare le prime tre Tavole regolano la disciplina del processo civile, disciplinando la chiamata in giudizio, il diritto di azione e i presupposti, le formule delle diverse azioni.
Richiama le Dodici Tavole come inizio del percorso delle regole processuali G. COSTANTINO, *Tutela dei diritti e regole del processo,* in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 6, p. 1418.

[74] R. CAPONI, op. cit., ripercorre a grandi linee le origini storiche del principio di legalità del processo.

[75] R. CAPONI, ibidem, con citazione di N. PICARDI, voce *Processo (dir. Moderno),* in *Enc. Dir.*, vol XXXVI, Milano, 1987, 101 ss.

[76] È riportato anche da G. COSTANTINO, *Tutela dei diritti …,* cit.

processo, è da preferire l'opinione[77] che legge in questa formula un'unione tra le regole processuali ed un processo che possa realmente definirsi giusto.

L'essenza della predeterminazione delle regole del processo da parte di norme generali ed astratte e della loro previa conoscibilità consiste nel garantire la certezza del diritto, nel porre al riparo da un procedere misterioso, rimesso in gran parte all'estro del giudicante, da quella che è stata definita "ingiustizia incivile, perché – in ultima analisi – esclude la certezza del diritto, il principio di legalità, la neutralità del giudice, la stessa separazione dei poteri[78]."

Solo con modalità di svolgimento dell'attività processuale determinate, prefissate dal legislatore è garantito il rispetto del principio di uguaglianza, è assicurato il contraddittorio tra le parti in condizione di parità, si realizza l'imparzialità del giudice[79], sono messi a disposizione delle parti veri e propri poteri processuali, è rafforzata la prevedibilità della decisione, si esplica il diritto di difesa pieno ed effettivo.

Per concludere queste considerazioni introduttive è lecito interrogarsi sul perché, se le forme e le strutture del processo a cognizione piena, in specie nella sua manifestazione primaria come processo ordinario di cognizione, sono davvero un formalismo fine a se stesso, un peso eccessivo e non essenziale per il processo, finendo per allungarne solo i tempi, il legislatore "non abbia ritenuto di incidere direttamente su quel giudizio"[80], senza creare in alternativa tutti gli svariati procedimenti cognitivi sommari semplificati.

---

[77] Riportano le contrapposte opinioni in materia di giusto processo regolato dalla legge L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Pregiudizi illuministici* ..., cit., p. 519 e ss e R. DONZELLI, *Sul giusto processo civile regolato dalla legge*, in Riv. Dir. Proc., 2015, 4-5, p. 942.

[78] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Costi sociali della crisi della giustizia civile e degiurisdizionalizzazione neoliberista*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 399.

[79] Art. 111, comma 2, Cost: "Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata."

[80] Se lo chiede P. SANDULLI, *Processo civile* …, cit.

1.4.3 La predeterminazione legale delle forme, dei termini, degli atti e dei poteri delle parti e del giudice come garanzia del principio di uguaglianza ex art 3 Cost.

Solamente regole processuali predeterminate, certe assicurano il rispetto del principio di uguaglianza formale e sostanziale, previsto dall'art. 3 della Costituzione[81], perché sono garanzia di "parità di trattamento e di uguaglianza non solo all'interno e nello svolgimento della singola controversia" ma anche "tra controversia e controversia", "tra ufficio giudiziario e ufficio giudiziario[82]".

Se manca la predeterminazione legale delle forme e dei termini, dei poteri processuali e delle facoltà delle parti e del giudice, delle cadenze in cui si snoda il processo e delle modalità di realizzazione del contraddittorio non può essere scongiurato il determinarsi di prassi difformi tra i vari uffici giudiziari o anche nello stesso ufficio giudiziario, senza considerare il rischio che il giudice, a cui è affidata un'ampia libertà di *case management*, si ritrovi ad essere sottoposto a pressioni anche illecite[83].

L'applicazione di regole certe, uniformi, rese previamente conoscibili dal legislatore processuale si lega sotto questo profilo, oltre che al principio di uguaglianza, anche al principio di imparzialità del giudice, garantito dalla Costituzione, in specie dall'art 111, comma 2, Cost.

Ogni processo che possa definirsi giusto deve svolgersi di fronte ad un "giudice terzo e imparziale" ed è lo stesso principio di uguaglianza formale e sostanziale ad imporre la terzietà e l'imparzialità del giudice: solo se il giudice non conduce il processo secondo regole che costruisce

---

[81] L'art. 3 Cost. prevede al suo comma 1 che "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali di fronte alla legge" e al suo comma 2 che è compito della Repubblica rimuovere ogni ostacolo di ordine economico e sociale, che limita di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini.

[82] E. IANNELLO, *Il punto su rito camerale contenzioso e giusto processo civile*, in *Diritto.it*, 2002.

[83] Come è messo in evidenza da G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione* …, cit.

di volta in volta in modo discrezionale può davvero essere garantita una sua posizione di equidistanza rispetto alle parti e da ultimo una posizione realmente paritaria per le parti. Come ha affermato Lanfranchi, se i poteri, gli oneri, le facoltà sono discrezionalmente attribuiti alle parti, se i termini, le forme, le modalità di assunzione delle prove sono discrezionalmente stabiliti dal giudice ogni volta, si determina "se non una diseguaglianza programmata, una non meno deprecabile disuguaglianza occasionale, proprio perché, laddove manca la preregolamentazione procedimentale, non esiste una posizione che le parti vengono assumendo nel processo, ex lege"[84].

In questo senso ci si può domandare se sia rispettato o meno il principio di uguaglianza tra le parti – nonché il diritto di difesa – ad esempio per il convenuto che subisce la scelta dell'attore del rito sommario di cognizione ex art. 702 *bis* c.p.c., senza possibilità di opporsi, o se sia rispettata l'imparzialità del giudice nel suddetto procedimento cancellando le garanzie previste dal codice di rito per l'assunzione delle prove[85].

In conclusione le regole del processo si rivelano per il giudice una barriera dietro cui mettersi al riparo dalle più svariate sollecitazioni che potrebbero raggiungerlo dall'interno, come l'essere influenzato dal proposito di favorire la parte più debole, o dall'esterno e per le parti la garanzia di un vero contraddittorio ad armi pari[86].

E del resto "per la nostra Costituzione (…) la vera garanzia è il processo, che deve essere giusto (e deve comprendere le impugnazioni), non il singolo giudice (…), che non è affatto dotato del dono dell'infallibilità[87]".

---

[84] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Pregiudizi illuministici …,* cit., p. 500

[85] Sandulli denuncia la non compatibilità tra questi profili del rito sommario di cognizione e le garanzie offerte dalla costituzione italiana in tema di processo civile, P. SANDULLI, *Il diritto alla difesa nel procedimento sommario di cognizione*, in *Nova itinera*, 2011.

[86] Vedi ivi.

[87] F. CIPRIANI, *I problemi del processo …,* cit.

1.4.4 Controllabilità della formazione del convincimento del giudice ed effettività del diritto di difesa

Approfondendo la nostra analisi dobbiamo accertare se la preregolamentazione delle forme processuali e il diritto di difesa e ad un contraddittorio pieno siano inscindibilmente legati.

È indubbio che il processo giusto debba vedere assicurato il contraddittorio tra le parti, come previsto dall'art. 111, comma 2, della Costituzione. Assicurare il contraddittorio vuol dire rimuovere "ogni ostacolo a far valere le proprie ragioni, ovvero più precisamente (…) ogni ostacolo al pieno esercizio di quei poteri processuali, che costituiscono la declinazione analitica del diritto di difesa e che sono diretti ad incidere sul contenuto della decisione".

Anzitutto si rende necessario, allora, chiedersi quando le parti abbiano realmente a disposizione dei poteri processuali e la prima conclusione che possiamo trarre è che abbandonare la disciplina del processo alla discrezionalità del giudice mal si concilia con la titolarità di veri e propri poteri processuali e non di soggezioni in capo alle parti[88].

In secondo luogo è opportuno partire dalla premessa per cui sono principi immanenti all'intero sistema costituzionale il principio democratico e personalistico, come risulta primariamente dagli artt. 1, 2, 3, 13, 24, commi 1 e 2, 101, 111, commi 1, 2 e 7 Cost[89], e gli stessi principi governano anche la tutela giurisdizionale dei diritti: "come il processo (…) di formazione della legge generale", anche il processo "di

---

[88] È sottolineato da A. PROTO PISANI, *Giusto processo* …, cit., R. DONZELLI, *Sul giusto processo civile* …, cit. e L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Pregiudizi illuministici …*, cit., p. 496 e ss.

[89] L'art. 1 in materia di principio democratico, l'art. 2 in materia di diritti inviolabili dell'uomo, l'art. 3 sul principio di uguaglianza, l'art. 13 sulla libertà personale, l'art. 24 sul diritto di difesa, l'art. 101 sulla soggezione dei giudici soltanto alla legge, l'art. 111 sul giusto processo e i suoi contenuti e sul ricorso straordinario per Cassazione sempre garantito per le sentenze e per i provvedimenti in materia di libertà personale. Quanto detto è evidenziato da R. DONZELLI, ivi e da L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Costi sociali della crisi* …, cit., pp. 398-399.

formazione della legge particolare produttiva del giudicato[90]" è democrazia.

Per poter essere democratico non si può dubitare che il processo debba essere caratterizzato dalla massima partecipazione dei soggetti coinvolti, che abbiano il potere di dire e contraddire su ogni questione sollevata, su ogni iniziativa, tra loro e con il giudice secondo un metodo dialettico di formazione della decisione, ossia abbiano il potere di influire, di partecipare alla formazione del contenuto del provvedimento finale che andrà ad incidere sulla loro sfera giuridica con efficacia di giudicato[91].

Come ricorda Lanfranchi "l'unico processo autenticamente democratico è quello caratterizzato dalla pienezza del contraddittorio e dalle correlate garanzie" e, dunque, dalla partecipazione delle parti ad un *iter* legalmente predeterminato, "non il processo sommario[92]."

La giustizia della decisione e con essa la verità processuale dipendono poi proprio dalle difese che le parti spendono effettivamente per influire sul contenuto della decisione giudiziale: nel processo civile "la verità si coglie (…) quanto più il dialogo è aperto e quante più ampie sono le possibilità di dire e contraddire" sulle iniziative delle parti e del giudice, perché il dialogo non si instaura solo tra le parti, ma anche tra queste e il giudice, alle cui iniziative si deve poter replicare[93].

Perché, tuttavia, sia possibile per le parti esercitare il proprio diritto di difesa e il potere di partecipare alla formazione del provvedimento finale, è necessario che le modalità di svolgimento dell'*iter* processuale e le modalità di questa partecipazione siano precostituite e pertanto previamente conoscibili.

---

[90] L. LANFRANCHI, ivi.

[91] R. DONZELLI, *Sul giusto processo civile* …, cit, che deduce dai principi democratico, personalistico e partecipativo che nessuno possa essere inciso nei propri diritti senza poter influire sul contenuto del provvedimento che lo riguarda.

[92] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Costi sociali della crisi…*, cit., p. 399.

[93] F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit.

Solo la conoscibilità delle modalità, dei termini, delle forme con cui il giudice acquisirà le notizie e con cui le parti potranno contribuire a fondare il suo convincimento, solo la conoscibilità delle regole del gioco permette l'agire e il difendersi in modo pieno ed effettivo[94].

Persino chi, come Balena, guarda con favore ad una sommarizzazione del processo civile, a forme e termini non prefissati dal legislatore, ad un *iter* processuale elastico, si ritrova costretto ad ammettere – in riferimento al rito sommario di cognizione – che la libertà di azione del giudice nel condurre la trattazione e l'istruzione fa sì che ogni udienza potrebbe essere l'ultima, finanche la prima udienza di comparizione, se il giudice ritenesse gli elementi prodotti sufficienti per decidere, e che conseguentemente questa libertà-discrezionalità non è in grado di assicurare che le parti abbiano avuto concretamente modo e tempo di costruire il proprio apparato difensivo e probatorio[95]. Se le parti possono prevedere i tempi e i modi in cui verrà introdotta, istruita, trattata e decisa la causa, hanno realmente la possibilità di preparare le proprie strategie difensive, articolare le richieste istruttorie, conoscere quando e come farle valere, senza dover procedere completamente al buio.

---

[94] Proto Pisani fa presente che già dall'art 24, comma 1 e 2, Cost. si ricava il diritto delle parti di influire sul convincimento del giudice e quindi sulla decisione. A. PROTO PISANI, *Giusto processo …*, cit. Donzelli afferma che il diritto di difesa comprende anche la previa conoscibilità delle regole del gioco, R. DONZELLI, ibidem. Lanfranchi ricorda che la discrezionalità del giudice nell'individuare le regole processuali inficia il diritto delle parti ad un contraddittorio paritario e mette in crisi l'essenza come veri e propri diritti soggettivi dell'agire e del difendersi, L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Pregiudizi illuministici …,* cit., p. 494 e ss.

[95] G. BALENA, *Alla ricerca del processo ideale* …, cit., in riferimento al rito sommario di cognizione. Ciò nonostante Balena non ritiene che questo si traduca in una menomazione significativa dei poteri difensivi delle parti e richiama a favore della sua tesi il fatto che la stessa evenienza è prevista nel rito del lavoro, dove le parti non possono integrare le richieste istruttorie in corso di causa (salvo i mezzi di prova che non abbiano potuto produrre prima in maniera incolpevole o resisi necessari per lo sviluppo del contraddittorio). Sicuramente questo è il sistema previsto nel rito del lavoro, ma la sostanziale differenza tra rito del lavoro e rito sommario sta proprio, rispettivamente, nella previsione di regole certe, conosciute e conoscibili per le parti, per lo svolgimento dell'istruttoria e della trattazione e nell'assenza di qualsivoglia previsione.

Non solo la certezza delle regole del processo permette un contraddittorio pieno ed effettivo, un processo democratico, attribuisce e consente alle parti di esercitare appieno i propri poteri difensivi, ma rende anche controllabile *in iure* la formazione del convincimento del giudice. Del resto già di per sé attribuire dei poteri alle parti vuol dire anche garantire tramite un controllo successivo[96] che questi siano stati loro riconosciuti.

"Se il giudice può regolare il processo nel modo che ritiene più opportuno", secondo la formula diffusa in materia di procedimenti semplificati, "in assenza di previsioni legali sullo svolgimento del processo, non potrà essere denunciato alcun *error in procedendo*[97]*"*, se gran parte dell'*iter* processuale dipende dalla discrezionalità giudiziale lo stesso non potrà essere sottoposto a controllo[98].

"Gli errori nella decisione sono fisiologici" del resto, ma proprio per questo "lo strumento per evitarli è il processo, affinché il giudizio sia il frutto di un percorso predeterminato dalla legge e non di arbitrio, gli strumenti per porvi rimedio sono le impugnazioni[99]".

È opportuno rammentare che nell'ordinamento processuale civile la disciplina delle invalidità degli atti processuali è posta dagli artt. 156, 159 e 161 c.p.c., i quali in primo luogo declinano il principio di tassatività delle nullità, ma in seguito pongono come temperamento il principio del raggiungimento dello scopo, che dà spazio a tutte quelle nullità che, pur non essendo previste dalla legge, possono essere pronunciate dal momento che l'atto non presenta i requisiti di forma – contenuto indispensabili per raggiungere il suo scopo. In questo caso

---

[96] Vedi R. DONZELLI, *Sul giusto processo civile …,* cit.

[97] Lo fa presente, insieme ad altri autori, G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione …,* cit.

[98] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Pregiudizi illuministici* …, cit., p. 496 e 501, per cui così l'*iter* processuale che porta al provvedimento finale diventa non controllabile in sede di legittimità. La non controllabilità *in iure* del procedimento di formazione della decisione è rimarcata anche da A. PROTO PISANI, *Giusto processo …,* cit., e da R. DONZELLI, *Sul giusto processo civile …,* cit.

[99] G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione …*, cit.

siamo allora in presenza di una deviazione dallo schema legale, non sanzionata espressamente dal legislatore, che però rende l'atto inidoneo allo scopo a cui è rivolto. In secondo luogo le norme prevedono che la nullità di un atto processuale si ripercuota sugli atti successivi che ne sono dipendenti, tra cui la sentenza finale, e che valga, infine, il principio di conversione dei motivi di nullità della sentenza in motivi di impugnazione[100].

In punto di controllo di legittimità è l'art. 360 n. 4 c.p.c. a comprendere tra i motivi di ricorso "la nullità della sentenza o del procedimento", dunque quegli *errores in procedendo* che abbiano portato all'invalidità della sentenza, propria o derivata.

"Nell'ambito delle disposizioni che regolano il processo, alcune implicano un potere-dovere del giudice, cosicché la violazione determina l'invalidità del provvedimento, sindacabile in sede di impugnazione", invece "altre implicano un potere discrezionale[101]" e, se ci si affida del tutto o in gran parte ai poteri discrezionali del giudice per la conduzione del procedimento, se non si hanno disposizioni che regolano il processo, alla fine esso stesso si rivelerà del tutto o in gran parte insindacabile.

Per pronunciare l'invalidità non basta la non conformità dell'atto al modello normativo, ma è necessario che la mancanza di un elemento previsto dallo schema legale, quando non sia sanzionata espressamente, non permetta all'atto di ottenere il suo scopo e perciò si rende anche necessaria "una disposizione processuale che indichi lo scopo

---

[100] L'art. 156 c.p.c. comma 1 delinea la tassatività delle nullità processuali, il comma 2 pone il principio del raggiungimento dello scopo, il comma 3 prevede per le nullità previste dalla legge che le stesse non possono essere pronunciate se l'atto ha comunque raggiunto lo scopo a cui era destinato. L'art. 159 c.p.c. declina l'estensione delle nullità e l'art. 161 c.p.c. il principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione. Per un approfondimento si rinvia a F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Giuffrè, Milano, 2015, p. 415 e ss.

[101] G. COSTANTINO, *Tutela dei diritti …,* cit.

normativo" e lo schema legale "a cui riferirsi per valutare la mancanza degli elementi indispensabili[102]" al raggiungimento dello scopo.

In altre parole gli errori "sussistono nella misura in cui la disciplina delle forme prevede una serie di poteri-doveri in cui si articola il procedimento", che se fosse violata aprirebbe "la strada alla pronuncia di nullità[103]".

Per rimediare al problema c'è chi individua nell'art. 360 *bis*[104] n. 2 c.p.c. la clausola di salvaguardia per le parti che abbiano subito un pregiudizio nei loro diritti costituzionalmente garantiti, una lesione nelle garanzie processuali, pur in assenza di una norma processuale preesistente violata, talché sarebbe consentito alle parti impugnare la sentenza, oltre che per i motivi dell'art. 360, se di fatto si è verificata una violazione dei principi del giusto processo, che come "eventualità diviene sempre più frequente quanto più il legislatore estende l'utilizzazione di processi deformalizzati[105]".

D'altro canto la Corte costituzionale[106] ha fatto leva sul principio del raggiungimento dello scopo, per ritenere nullo il provvedimento del

---

[102] R. DONZELLI, *La tutela dei diritti processuali violati nei procedimenti ablativi e limitativi della potestà parentale*, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 2, p. 165.

[103] R. DONZELLI, *La tutela dei diritti processuali violati …*, cit., che precisa che altrimenti le esigenze alla base di ogni procedimento, filtrate discrezionalmente dal giudice nel mentre disciplina le forme del processo, possono rendere difficile molto vaga e insindacabile la cesura tra poteri direttivi del giudice e diritti e poteri delle parti.

[104] L'art. 360 *bis* n. 2 c.p.c. precisa che il ricorso per Cassazione è inammissibile quando "è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo".

[105] Lo fa presente F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, II*, cit., p. 446 e ss. Tuttavia non tutta la dottrina concorda con questa interpretazione dell'art. 360 *bis* n. 2 c.p.c., essendoci taluni che propongono il suddetto articolo per circoscrivere la rilevanza delle nullità della sentenza impugnata, per cui sarebbero denunciabili solo le violazioni processuali attinenti al giusto processo. Altri ritengono che l'art. 360 *bis* non introduca un nuovo motivo di ricorso, ma intenda riferirsi complessivamente a tutti i vizi già previsti dall'art. 360, altri ancora eccepiscono che l'articolo sancisce semplicemente l'inammissibilità del ricorso solo per quell'ipotesi in cui sia sollevata una violazione dei principi del giusto processo che si riveli manifestamente infondata. Vedi M. DE LUCA, *Giudizio di Cassazione sui vizi processuali*, in *Lavoro nella Giur*., 2018, 4, p. 329 e M. FORNACIARI, *Ammissibilità del ricorso per Cassazione ex art. 360 bis c.p.c.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc*., 2013, p. 645.

[106] Vedi R. DONZELLI, *La tutela dei diritti processuali violati …,* cit. per approfondimenti.

giudice nel caso in cui violi i principi del giusto processo, dal momento che non sarebbe idoneo a raggiungere lo scopo ogni volta che si rivelasse lesivo delle garanzie e del diritto di difesa riconosciuti alle parti.

Una volta che manca, però, una disciplina legale bisogna dimostrare di aver subito un pregiudizio a causa della violazione del proprio diritto di difesa ed è difficile dimostrare che "la scelta compiuta dal giudice, tra le mille alternative possibili, abbia impedito alla parte il pieno esercizio dei propri diritti processuali[107]".

In definitiva un conto è quando il legislatore valuta e stabilisce previamente le forme idonee a raggiungere lo scopo, a realizzare il diritto di difesa delle parti e il giusto processo, un conto è quando come unica "garanzia" si pone la valutazione discrezionale del giudice.

1.4.5 La conseguente correlazione tra cognizione piena e giudicato

Tra le varie forme di tutela giurisdizionale proprio quella cognitiva ha il fine di accertare il modo di essere dei rapporti giuridici, di dettare le regole di condotta in relazione a quel determinato bene della vita[108].

Il processo e in primis la tutela cognitiva, secondo la nota formula chiovendiana, devono "dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire[109]" e tra tutto quello a cui la parte ha diritto non solo spicca l'attribuzione del bene della vita, la determinazione delle regole di condotta in merito

[107] Il concetto è espresso da R. DONZELLI, *Sul giusto processo civile …,* cit., che parla a proposito di *probatio diabolica.*

[108] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, I procedimenti camerali decisori …,* cit., p. 87.

[109] Ibidem dove riporta anche Luigi Montesano e p. 116, dove riporta il principio di Chiovenda per cui "il processo deve dare ecc." e ricorda che racchiude in sé la garanzia del giudicato.

alla situazione sostanziale, ma anche la certezza e la stabilità di questa determinazione.

Il giudicato sostanziale[110], la stabilità e vincolatività delle regole di condotta contenute nella sentenza, è "coessenziale alla configurazione delle stesse garanzie che stanno a presidio della giurisdizione", di cui è attributo irremovibile, poiché l'essenza della giurisdizione impone la possibilità che "la protezione del diritto riconosciuto ed accertato da un giudice sia messa al riparo in maniera definitiva e irretrattabile[111]". È proprio l'ordinamento che, attribuendo diritti ai consociati, implicitamente assume il dovere di tutelarli, perché la loro affermazione non sia un mero *flatus voci*, e risponde a questo obbligo imponendo la garanzia del giudicato[112].

Gli stessi diritti di azione e di difesa, proclamati all'art. 24 Cost., comprendono in sé anche una garanzia della "qualità del risultato" offerto tramite la tutela giurisdizionale, qualità che sta proprio nell'effettività del risultato che solo il giudicato può garantire[113]. Non sono sufficienti il diritto di accedere alla tutela giurisdizionale, il diritto di esercitare poteri e facoltà nel corso del processo, ma è necessaria anche la garanzia che l'accertamento del diritto, una volta ottenuto, sia protetto dalla stabilità del giudicato. La Corte costituzionale sostiene, appunto, che "la certezza attribuita al rapporto giuridico controverso è un valore costituzionalmente protetto, in quanto ricollegabile al diritto alla tutela giurisdizionale (Art. 24 della Costituzione), la cui effettività sarebbe compromessa[114]" altrimenti.

---

[110] Art. 2909 c.c.: "L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato (formale) fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa."

[111] G. SERGES, *Il valore del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. It.*, 2009.

[112] Come ritiene R. DONZELLI, *Sul giusto processo civile …,* cit.

[113] G. SERGES, op. cit., sottolinea il legame tra giudicato, inteso anche come qualità del risultato del processo, e art. 24 della Cost.

[114] Corte Cost., 3 luglio 1996, n. 224, in *G. U.*, 1996, 28, per cui le esigenze di certezza dei rapporti giuridici richiedono ad un certo punto che il processo si chiuda in modo irretrattabile.

Anche l'articolo 111 della Costituzione, nella parte in cui concede che ogni sentenza, ogni provvedimento giudiziale che incida sui diritti[115], veda garantita la possibilità del ricorso per Cassazione per violazione di legge, presuppone il giudicato, in quanto questa garanzia ultima del controllo di legittimità sarebbe poco significativa se non fosse possibile per la decisione giudiziale acquisire immutabilità[116].

Se è vero che il giudicato è il fine ultimo della tutela cognitiva, per tutti gli argomenti[117] che abbiamo delineato è vero anche che la correlazione necessaria[118] si instaura tra giudicato, da un lato, e *iter* processuale predeterminato dal legislatore o cognizione piena che dir si voglia, dall'altro.

La determinazione vincolante e incontrovertibile delle regole di condotta deve essere ottenuta tramite il massimo possibile di contraddittorio, di prove, di accertamento, perché il diritto al contraddittorio, il diritto di difesa non possono essere il diritto ad un minimo indispensabile, ad un nucleo minimo e insopprimibile di garanzie. Il diritto alla tutela giurisdizionale non può essere il diritto ad "un'attività giurisdizionale minima, la possibilità di difendersi non si articola in una serie (anche atipica) di situazioni dinamiche nel corso del

---

[115] *Rectius* contro ogni provvedimento giudiziale che sia decisorio e idoneo ad acquisire definitività, senza che sia ammesso un altro rimedio impugnatorio.

[116] G. SERGES, op. cit., dove l'autore evidenzia il dibattito che si creò all'interno dell'Assemblea costituente sulla possibilità di inserire espressamente il principio del giudicato nella Costituzione. Il dibattito si concluse nel senso di non prevedere espressamente tale principio all'interno delle disposizioni costituzionali, tuttavia questo accadde non per il mancato riconoscimento della rilevanza del giudicato, ma perché si ritenne un principio immutabile, talmente radicato nella tradizione processual-civilistica da non poter essere messo in crisi dal legislatore in nessun caso.

[117] "Se la cognizione del processo procede a discrezione del giudice, la parte non ha più alcuna garanzia circa il diritto alla difesa, al contraddittorio e alla prova, perché non ha alcuna garanzia che contro di lui non si creino a sorpresa preclusioni che non sono previste nel codice, non ha garanzie circa la possibilità, i tempi e i modi di coinvolgere nel processo soggetti terzi, o di proporre controdomande, non ha più garanzia di poter scrivere memorie istruttorie e aver tempo e possibilità di controdedurre i mezzi di prova" G. SCARSELLI, *Abolizione del processo civile?,* in *Questione giustizia*, 2016.

[118] In tema di correlazione necessaria tra giudicato e cognizione piena vedi L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata,* cit., passim.

processo, le quali sintetizzano il minimo necessario e sufficiente di poteri (di deduzione, di allegazione e di prova), idoneo ad ottenere un provvedimento decisorio", perché l'art. 24 Cost. impone "un'incessante ricerca del massimo di tutela-difesa possibile nel rispetto dei metodi e dei contenuti desumibili da tutta la Costituzione[119]."

Il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi al comma 1 dell'art. 24 Cost. e il diritto di difesa, inviolabile in ogni stato e grado del processo, al comma 2 non si identificano nel diritto ad azionare un giudizio qualunque, ma presuppongono nell'ambito della tutela dichiarativa un giudizio "articolato secondo certe cautele e con un certo apparato, in una sequela di atti, regolata dal diritto e caratterizzata da una certa lentezza nel suo svolgimento[120]", un giudizio che sia garanzia di democrazia, di imparzialità e terzietà del giudice, di uguaglianza tra le parti, di un diritto di azione e di difesa effettivamente esercitabili, che si muova secondo regole conoscibili ex ante e controllabili ex post e che pertanto conduca alla solidità dell'accertamento.

Se così non fosse si creerebbe anche un diritto ad un minimo di tutela per alcuni e ad un massimo di tutela per altri ed in questo modo il legislatore prima e il giudice poi forgerebbero "un diritto diseguale" perché gli uni rispetto agli altri si vedrebbero privati del diritto di agire e difendersi in almeno un grado a cognizione piena ed esauriente, ritrovandosi all'interno di un processo deformalizzato non trasformabile in cognizione piena[121].

Dicendo ciò non si vuole affermare che il modello del processo ordinario di cognizione previsto dal codice di rito sia l'unico schema possibile o invariabile per realizzare un processo a cognizione piena, che ben può essere attuato regolando in modo differente le forme, i termini, le

---

[119] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, I procedimenti camerali decisori …*, cit., p. 110 e ss.
[120] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Pregiudizi illuministici …*, cit., p. 483.
[121] Come ricorda L. LANFRANCHI, ivi, p. 527.

modalità in cui è cadenzato il processo, nel rispetto delle garanzie costituzionalmente previste, purché una regolamentazione sia fissata dal legislatore.

1.5 Esempi di processo semplificato con funzione decisoria

I riti semplificati con funzione dichiarativa su diritti e status non rispondono ad un unico modello, ma rientrano in questa categoria il rito sommario di cognizione previsto dal codice di procedura civile, il rito camerale ogni volta che viene utilizzato dal legislatore in materia contenziosa e i riti semplificati presenti all'interno della legge fallimentare attualmente in vigore, r.d. 267/1942.

In tutti e tre i casi è evidente l'intento del legislatore processuale di velocizzare i tempi e i modi con cui ottenere tutela, per favorire la realizzazione della ragionevole durata del processo, come emerge in via esemplificativa in ambito fallimentare dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, contenente la delega al Governo per modificare la disciplina allora vigente delle procedure concorsuali, che prevedeva tra i criteri direttivi l'accelerazione delle procedure per la dichiarazione di fallimento, l'abbreviazione dei tempi per l'accertamento del passivo, la semplificazione delle modalità con cui presentare le domande di insinuazione al passivo[122].

È indiscutibile che la legge debba assicurare la ragionevole durata del processo, perché la tutela giurisdizionale possa essere effettiva, tuttavia è doveroso porre l'attenzione anche sull'attributo "ragionevole" che si accompagna alla durata del processo e che denota una scelta ben precisa del legislatore costituzionale[123], il quale avrebbe potuto esprimersi in termini di breve durata e non lo ha fatto.

---

[122] Art. 1, comma 6, lettera a), numeri 1) e 9), legge 14 maggio 2005, n. 80.
[123] Art. 111, comma 2, Cost.

La brevità non avrebbe espresso quella "esigenza di equilibrio nel quale siano contemperate armoniosamente, per un verso, l'istanza di una giustizia amministrata senza ritardi, e per altro verso, l'istanza di una giustizia non frettolosa e sommaria[124]" o, in altri termini, quell'esigenza di equilibrio tra il far bene e il far presto, che esprime la ragionevolezza. Pertanto, pur concedendo che la necessità di economia processuale e di tempi non eccessivamente lunghi per ottenere tutela debbano orientare la disciplina processuale, bisogna però che siano tenute in conto e che sia dato spazio a tutte le altre garanzie[125] che insieme alla durata concretizzano un giusto processo e che dovrebbero fare da monito alla scelta di utilizzare modelli deformalizzati nell'ambito della tutela cognitiva, perché resta preferibile "una giustizia non rapida ad una rapidità non giusta[126]".

1.5.1 Il processo sommario di cognizione ex art. 702 *bis* c.p.c.: criticità di un processo atipico e deformalizzato

Il processo sommario di cognizione è declinato agli artt. 702 *bis* e ss. c.p.c. come un processo ad istruzione e trattazione deformalizzate e si inserisce per questo nell'ambito dei processi sommari semplificati, inoltre è un processo decisorio dal momento che l'ordinanza che chiude il processo nel merito "produce gli effetti di cui all'art. 2909 del codice civile", secondo l'art. 702 *quater* c.p.c.

---

[124] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Pregiudizi illuministici* …, cit., p. 504.
[125] Vedi *supra*. Sempre Lanfranchi rammenta che l'effettività della tutela non può essere affidata solo alle anticipazioni e alla rapidità della tutela sommaria decisoria, perché il processo sarebbe sicuramente non giusto se le esigenze di far presto creassero un pregiudizio al diritto di azione e difesa, L. LANFRANCHI, ivi, p. 503.
[126] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 172 e ss. Lanfranchi riporta l'opinione di Allorio, che si interroga su cosa sia veramente la giustizia ed esclude che consista nel preoccuparsi solo della rapidità e nel giungere, dopo aver seguito un "*iter* precipitoso", ad una "certezza veloce" come risultato, che poco probabilmente rispecchierà la situazione di diritto sostanziale precedente al processo.

Il processo sommario di cognizione si pone come rito atipico e alternativo rispetto al rito ordinario di cognizione: la scelta del rito sommario, che per la sua atipicità è utilizzabile per tutelare qualunque situazione soggettiva e per far valere qualunque azione[127], è lasciata all'attore, nei soli limiti delineati dall'appartenenza della controversia alla competenza del giudice monocratico e dalla non sottoposizione della causa ad un rito speciale.

La prima criticità[128] emerge dal fatto che il convenuto si ritrova privato del diritto di accedere ad un processo a cognizione piena ed esauriente sin dal primo grado di giudizio, perché, potendo solo sollecitare il giudice adito a rimettere la causa nelle forme del rito ordinario, è lasciato in balia della valutazione discrezionale di quest'ultimo, che dovrà valutare se "le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria", ex art. 702 *ter*, comma 3, c.p.c. Questa valutazione discrezionale non è suscettibile di controllo e di rimedio, dal momento che, anche se fosse errata, il legislatore non ha previsto il potere del giudice di appello di remissione della causa al giudice di primo grado.

Se è vero che le parti hanno il diritto ad un massimo di tutela e quindi alla pienezza della cognizione, è anche vero che le parti possono scegliere di rinunciare a questo diritto, come accade nei procedimenti sommari endo-trasformabili in processi a cognizione piena a seguito di contestazione o opposizione da parte del convenuto[129], perché l'effettivo svolgimento della cognizione piena e la libera rinuncia alla stessa da parte degli interessati[130] si equivalgono, ma nel caso esaminato il

---

[127] Possono essere proposte azioni di accertamento, di condanna e costitutive.

[128] Per approfondimenti sulle criticità evidenziate anche successivamente vedi S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore …*, cit., A. CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione …*, cit., P. SANDULLI, *Il diritto di difesa …*, cit., M. MINARDI, *Il processo sommario di cognizione*, in *Altalex.com*, 2009.

[129] Dopo la scelta dell'attore di accedere in prima battuta ad un processo sommario, il convenuto può sempre rinunciare a proporre opposizione, per cui la vicenda processuale non continuerà come a cognizione piena ed esauriente, come ben può accadere ad esempio nel procedimento per decreto ingiuntivo.

[130] Questa equivalenza, sottolineata da L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Profili sistematici …*, cit., è espressione di una tutela giurisdizionale che si basa

convenuto semplicemente subisce la scelta dell'attore e la perdita di un grado di giudizio a cognizione piena.

Nemmeno l'attore in realtà può sapere con certezza se la sua domanda, presentata nelle forme richieste dal rito sommario di cognizione, proseguirà secondo tale rito, perché l'effettiva applicabilità del processo sommario dipende dal potere discrezionale del giudice, dal momento che deve valutare se sia possibile procedere in modo deformalizzato sulla base delle difese proposte dalle parti, secondo una formula che gli lascia ampio margine di manovra. In tal senso taluni ancorano il rito sommario di cognizione a controversie semplici per il loro oggetto, mentre altri[131] alla semplicità dell'istruttoria, che potrebbe essere basata su prove documentali o estremamente ridotta oppure non necessaria perché i fatti sono pacifici.

Per quanto riguarda la fase preparatoria le modalità di presentazione della domanda e di costituzione del convenuto sono predeterminate dal legislatore[132], tuttavia il convenuto gode di un termine a difesa di soli trenta giorni, rispetto ai novanta giorni previsti di regola dall'art. 163 *bis* c.p.c., ed è un termine che rimane tale anche nel caso in cui il giudice decida di passare al rito ordinario di cognizione, perché le difese delle parti richiedono un'istruzione non sommaria, come previsto dall'art.

---

sull'impulso di parte, sul principio della domanda, sul principio dispositivo in sostanza, dove è nella disponibilità della parte chiedere o non chiedere tutela per il proprio diritto violato.

[131] A. CARRATTA, *Le condizioni di ammissibilità ...,* cit.

[132] Secondo l'art. 702 *bis* c.p.c. la domanda si propone con ricorso, che deve contenere le indicazioni di cui al comma 3, numeri 1), 2), 3), 4), 5), 6) e l'avvertimento del numero 7). Non è pacifico in dottrina se maturino preclusioni per l'attore già con l'atto introduttivo, in senso contrario S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore ...,* cit. Il decreto di fissazione dell'udienza, che assegna i termini per la costituzione del convenuto, e il ricorso devono poi essere notificati al convenuto almeno trenta giorni prima della data fissata per la costituzione. Il convenuto deve costituirsi depositando una comparsa di risposta in cancelleria almeno dieci giorni prima dell'udienza e deve proporre le sue difese, prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova e formulare le conclusioni. A pena di decadenza deve proporre domande riconvenzionali, la chiamata di un terzo in giudizio e le eccezioni non rilevabili d'ufficio. C'è chi ritiene che, eccetto per queste decadenze espressamente previste, non se ne rilevino altre nel corso del giudizio, mentre c'è chi, come Minardi, sostiene che all'udienza maturino tutte le preclusioni.

702 *ter* c.p.c[133]. In questa eventualità il convenuto si ritrova un termine a difesa compresso rispetto a quello di cui avrebbe goduto nel rito ordinario di cognizione, nonostante la scelta dell'attore di instaurare la causa con il rito sommario si sia rivelata sbagliata.

Un'ulteriore criticità si rileva all'art. 702 *ter*, comma 4, c.p.c., dove si impone al giudice la trattazione separata della domanda riconvenzionale che necessiti di un'istruzione non sommaria, dando adito così ad un possibile contrasto di giudicati nel caso in cui le domande siano collegate da connessioni forti. Per questo motivo la dottrina[134] limita la separazione alle domande che presentano connessioni deboli, mentre nel caso di connessioni forti opta per la trasformazione del rito in rito ordinario per la causa principale e riconvenzionale.

L'elemento sicuramente più problematico è dato dall'ampio spazio lasciato alla discrezionalità giudiziale nel condurre la trattazione, l'istruzione e la fase decisoria della causa, poiché "il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto" (art. 702 *ter*, comma 5, c.p.c.).

Fermo il rispetto del contraddittorio e dell'art. 111 Cost., il giudice detta i ritmi delle attività processuali e la modalità di assunzione delle prove e può decidere "quali formalità omettere nelle determinazione del *modus procedendi*[135]".

Potrebbe accadere che la causa sia decisa già in prima udienza, se il giudice ritenesse di avere sufficienti elementi per decidere sulla base

---

[133] Art. 702 *ter* c.p.c.: "Se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria, il giudice, con ordinanza non impugnabile, fissa l'udienza di cui all'articolo 183. In tal caso si applicano le disposizioni del libro II."

[134] Come ritiene S. MENCHINI, ibidem.

[135] A. CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario …*, cit. Per esempio il giudice potrebbe non prevedere lo scambio di comparse conclusionali e di repliche, potrebbe invitare le parti a formulare seduta stante alla prima udienza tutte le richieste istruttorie, a chiedere la prova contraria e a produrre i documenti e decidere immediatamente.

delle prove già acquisite e in tal caso le parti non avrebbero modo di costruire appieno il proprio apparato difensivo e probatorio.
Il luogo in cui porre rimedio alla perdita di garanzie che si è verificata in primo grado diventa allora il giudizio di appello, in cui possono essere "ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene rilevanti[136] al fine della decisione" o la parte dimostra di non averli potuti produrre prima per causa a lei non imputabile, ex art. 702 *quater* c.p.c.
L'appello garantisce almeno un grado di giudizio a cognizione piena ed esauriente, dando alle parti la facoltà di articolare pienamente le proprie attività difensive dal momento che non sono preclusi nuovi mezzi di prova.

1.5.2 La tendenza del legislatore a servirsi delle forme duttili del rito camerale in materia contenziosa

Il procedimento camerale nasce con lo scopo di realizzare la cosiddetta giurisdizione volontaria, dove il giudice è chiamato dal legislatore a svolgere una funzione para-amministrativa, di gestione di interessi, pertanto le poche norme in materia sono espresse dagli artt. 737-742 c.p.c. e delineano un procedimento estremamente duttile e indeterminato perché affidato quasi totalmente ai poteri discrezionali del giudice. È stabilito solamente che l'istanza si propone con ricorso, che il giudice può assumere informazioni, che il provvedimento finale ha la forma del decreto motivato, è soggetto a reclamo ed è modificabile e

[136] Come sottolinea S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore …,* cit., la rilevanza richiesta per le nuove prove non comporta particolari problemi, dal momento che ogni prova per essere ammessa deve riguardare un fatto rilevante per la decisione, secondo i principi generali. L'appello che segue il giudizio ordinario di cognizione è delineato, invece, come un appello sostanzialmente chiuso ai *nova*.

revocabile in ogni tempo[137]. L'art. 742 *bis* c.p.c. consente, infine, l'applicazione delle disposizioni codicistiche in materia di rito camerale a tutti quei procedimenti dove sia presente un richiamo alla camera di consiglio.

Oggi la l. 150/2011, che esclude dal suo ambito di applicazione i procedimenti in materia di famiglia, minori e in materia concorsuale[138], ha ricondotto al rito sommario di cognizione i procedimenti speciali caratterizzati da un'accentuata semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa, che nella maggior parte dei casi contenevano un rinvio al procedimento camerale, tuttavia merita di essere sottolineata la tendenza del legislatore ad impiegare le forme camerali in materia contenziosa per realizzare un accertamento su diritti e status, perché mosso dalla volontà di conseguire una speditezza della tutela e di evitare le lungaggini che il processo ordinario di cognizione porta con sé[139]. Persino le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella nota sentenza 19 giugno 1996, n. 5629[140] intesero il procedimento camerale come un contenitore neutro, in cui potevano essere racchiusi sia i provvedimenti di volontaria giurisdizione, che i provvedimenti di natura contenziosa.

La Corte costituzionale ha più volte salvato l'utilizzazione del rito in camera di consiglio in ambito contenzioso, ritenendo che tale procedimento non contrasti di per sé con il diritto di difesa[141], sancito dall'art. 24 Cost, e che la disciplina delle forme processuali resti nell'ambito della discrezionalità del legislatore, essendo sindacabile

---

[137] Nell'ambito della giurisdizione volontaria non si forma il giudicato, perché il procedimento camerale non risponde allo scopo di tutela dei diritti, non ha una funzione dichiarativa, non statuisce su diritti soggettivi. In maniera approfondita vedi F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, IV*, cit.

[138] Nonché i procedimenti in materia di cambiale, assegno bancario, assegno circolare, altri titoli speciali e quelli contenuti nella legge 20 maggio 1970, n. 300, nel decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 e nel decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

[139] È sottolineato da A. CARRATTA, *La procedura camerale come contenitore neutro* …, cit.

[140] Sull'applicazione della procedura camerale alla dichiarazione giudiziale di maternità o paternità, secondo la normativa allora vigente.

[141] Corte costituzionale, sentenza 16 luglio 1970, n. 142, in *G.U.*

solo in caso di manifesta irragionevolezza o di violazione specifica delle garanzie costituzionali[142]. Si deve sottolineare, tuttavia, come la corte abbia integrato il rito camerale con il rispetto di garanzie fondamentali, quali il contraddittorio, la congruità dei termini a difesa, il diritto alla prova, il ricorso straordinario per Cassazione[143].

Le sentenze della Corte costituzionale in materia di procedimento in camera di consiglio talvolta sono state interpretate come un pieno sostegno alla cameralizzazione del giudizio sui diritti[144], ma appare più convincente l'opinione di quanti ritengono che non sia mai presente "un autentico avallo della sommarietà esclusiva", perché la Corte tenta sempre di individuare "vigenti strutture probatorie, difensive, ecc., sostanzialmente ordinarie, non sommarie[145]".

Il rito camerale si rileva tanto adeguato nella giurisdizione volontaria, quanto incompatibile con le garanzie che estrinsecano il "giusto processo regolato dalla legge", per la sua destrutturazione e per la libertà lasciata al giudicante nella conduzione del procedimento, pertanto parte della dottrina[146] ha cercato un'interpretazione che collimi con le garanzie che sono presupposte dalla tutela giurisdizionale decisoria e che solo un processo a cognizione piena porta con sé[147].

In presenza di un procedimento dichiarativo in forma camerale si è posta allora come prima alternativa la sua ricostruzione in qualità di procedimento trasformabile, in via di opposizione o impugnazione, in cognizione piena ed esauriente e come seconda alternativa la

---

[142] Corte costituzionale, ordinanza 26 febbraio 2002, n. 35, in *G.U.*

[143] Vedi E. IANNELLO, op. cit. e L. LANFRANCHI, op. cit., passim.

[144] È stato sostenuto da Mandrioli, Comoglio, Scanzano, come ricorda L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, I procedimenti camerali decisori …,* cit., p. 103 e ss., e da P. PORRECA, op. cit.

[145] L. LANFRANCHI, ibidem, che riporta ad esempio la sentenza 10 1uglio 1975, n. 202, dove la Corte ha inteso la possibilità di assumere informazioni nel procedimento camerale come rinviante al normale esercizio del diritto alla prova.

[146] Come R. DONZELLI, *Sul giusto processo civile* …, cit., A. CARRATTA, *La procedura camerale come contenitore neutro …,* cit., L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Il ricorso straordinario inesistente …*, cit., p. 320 e ss.

[147] Vedi paragrafo 1. 4.

costituzionalizzazione del suo *iter* processuale, applicando per analogia le disposizioni che regolano il rito ordinario[148]. L'ultima opzione, invece, è quella di optare per un declassamento del procedimento, dando alla sentenza che conclude il procedimento la sostanza di provvedimento camerale e fuoriuscendo quindi dall'ambito contenzioso e decisorio[149].

1.5.3 Il processo semplificato nell'ambito della legge fallimentare ed esigenze sottese

La cameralizzazione del giudizio sui diritti si fa particolarmente evidente nella legge fallimentare, r.d. 267/1942. Originariamente[150] la l. fall. prevedeva un modello bifasico, dove una prima fase sommaria ispirata al rito camerale si concludeva con un provvedimento idoneo al giudicato, mentre una seconda fase a cognizione piena si innescava tramite opposizione, e questo modello informava il processo per la dichiarazione di fallimento e il processo per l'accertamento del passivo. Tutti gli altri procedimenti in ambito concorsuale, invece, erano regolati puramente dal modello camerale, di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c., con un potere discrezionale del giudice sulle forme e i termini del processo sostanzialmente illimitato[151], nonostante incidessero su diritti soggettivi. In questo quadro tutti gli atti di amministrazione e liquidazione del patrimonio compiuti dal curatore e dal giudice delegato – ma non i

---

[148] A. CARRATTA, ibidem, ritiene che un'opzione sia proprio quella di estendere al rito camerale le forme del rito ordinario di cognizione, eccetto che per pochi aspetti come la forma dell'atto introduttivo e l'udienza pubblica.

[149] Le alternative utilizzate da questa parte della dottrina sono riportate da R. DONZELLI, *Sul giusto processo civile ...,* cit.

[150] Prima delle riforme del D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di "Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80" e del D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, recante disposizioni integrative e correttive.

[151] Per approfondimenti vedi C. CECCHELLA, *Il processo per la dichiarazione di fallimento, Un rito camerale ibrido*, CEDAM, 2012, p. 9 e ss.

decreti del tribunale fallimentare – quand'anche avessero avuto ad oggetto diritti soggettivi potevano essere sottoposti ad un controllo che si svolgeva nelle forme camerali e che vedeva determinati soltanto i termini per la reclamabilità[152], che peraltro erano talmente brevi da non consentire al soggetto di esercitare il reclamo il più delle volte. Dopo alcune pronunce della Corte costituzionale, la Corte di Cassazione[153] aveva avvertito la necessità di estendere delle minime garanzie, come la decorrenza dalla comunicazione del provvedimento del termine per il reclamo, la notifica del ricorso, la motivazione del decreto, al rito camerale nei casi in cui conduceva a provvedimenti che ricadessero sui diritti.

I problemi si ponevano in realtà anche per il procedimento per la dichiarazione di fallimento, perché, se anche vedeva garantita una fase a cognizione piena su opposizione della parte, la prima fase camerale non consentiva in origine l'esercizio del diritto di difesa dell'imprenditore e si svolgeva in modo indeterminato, portando però ad una sentenza immediatamente efficace e che rimaneva tale fino a che non si fosse giunti al giudicato nei gradi successivi[154]. Pertanto la Corte costituzionale era nuovamente intervenuta, modellando la disciplina fallimentare in modo che garantisse anche in fase camerale l'audizione

---

[152] Contro la decisione del giudice delegato sugli atti del curatore era prevista dall'art. 36 l. fall. la possibilità di reclamo davanti al tribunale fallimentare entro tre giorni dalla data del provvedimento e sempre un termine di tre giorni dalla data del decreto era previsto dall'art. 26 l. fall. per il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato. I termini decorrevano dal deposito del provvedimento, che non garantiva assolutamente la conoscibilità del decreto da parte dell'interessato. Tutta la disciplina del procedimento era poi lasciata alla discrezionalità del giudice delegato o del tribunale fallimentare.

[153] Corte costituzionale, sentenza 9 luglio 1963, n. 118, che esclude dal rito camerale le controversie sui diritti, Corte costituzionale sentenza 19 novembre 1985, n. 303, che sancisce l'incostituzionalità di un *dies a quo* del termine per reclamare non conoscibile per l'interessato e Corte costituzionale, sentenza 27 novembre 1980, n. 151, per l'incostituzionalità del *dies a quo* dell'opposizione alla sentenza di fallimento. La corte di Cassazione fa un'opera di adeguamento del rito camerale fallimentare alle garanzie minime del giusto processo, garanzie minime che ritiene essere sufficienti per rispondere al dettame costituzionale.

[154] In modo approfondito sulle originarie previsioni della legge fallimentare C. CECCHELLA, op. cit.

dell'imprenditore e il decorso del termine per impugnare dalla notificazione o comunicazione del provvedimento[155].

Le riforme del 2006 e 2007 in ambito fallimentare si sono mosse sempre in direzione della cameralizzazione[156], dando vita a diversi procedimenti semplificati e decisori, che si svolgono in forme camerali seppur rimodellate, nel caso della dichiarazione di fallimento, dell'accertamento del passivo e dell'impugnazione degli atti degli organi giurisdizionali.

Domandandosi quali siano le esigenze sottese alla creazione dei procedimenti fallimentari semplificati, emergono direttamente dalla legge delega 80/2005 le finalità di accelerazione delle procedure in materia di insolvenza, di abbreviazione dei tempi e di semplificazione dell'accertamento del passivo. La relazione illustrativa del decreto legislativo 5/2006 sottolinea come l'intenzione del legislatore sia stata quella di "introdurre una nuova disciplina concorsuale per la regolamentazione dell'insolvenza che semplifichi le procedure (…) e sopperisca in modo agile e spedito alla conservazione dell'impresa e alla tutela dei creditori."

L'intento di velocizzare i tempi della tutela giurisdizionale in ambito fallimentare, dove un ritardo della tutela può non solo danneggiare i creditori, ma provocare anche un contagio dell'insolvenza per le altre imprese che intrattengono relazioni con l'impresa insolvente, viene attuato con la creazione degli ennesimi riti semplificati in materia contenziosa, per evitare di incorrere nei tempi lunghi del processo ordinario di cognizione e per realizzare la ragionevole durata del processo, costituzionalmente garantita.

---

[155] L'imprenditore poteva essere sentito dal tribunale fallimentare come no secondo l'art. 15 l. fall., finché la Corte costituzionale non dichiarò la norma incostituzionale con la sentenza 16 luglio 1970, n. 141, inoltre non vedeva garantita la conoscibilità del *dies a quo* di decorrenza del termine per proporre opposizione, finché non fu sancita l'incostituzionalità della previsione con la sentenza 27 novembre 1980, n. 151.

[156] È stato mantenuto il rito camerale regolato puramente dalle poche disposizioni del codice di rito per il reclamo contro gli atti del curatore, i processi di rendiconto, la chiusura del fallimento e l'esdebitazione, la ripartizione del ricavato.

In via consequenziale diventa doveroso porre l'attenzione sul se e sul come la snellezza, la semplificazione delle forme processuali, si concili con la possibilità di realizzare una tutela decisoria su diritti e status, legata alle garanzie del giusto processo regolato dalla legge, e riesca ad assicurare davvero processi dalla durata ragionevole.

CAPITOLO SECONDO

PROBLEMATICHE DEL PROCESSO SEMPLIFICATO IN AMBITO FALLIMENTARE

Sommario: 2.1. La controversa natura dei riti semplificati fallimentari e l'idoneità al giudicato; 2.1.1. Natura del procedimento per la dichiarazione di fallimento; 2.1.2. Sentenza dichiarativa di fallimento e decreto di rigetto: limiti ed oggetto del giudicato; 2.1.3 Natura del processo di accertamento del passivo; 2.1.4. Efficacia endo-processuale del giudicato del decreto che dà esecutività allo stato passivo; 2.2. Diritto di difesa ed esigenze di certezza dei traffici giuridici; 2.2.1. Legittimazione a reclamare contro la sentenza dichiarativa di fallimento e contro il decreto di rigetto; 2.2.2. Inibitoria speciale nel giudizio di reclamo ex art 18 l. fall. e portata retroattiva limitata della sentenza di revoca del fallimento; 2.3. Criticità della ragionevole durata della procedura di fallimento; 2.3.1. Regime applicabile alle domande tardive e ultratardive di insinuazione al passivo; 2.3.2. Processi che si innestano nella procedura fallimentare; 2.3.3. Art 118, secondo comma, l. fall.: chiusura del fallimento in presenza di giudizi pendenti.

2.1 La controversa natura dei riti semplificati fallimentari e l'idoneità al giudicato

Il diritto fallimentare regola la fattispecie dell'imprenditore commerciale fallibile, che versa in condizione di insolvenza, applicandogli un regime speciale, sostanziale e processuale, per evitare che la crisi si espanda agli altri imprenditori e a tutto il mercato[157].

In linea con la propensione ad individuare nel modello camerale un contenitore neutro[158], la riforma del 2006-2007 ha rinunciato al modello del processo a doppia fase, con una prima fase sommaria e una seconda fase a cognizione ordinaria, e ai suoi tempi, adottando invece il modello camerale per le procedure concorsuali, senonché si tratta di modelli ibridi[159], come evidenzia più di un autore, che seguono forme originali e non lo schema povero di regole degli artt. 737 e ss.

I processi di fallimento e di accertamento del passivo e dei diritti dei terzi non si limitano a richiamare puramente le norme del rito camerale, ma presentano una disciplina speciale, diversa per ciascun procedimento, dove sono regolate per lo più le fasi introduttive e preparatorie, mentre sono deregolate le fasi di trattazione e decisorie[160], e dove il più delle volte non appare così evidente la deformalizzazione del procedimento[161].

Se in tal modo l'obiettivo perseguito dal legislatore è stato quello di accelerare i procedimenti fallimentari, emancipando il giudice "dalle

---

[157] Tendenzialmente il fallimento porta all'eliminazione dell'impresa medio-piccola, vedi C. CECCHELLA, *Il processo di fallimento, I precedenti e la transizione, vol. II*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 3 e ss.

[158] Messa in luce da F. DE SANTIS, *Sulla c.d. degiurisdizionalizzazione del concorso collettivo e sui limiti dei giudicati endofallimentari dopo le riforme*, in *Riv. Dir. Proc*., 2008, 2, p. 367.

[159] Uno per tutti C. CECCHELLA, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 17 e ss.

[160] Ad esempio A. TEDOLDI, *Brevi note sul reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. Dir. Proc*., 2011, 2, p. 427.

[161] Se si confronta alla nota formula del rito sommario di cognizione o al modello camerale puro.

griglie rigidamente predeterminate che governano lo sviluppo, nel sistema del rito ordinario, delle fasi di trattazione e decisione della causa[162]", diventa doveroso chiedersi come coordinare questi modelli processuali con la correlazione necessaria tra almeno un grado di processo a cognizione piena e il giudicato sostanziale sui diritti e ancor prima diventa doveroso domandarsi se possano considerarsi procedimenti decisori, idonei a condurre ad un accertamento vincolante e incontrovertibile ad ogni effetto sulle situazioni sostanziali. È doveroso in altre parole "ricercare il punto di congiunzione tra l'esigenza di un processo rapido ed efficiente (oggi presidiata, secondo la Cassazione, dal principio costituzionale della ragionevole durata) e l'esercizio effettivo del diritto di difesa e del contraddittorio, in condizioni di parità tra le parti del processo[163]".

Nel portare avanti questo studio bisogna sempre tenere presente la lezione di quei Maestri[164], secondo cui occorre incanalare nella neutralità del richiamo alla camera di consiglio "il contraddittorio più ricco, l'istruzione probatoria più articolata, la cognizione più completa", "lasciando così l'interprete libero di ricostruire il procedimento nel modo più adeguato alla sua sostanza, vale a dire al suo oggetto e alla sua funzione", di procedere ad una desommarizzazione, ricordando che questa ricostruzione può riguardare solo una fase del procedimento o non essere necessaria se è dato recuperare un secondo grado di giudizio a cognizione piena e che, se la legge non prevede in modo certo il giudicato e "la cognizione piena non la si trova neppure dietro l'angolo, s'impone in ultima analisi la soluzione dell'inettitudine al giudicato"[165].

---

[162] M. MONTANARI, *Procedimenti endo ed extraconcorsuali: durata e prospettive*, in *Fallimento*, 2010, 9. P. 1038, che guarda con favore alla maggiore flessibilità concessa.

[163] Vedi F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Cedam, Padova, 2012, p. 20 e ss. e 155 e ss.

[164] Mi riferisco qui a Lucio Lanfranchi e Augusto Cerino Canova, per cui vedi L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, I procedimenti camerali decisori …,* cit., p. 124 e ss.

[165] Per le citazioni vedi L. LANFRANCHI, ibidem.

2.1.1 Natura del procedimento per la dichiarazione di fallimento

L'art 15 della legge fallimentare pone una disciplina articolata per il procedimento che conduce alla dichiarazione di fallimento: il comma 1 precisa che la procedura si svolge davanti "al tribunale in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio", dopodiché i commi successivi regolano in modo dettagliato la fase introduttiva, predeterminando le forme e i termini in cui presentare la domanda, la notificazione del ricorso e del decreto di convocazione delle parti, i termini a difesa per il debitore, il termine per il deposito di memorie e documenti.

Lo stesso livello di predeterminazione non è replicato per la fase di istruzione e trattazione, per cui ci si limita a prevedere che "il tribunale può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti", "il giudice delegato provvede all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio" e che "le parti possono nominare consulenti tecnici"[166]. Per la fase decisoria l'art. 16 l. fall. prevede che "il tribunale dichiara il fallimento con sentenza" e ne stabilisce il contenuto e gli effetti, mentre l'articolo successivo regola notificazione e comunicazione del provvedimento e l'art. 22 adotta forme più semplici per il provvedimento di rigetto della domanda, indicando che il tribunale provvede con decreto motivato.

Nonostante le diverse teorizzazioni in merito alla natura del processo, pressoché tutti i commentatori[167] concordano sul fatto che le riforme

---

[166] Art. 15, commi 6 e 7, l. fall. 267/1942.

[167] In via puramente esemplificativa tra i commentatori M. FABIANI, *L'oggetto del processo per la dichiarazione di fallimento,* in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 4, p. 766, si esprime in termini di cognizione camerale fortemente arricchita, A. TEDOLDI, *Brevi note sul reclamo …,* cit. ritiene che la riforma del 2007 della legge fallimentare abbia previsto una disciplina dettagliata degli atti, dei termini, dei poteri del giudice per la dichiarazione di fallimento e M. MONTANARI, *Istruttoria prefallimentare e giudicato di rigetto – in tema di giudicato e decreto di rigetto dell'istanza di fallimento*, in *Fallimento*, 2008, 8, p. 953, riconosce una maggiore formalizzazione per la fase introduttiva del procedimento.

poste in essere dal d.lgs. 5/2006 e dal d.lgs. 169/2007 siano orientate verso una maggiore formalizzazione del procedimento per l'apertura del fallimento rispetto al passato, tuttavia è indubbio che lo stesso mantenga il richiamo alle forme camerali, nonché una semplificazione delle formalità processuali, e non veda del tutto regolate le scansioni dell'istruzione, trattazione e decisione della causa.

Relativamente all'inquadramento concettuale del procedimento, nel parere di Fabiani[168] la sua riconduzione nell'ambito del rito camerale è solamente una "riconduzione estetico – nominalistica", tuttavia è ammissibile inserirlo nell'ambito della cognizione sommaria, se per questa si intende un modello dove i tempi e le forme del processo non sono precostituiti dalla legge, in quanto appunto le forme processuali sono regolate legislativamente per la fase introduttiva, ma non per la fase di fronte al giudice. Sempre in termini di vicenda cognitiva sommaria si esprimono Montanari[169], sia per il procedimento per la dichiarazione di fallimento che per il reclamo contro il decreto di rigetto di cui all'art. 22 l. fall., e Gaboardi, che evidenzia la natura sommaria nel senso di informale, deformalizzata, data dal fatto che "in coerenza con la natura camerale del procedimento, la semplificazione delle forme processuali ha riguardato soprattutto i poteri giudiziali di organizzazione delle attività di trattazione e istruzione della causa[170]".

Altri sviluppano la propria riflessione intorno al dato per cui il legislatore non si è limitato a "rinviare *sic et simpliciter* alle norme generali sui procedimenti in camera di consiglio contenute negli artt. 737 ss. c.p.c.", totalmente rimessi alle scelte discrezionali del giudice,

---

[168] M. FABIANI, op. cit.

[169] M. MONTANARI, op. cit.

[170] M. GABOARDI, *La tutela del contraddittorio nell'istruttoria prefallimentare,* in *Fallimento*, 2019, 1, p. 30, dove precisa che la natura sommaria del procedimento non comporta di per sé la natura non piena della cognizione, intendendo evidentemente che l'accertamento, il grado di convincimento del giudice, non è di verosimiglianza o parziale, nonostante riconosca che il convincimento si forma sul materiale probatorio a disposizione e che forme processuali predeterminate aumentano la probabilità di un accertamento pieno e non superficiale.

bensì ha dettato in una certa misura il contenuto degli atti, dei termini, dei poteri processuali, conferendo "un minimo comune denominatore di forma, sia pur spedita e concentrata, al procedimento cameral-fallimentare, in prime e seconde cure". Da ciò deducono la creazione di una nuova categoria processuale, che va oltre la distinzione tra cognizione piena e sommaria[171]: quella dei processi semplificati con formalità limitate, come quello cameral-fallimentare, che presentano ibridazioni e contaminazioni tra modelli processuali diversi.

La stessa volontà di abbandonare la ricerca di una catalogazione predefinita del rito in esame affiora in Tiscini, che ne riconosce "le modalità semplificate di conduzione delle dinamiche procedimentali", "svincolate da una cadenza precostituita di memorie o udienze e rimesse alla discrezionalità" del giudice, al di là della formalizzazione della fase introduttiva. La sua lettura del processo per l'apertura del fallimento è quella di un rito più snello e più celere che valorizza le necessità del caso concreto tramite la discrezionalità giudiziale, non trovandosi "incasellato entro confini precostituiti e regole inderogabili[172]".

Senz'altro il procedimento segue forme più semplici, più snelle rispetto a quelle rinvenibili nel rito ordinario di cognizione come modello di processo a cognizione piena, per cui l'art. 15 l. fall. non prevede preclusioni e decadenze, permette al tribunale fallimentare di derogare alle regole formali della notificazione per accelerare la procedura nei casi di urgenza[173], stabilisce un termine a difesa breve, di soli quindici

---

[171] Per le citazioni e il pensiero espresso vedi A. TEDOLDI, *Brevi note sul reclamo …,* cit., che si rifa alla sua concezione della sommarietà della cognizione come progressivo liberarsi dai vincoli delle forme e dai "paludamenti ormai resi inattuali dal volger del tempo e dei bisogni, nonché sentiti dalla comunità come un peso non più sostenibile".

[172] R. TISCINI, *Istruttoria prefallimentare e nullità della chiamata – istruttoria prefallimentare e vizi relativi alla vocatio in ius*, in *Fallimento,* 2014, 12, p. 1336. Dovendo scegliere Tiscini non colloca il procedimento prefallimentare nell'ambito della cognizione piena, ma preferisce parlare di rito camerale contenzioso.

[173] L'art. 15, comma 5, l. fall. stabilisce che se ricorrono particolari ragioni di urgenza "il presidente del tribunale può disporre che il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza siano portati a conoscenza delle parti con ogni mezzo idoneo, omessa ogni formalità non indispensabile alla conoscibilità degli stessi".

giorni, che può anche essere abbreviato[174], non si occupa espressamente di dettare una disciplina dettagliata del contenuto del ricorso e della comparsa di costituzione del convenuto, prescrive per l'udienza l'audizione delle parti e l'assunzione e ammissione da parte del giudice dei mezzi istruttori, compresa la consulenza tecnica, anche d'ufficio, senza indicare scansioni temporali ben precise per la presentazione delle proprie difese, eccezioni, richieste di mezzi di prova, repliche o conclusioni[175].

Nonostante le modalità semplificate in cui si snoda l'*iter* processuale, nella fase di istruzione e trattazione della causa va posta in evidenza l'assenza della nota formula che connota il rito cautelare uniforme e il rito sommario di cognizione, per cui "il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti", e di quella propria del rito camerale di cui all'art. 738 c.p.c., la quale si limita ad enunciare che "il giudice può assumere informazioni"[176]. La previsione che il giudice delegato dal tribunale dovesse procedere all'istruzione della causa nel rispetto del contraddittorio e senza indugio, introdotta dalla riforma del 2006 e sintomo di un'istruzione rapida e deformalizzata, è stata anzi espunta dal legislatore della riforma del 2007[177].

Naturalmente il procedimento per l'apertura di fallimento contiene un rinvio alle modalità del procedimento in camera di consiglio, ma è imprescindibile conciliare questo dato con la strutturazione del processo

---

[174] L'art. 15, comma 3, 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", termine che può essere abbreviato per particolari ragioni di urgenza, senza un limite predefinito.

[175] Come precisa G. LO CASCIO, *Il nuovo fallimento: riflessioni sugli aspetti processuali e sulla disciplina transitoria*, in *Fallimento*, 2006, 7, p. 751, non viene nemmeno indicato quali mezzi istruttori siano riservati alle parti, né l'ampiezza dei poteri istruttori d'ufficio.

[176] È evidenziato anche da C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 108.

[177] Lo sottolinea M. MONTANARI, op. cit., che però giunge all'opposta conclusione per cui non si tratterebbe di una novità così rilevante, rimanendo la celerità il cardine dell'istruttoria e del procedimento in se stesso.

e con la sua appartenenza all'ambito della tutela contenziosa e cognitiva, ragion per cui qualcheduno valuta che per armonizzare questi procedimenti speciali "con le insopprimibili esigenze decisorie dell'accertamento (…) occorre, per l'appunto ed in estrema sintesi, riempire la sostanziale neutralità della maggior parte delle formule adottate in riferimento alla camera di consiglio con il contraddittorio più ricco, l'istruzione probatoria più articolata, la cognizione più completa possibile[178]".

Né può essere sufficiente il tentativo di taluni di interpretare il primo grado di giudizio come rito camerale rimesso alla discrezionalità del giudice e ritenere che la compressione delle garanzie di difesa veda un bilanciamento nel reclamo, solo perché è affermata la sua natura di strumento a devoluzione piena e automatica, in cui ridiscutere pienamente i presupposti per la dichiarazione di fallimento[179].

Innegabilmente la volontà del legislatore delle riforme del 2006 e 2007 è stata quella di rinunciare alle garanzie e ai tempi che il doppio grado di giudizio a cognizione piena porta con sé, abrogando la fase di opposizione, e nell'*intentio legis* la sostituzione dell'appello di cui all'art. 18 l. fall. con il reclamo[180], lo strumento di impugnazione tipico dei provvedimenti camerali, doveva "escludere l'applicabilità della

---

[178] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, I procedimenti camerali decisori …,* cit., p. 124 e ss., dove ricorda in tal senso anche l'operato di Augusto Cerino Canova. In quest'opera ricostruttiva dei procedimenti camerali in termini non sommari l'interprete deve tenere anzitutto in conto le strutture cognitive, probatorie ordinarie, tuttavia Lanfranchi mette in luce come questa ricostruzione non sia necessaria quando le disposizioni legislative lascino spazio all'appello ordinario, dove si recupererà almeno un grado a cognizione piena ed esauriente, o quando la legge non si esprime in modo certo sull'efficacia di giudicato del provvedimento finale.

[179] Come ritiene Tedoldi, che sottolinea tra l'altro la gravità, l'incisività e la delicatezza della dichiarazione di fallimento, ma mette in guardia l'interprete dal fare innesti o trapianti che snaturerebbero il rito A. TEDOLDI, *Brevi note sul reclamo …,* cit.

[180] Art. 18 l. fall.: "Contro la sentenza che dichiara il fallimento può essere proposto reclamo dal debitore e da qualunque interessato con ricorso da depositarsi nella cancelleria della corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni."

disciplina dell'appello dettata dal codice di rito[181]" in coerenza con l'applicazione del modello camerale.

Ciononostante, andando oltre l'intenzione storica del legislatore e verso un'interpretazione sistematica e costituzionalizzante[182], appare decisiva la natura contenziosa e dichiarativa[183] del processo per la dichiarazione di fallimento, che rientra nella tutela giurisdizionale dei diritti e comporta un accertamento che va ad incidere sulle situazioni soggettive sostanziali e sui rapporti giuridici che fanno capo al fallito "con danni morali e materiali di estrema gravità e talora, in parte o in tutto, irreparabili[184]", richiamando l'insegnamento della Corte costituzionale in materia.

Se allora il procedimento per l'apertura di fallimento affiora come processo decisorio, che statuisce con efficacia di giudicato su diritti e status e che deve pertanto assicurare almeno un grado a cognizione piena, con tutte le correlate garanzie immanenti solamente alla predeterminazione delle forme processuali, è del tutto condivisibile il tentativo di leggere in modo neutrale il richiamo alle forme camerali, cosicché l'interprete sia libero "di ricostruire il procedimento nel modo più adeguato alla sua sostanza, cioè al suo oggetto e alla sua funzione[185]".

Deve ancora essere rammentato che la previsione di forme e modalità più semplici di articolazione del processo non è di per sé contrapposta alla cognizione piena, perché questa coincide con una

---

[181] Come si legge nella Relazione illustrativa del Governo al D.lgs. 169/2007.

[182] Costituzionalmente conforme alla luce delle valutazioni che abbiamo espresso in precedenza sul significato dei precetti costituzionali in tema di giusto processo regolato dalla legge, diritto di azione e diritto di difesa, per cui vedi Capitolo primo, paragrafi 1.4.2. e ss.

[183] Come ritiene, tra gli altri, C. CECCHELLA, op. ult. cit. e G. FINOCCHIARO, *Sul reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento,* in *Riv. Dir. Proc*., 2016, 6, p. 1660.

[184] Corte costituzionale, sentenza 16 luglio 1970, n. 141, in *Foro.it*, 1970, I, p. 2038.

[185] F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione …*, cit., p. 144. De Santis richiama la lezione di Augusto Cerino Canova nell'interpretazione in tema di procedimento camerale.

predeterminazione della struttura processuale e non con un determinato contenuto di questa predeterminazione[186].

Ovviamente la disciplina del legislatore si rivela "per larghi versi insoddisfacente sotto il profilo strettamente tecnico – processuale[187]", infatti, nonostante nel procedimento di istruttoria prefallimentare la destrutturazione, l'indeterminatezza non si faccia così evidente come negli altri processi sommari semplificati e decisori, sussistendo anzi una tendenziale predeterminazione delle forme e dei termini, bisogna pure ammettere che questa predeterminazione rimane per l'appunto tendenziale. Le garanzie costituzionali che si legano alla tutela decisoria sui diritti nondimeno impongono un'interpretazione che sia costituzionalmente conforme, e in tal senso dobbiamo esprimerci in termini di procedimento semplificato, che deve inserirsi, come ogni processo decisorio, in una vicenda cognitiva più ampia tale da recuperare almeno un grado di giudizio a cognizione piena[188], in modo che il più possibile ci si avvicini ad un *iter* procedimentale in tutto regolato e predeterminato. Questo avvicinamento si avvera colmando, integrando le lacune che emergono per quanto non espressamente disciplinato dalle regole speciali del rito, che procedono verso una semplificazione delle formalità, un'accelerazione dell'*iter* processuale, con le norme del rito ordinario[189], inteso come espressione principale della cognizione non sommaria.

---

[186] Anzi è ben possibile una semplificazione riformando forme e termini del rito ordinario di cognizione, rappresentativo della cognizione piena ed esauriente, come ritiene L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Profili sistematici …,* cit.

[187] F. DE SANTIS, ivi, p. 143.

[188] F. DE SANTIS, ivi, p. 155 e ss. Un altro tentativo comunque apprezzabile è quello di chi, come Montanari, ritiene che il giudizio di istruttoria prefallimentare sia un giudizio camerale-sommario e recupera un grado di giudizio a cognizione piena, solo eventuale, in sede di reclamo davanti alla Corte di appello.

[189] Seguiamo in questa direzione l'insegnamento di L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, I procedimenti camerali decisori …,* in tema di procedimenti camerali in ambito cognitivo e decisorio, di C. CECCHELLA, op. ult. cit., che parla di un "modello aperto alle garanzie del giusto processo che ne dilata le forme sino alla rottura con il modello di origine" e F. DE SANTIS, op. cit., considerando anche l'adattamento del rito camerale al giusto processo e quindi al diritto di difesa, al contraddittorio portato avanti dalla Corte costituzionale.

Il mancato richiamo ad una formula che abbandoni l'*iter* processuale in tutto o in parte alla libertà del giudice nell'eliminare tutte quelle formalità non essenziali, come accade nel procedimento sommario di cognizione, la strutturazione del rito, al contrario di quanto accade nel procedimento in camera di consiglio degli artt. 737 e ss., l'idoneità al giudicato della sentenza di fallimento agevolano e rendono lecita la ricostruzione da parte dell'interprete di un grado di giudizio a cognizione piena fin dal primo grado e poi nel giudizio di reclamo, soprattutto considerando che gli effetti gravosi della sentenza dichiarativa di fallimento sono immediati e non ricollegati al suo passaggio in giudicato e possono essere sospesi solo parzialmente nel giudizio di seconde cure[190].

Anche in sede di reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento[191], del resto, ci si imbatte in una strutturazione del rito e valgono le stesse considerazioni rese per il primo grado di giudizio, palesandosi una regolamentazione delle modalità in cui si svolge il suo *iter* processuale, quanto al termine per impugnare, al contenuto del ricorso, al termine a difesa, ai termini e al contenuto della memoria di costituzione, all'intervento di terzi, all'istruttoria, che vengono disciplinate in modo speciale[192] rispetto al modello dell'appello ordinario, con una sequenza

---

[190] Al contrario di quanto accade per le altre sentenze costitutive, che invece hanno effetti dal momento del passaggio in giudicato. È vero che nei giudizi sommari semplificati e decisori il provvedimento che chiude il primo grado di giudizio potenzialmente è idoneo al giudicato, ma è anche vero che non produce sin da subito i suoi effetti e in questo modo si dà alla parte la possibilità di azionare un grado a cognizione piena prima che la sentenza produca i suoi effetti in modo definitivo o nel caso in cui si tratti di sentenza di condanna, immediatamente esecutiva, si dà alla parte anche la possibilità di ottenere la sospensione della sua efficacia nel giudizio di seconde cure. La sentenza di fallimento, al contrario, vede un'inibitoria limitata.

[191] Ex art. 18 l. fall. La stessa disciplina tuttavia ha ragione di applicarsi anche nel reclamo contro il decreto di rigetto della sentenza di fallimento ex art. 22, una volta che se ne riconosce la natura decisoria non ha motivo di negarsi un'interpretazione sistematica che ne integri la disciplina facendo applicazione prima delle norme dell'art. 18 e poi delle regole ordinarie. Vedi C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 157 e ss.

[192] Parlano di appello speciale C. CECCHELLA, ibidem, e F. DE SANTIS, op. cit. La specialità emerge, in via esemplificativa, dalla particolare legittimazione a reclamare, estesa a qualunque interessato, o dall'istruttoria, in cui il collegio assume tutti i mezzi

semplificata che garantisca un rito tendenzialmente concentrato in un'unica udienza.

2.1.2. Sentenza dichiarativa di fallimento e decreto di rigetto: limiti ed oggetto del giudicato

A proposito dell'idoneità al giudicato della sentenza dichiarativa di fallimento[193] è indubitabile che il procedimento, nonostante il richiamo alle forme camerali, non appartenga all'area della volontaria giurisdizione, caratterizzata da un intervento del giudice volto a gestire interessi o a contribuire al perfezionamento di un atto nella pressoché assoluta libertà di forme processuali[194], e appartenga invece, come molti altri casi di utilizzazione del procedimento camerale da parte del legislatore, all'area della giurisdizione contenziosa e cognitiva, difatti l'oggetto del processo non è l'amministrazione di interessi, ma lo status dell'imprenditore commerciale e i diritti coinvolti. Per le implicazioni che si producono "direttamente nella sfera dei diritti dell'imprenditore e dei suoi creditori (…) è inequivocabile la natura contenziosa e la strumentalità alla tutela dei diritti dell'oggetto[195]" del processo.
Nemmeno gli interessi pubblici all'eliminazione dell'impresa in dissesto, seppur sottesi alla procedura concorsuale e ravvisabili anche nella legittimazione ad agire del pubblico ministero[196], legittimano una diversa conclusione, soprattutto dopo l'eliminazione dell'iniziativa officiosa, perché il fallimento coinvolge soprattutto gli interessi dei

---

di prova che ritiene necessari e non solamente quelli indispensabili come nell'appello ordinario, disciplinato agli artt. 342 e ss. c.p.c.
[193] L'idoneità al giudicato è ricostruita da C. CECCHELLA, op. ult. cit., passim, M. FABIANI, op. cit. e F. DE SANTIS, op. cit., p. 538 e ss.
[194] M. FABIANI, op. cit., mette in luce le caratteristiche della volontaria giurisdizione, indicando inoltre l'elevato livello di inquisitorietà del processo.
[195] C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 149.
[196] Art. 6, comma 1, l. fall.: "Il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero".

creditori, che vogliono salvaguardare le proprie ragioni, e del debitore stesso[197], che vuole evitare una aggressione e dispersione del proprio patrimonio tramite singole azioni individuali. Ciascuno agisce per tutelare un interesse proprio, "strumentale ad un interesse più ampio, di carattere generale, da inquadrare in termini privatistici come interesse al concorso e alla liquidazione collettiva[198]". Se in precedenza "l'iniziativa del creditore poteva apparire come una variabile sufficiente ma non necessaria (…) del giudizio fallimentare", dando vita ad un processo che veniva percepito come affrancato da un diritto sostanziale sottostante[199], oggi deve essere riconosciuto che il creditore, assumendo l'iniziativa, chiede una forma di tutela del proprio diritto di credito che passa attraverso la trasformazione del regime giuridico ad esso applicabile, da quello ordinario a quello concorsuale; allo stesso modo il debitore – imprenditore si attiva per tutelare il proprio diritto[200] a che sia assoggettata alle regole concorsuali la situazione di insolvenza, per poter poi beneficiare dell'esdebitazione ed evitare di incorrere nel reato di bancarotta semplice[201] a causa dell'aggravamento del dissesto per il ritardo nel richiedere il fallimento.

---

[197] F. DE SANTIS, op. cit., p. 27 e ss. e C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 150 e ss. Ovviamente c'è un interesse dell'ordinamento ad eliminare l'impresa insolvente, perché l'impresa fa parte della sua organizzazione economica, del mercato, e l'insolvenza può produrre effetti su tutta la collettività, provocando a catena il dissesto di tutte quelle imprese che hanno avuto rapporti con quella insolvente e avendo ripercussioni anche sui livelli occupazionali del settore.

[198] Per approfondimenti si rinvia a C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 27 e ss. Il pubblico ministero si fa portatore dell'interesse pubblico.

[199] Lo ricorda F. DE SANTIS, op. cit., p. 36-37. Vedi anche M. FABIANI, op. cit., dove rammenta che l'impulso del creditore era percepito come una sollecitazione dei poteri d'ufficio del tribunale, mentre oggi il processo fallimentare appare come un luogo in cui si discute della tutela dei diritti, di situazioni giuridiche soggettive.

[200] Anche se non si vuole "parlare di un vero e proprio diritto soggettivo del debitore a fallire, certamente vi potrebbe essere un suo concreto interesse in questo senso", vedi F. DE SANTIS, op. cit., p. 64-65.

[201] Rispettivamente artt. 142 e ss., l. fall., per l'esdebitazione, e art. 217, comma 1, n. 4, l. fall., per la bancarotta semplice.

Il provvedimento che contiene la declaratoria di fallimento ha effetti[202] immediati sin dalla sua pubblicazione ex art. 16, comma 2, l. fall.[203] e talvolta anche irreversibili ben prima di diventare definitivo[204], dunque incide pesantemente nella sfera giuridica, nelle situazioni sostanziali dell'imprenditore, oltre che dei suoi creditori, e deve garantire la formazione del giudicato[205] per esigenze di certezza giuridica e di stabilità, che si fanno tanto più pressanti quando la sentenza finale è dotata di una particolare efficacia *erga omnes*. È proprio questo il caso della sentenza fallimentare, che apre all'applicazione di un regime giuridico speciale, quello concorsuale, efficace anche nei confronti dei terzi[206], "di una pluralità di soggetti, che non partecipano né al processo per la dichiarazione di fallimento e forse neppure alla procedura fallimentare che ne consegue, e che ciò nondimeno ne vengono

---

[202] La sentenza di fallimento produce lo spossessamento del debitore ex art. 42 l. fall, l'interruzione dei processi pendenti ex art. 43, l'inopponibilità al fallimento degli atti di disposizione compiuti successivamente ex art. 44, limitazioni alla corrispondenza e alla libertà di movimento, l'impossibilità di svolgere alcune attività professionali, la sospensione o l'automatico scioglimento dei rapporti contrattuali ancora in corso e non eseguiti che fanno capo al fallito, la sottoposizione alle regole speciali della revocatoria fallimentare degli atti di disposizione compiuti nel periodo sospetto indicato dal legislatore ex artt. 64, 65, 67 e 69 l. fall.

[203] L'art. 16, comma 2, l. fall. precisa che gli effetti nei confronti dei terzi si producono dall'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese.

[204] Corte costituzionale, sentenza 16 luglio 1970, n. 141, in *Foro.it*, 1970, I, p. 2038, dove ha precisato che la sentenza di fallimento produce effetti di particolare gravità e incide "profondamente nella sfera giuridica del fallito" e per questo concludeva che dovesse essere garantito il diritto di difesa del fallito anche nella fase sommaria, nonostante poi con l'opposizione si aprisse una fase a cognizione piena, dal momento che nessuno può essere inciso nei propri diritti senza poter influire sul contenuto della decisione.

[205] F. DE SANTIS, op. cit., p. 536.

[206] Basta pensare alla soggezione dei terzi, che hanno un rapporto contrattuale in corso col fallito e non eseguito, allo scioglimento automatico del contratto o allo scioglimento per decisione del curatore o al terzo che si vede sottoposto all'azione revocatoria con le regole particolari che segue nell'ambito del fallimento o ai terzi potenziali aventi causa del fallito successivamente all'iscrizione della dichiarazione di fallimento nel registro delle imprese, che dovranno essere consapevoli dell'inefficacia relativa degli atti di disposizione nei confronti del fallimento, dal momento che il fallito non ha più l'amministrazione e la disponibilità di tutto o quasi il proprio patrimonio. L'efficacia *erga omnes* della sentenza è ribadita da C. CECCHELLA, op. cit., p. 154 e F. DE SANTIS, op. cit., p. 545.

coinvolti, vedendo modificare l'assetto di alcune loro posizioni sostanziali[207]".

Oltre a ciò, come rileva De Santis, la garanzia del giudicato sostanziale è sempre anche il primo baluardo della ragionevole durata, "in quanto preclude mediante la sanzione dell'irrevocabilità della decisione, una inesausta ricerca della verità in un processo senza fine", dando la regola per il caso concreto in modo certo e stabile[208].

Dopo aver convenuto che il processo per la dichiarazione di fallimento rappresenta un processo decisorio, idoneo alla formazione del giudicato sostanziale sui diritti e status, resta da dare risposta al quesito su quale sia l'oggetto del processo per la dichiarazione di fallimento e del giudicato ed è bene procedere per esclusione definendo in via preliminare ciò che oggetto del processo non è.

In modo pressoché pacifico si riconosce che oggetto del processo non è il diritto di credito del creditore istante: il provvedimento finale non statuisce su di esso, "altrimenti non si spiegherebbe la ragione per cui il creditore ricorrente deve comunque partecipare alla fase dell'accertamento del passivo[209]" ex artt. 92 e ss., l. fall., dovendo sempre farvi valere il proprio diritto. Il diritto di credito, invece, rappresenta la situazione che legittima il creditore ad agire proponendo istanza di fallimento, potendo venire in rilievo ed essere accertato dal giudice *incidenter tantum* per la questione di rito che coinvolge la legittimazione ad agire come presupposto processuale e che in quanto tale non può essere oggetto del giudicato sostanziale[210].

---

[207] M. FABIANI, op. cit.

[208] F. DE SANTIS, ivi, p. 539 e ss.

[209] M. FABIANI, op. cit.

[210] È riconosciuto tra gli altri da M. FABIANI, op. cit., C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 151, F. DE SANTIS, op. cit., p. 38 e ss., per cui il giudice accerta in via incidentale la titolarità del credito, verificando la sussistenza della legittimazione ad agire del creditore e chiudendo il processo in rito nel caso sia carente. Cecchella mette bene in luce come l'accertamento del credito non sia una questione pregiudiziale ai fini del merito, decisa dal giudice *incidenter tantum* ai sensi dell'art. 34 c.p.c., facendo parte invece di una questione di rito, la legittimazione ad agire, e restando al di fuori del

Devono parimenti estromettersi dall'oggetto del processo lo stato di insolvenza delineato dall'art. 5 l. fall. e la qualificazione dell'imprenditore in termini di imprenditore commerciale fallibile ex art. 1 l. fall. I fatti storici che integrano l'insolvenza e la qualità di imprenditore commerciale sono fatti costitutivi e i parametri di fallibilità fatti impeditivi della fattispecie[211] e come tutti i fatti "costituiscono dei presupposti per l'accertamento del diritto[212]" su cui non si forma il giudicato, che non si forma sui fatti ma solo sui diritti dedotti, dal momento che è "estraneo al sistema di diritto positivo il giudicato sul punto di fatto, nel senso che l'efficacia di incontestabilità che si collega al giudicato, non investe l'accertamento dei fatti storici[213]".

Nonostante le convinzioni di taluni, fermi nel sostenere che il giudicato si forma sull'insolvenza e sulla qualità di imprenditore commerciale fallibile, perché rientranti nell'area della pregiudizialità logica in quanto presupposti necessari della dichiarazione di fallimento[214], appare più convincente identificare[215] negli inadempimenti e gli altri fatti esteriori

---

thema decidendum. Vedi anche F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, I,* cit., p. 154 e ss.

[211] Come riporta anche F. DE SANTIS, ivi, p. 233 e ss., l'onere di provare i fatti costitutivi, lo stato di insolvenza ex art. 5 l. fall. e la qualità di imprenditore commerciale ex art. 1, comma 1, l. fall., grava sull'attore ai sensi dell'art. 2697 c.c., mentre sul convenuto debitore grava l'onere di dimostrare il possesso congiunto dei requisiti dimensionali previsti dall'art. 1, comma 2, l. fall. in quanto fatto impeditivo, nonché per il principio di vicinanza alla prova.

[212] M. FABIANI, op. cit.

[213] F. DE SANTIS, op. cit., p. 542, che riporta in nota 21 anche il pensiero di Menchini, per cui i fatti non possono essere oggetto del giudicato, poiché "le parti come non possono ottenere in modo diretto decisioni vincolanti su mere questioni di fatto (…), così non possono raggiungere questo risultato in via incidentale, attraverso l'inevitabile accertamento dei fatti costitutivi, modificativi, impeditivi ed estintivi che il giudice è chiamato a compiere, per pronunciare sulla situazione soggettiva dedotta in giudizio."

[214] Questa linea di pensiero è seguita da F. DE SANTIS, op. cit., p. 543-544, che ritiene che lo stato di insolvenza e i requisiti per poter essere dichiarati falliti non siano dei semplici punti di fatto, che il giudice conosce solo al fine di pronunciarsi sul diritto dedotto in giudizio, ma presupposti logico – giuridici della dichiarazione di fallimento.

[215] La pregiudizialità in senso logico si ha tra un accertamento che vede come fondamento logico giuridico, come antecedente logico necessario un altro accertamento, per esempio se si accerta un effetto che deriva da un rapporto giuridico il giudicato scenderà anche sull'antecedente logico necessario, ossia l'esistenza del rapporto. Lo ricorda anche C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 152-153, escludendo che

che integrano l'insolvenza e nei fatti che fondano la fallibilità e la qualità di imprenditore commerciale del soggetto non delle circostanze di fatto-diritto, né l'oggetto dell'accertamento, bensì dei semplici fatti, costitutivi o impeditivi della fattispecie, su cui non può scendere il giudicato.

Nel processo l'attore fa valere la sua "pretesa alla regolazione concorsuale del dissesto", domanda che il credito/debito "subisca una trasformazione strutturale: non deve più essere disciplinato dalle norme sostanziali sull'inadempimento e da quelle processuali sull'esecuzione forzata[216]", ma dalle disposizioni e dai principi concorsuali; in altre parole il ricorrente aziona una situazione potestativa processuale, il potere di ottenere una modificazione del regime giuridico applicabile alla situazione di dissesto, da quello civilistico a quello concorsuale[217]. La sentenza non si limita ad accertare situazioni giuridiche preesistenti, ma dà vita ad un generale mutamento dell'assetto giuridico dell'imprenditore fallito e innovando "la realtà giuridica preesistente, (…) produce un effetto giuridico nuovo[218]" assume la natura di accertamento costitutivo[219], nonostante si debbano tenere in conto anche i suoi effetti esecutivi e liquidatori[220].

---

il giudicato si formi sull'insolvenza e la qualità di imprenditore commerciale fallibile, essendo queste questioni di fatto.

[216] M. FABIANI, op. cit.

[217] C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 134, mette in risalto la specialità del regime concorsuale di liquidazione e amministrazione dell'impresa, che coinvolge tutta la massa attiva, passiva e tutela il patrimonio anche tramite le regole in materia di azione revocatoria fallimentare e in materia di contratti.

[218] A. MOTTO, *Azione costitutiva (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia Treccani*, 2013, per cui l'azione costitutiva è "un potere a necessario esercizio giudiziale", dove l'effetto giuridico, "la modificazione giuridica non consegue direttamente all'atto unilaterale della parte, atteso che (…) necessita dell'intervento del giudice", e dunque in sintesi è un potere di modificazione giuridica.

[219] Vedi sia M. FABIANI, op. cit., che C. CECCHELLA, ibidem. Anche F. DE SANTIS, op. cit., p. 272-273, condivide la natura di accertamento costitutivo della sentenza fallimentare e riporta nella stessa direzione anche le opinioni di Luiso e Satta.

[220] Gli effetti esecutivi fanno sì che inizi il procedimento di attuazione della responsabilità patrimoniale, ma sono solo parte degli effetti che promanano dalla sentenza dichiaratrice di fallimento, come ricordano C. CECCHELLA, ibidem, e F. DE SANTIS, ibidem.

Buona parte della dottrina, argomentando dalla teoria secondo la quale colui che esercita un'azione costitutiva aziona un diritto potestativo ad ottenere il mutamento giuridico, ha individuato nel ruolo di oggetto del giudicato fallimentare il potere di ottenere la regolazione dell'insolvenza secondo le regole concorsuali, anche detto diritto al concorso[221], mentre qualcun altro[222] ha ritenuto che i contenuti e gli effetti legati alla sentenza delineino un vero e proprio *status* di fallito, su cui scenderebbe il giudicato sostanziale.

Le azioni costitutive sottendono un potere di modificazione giuridica, tuttavia "appare decisiva l'obiezione di chi ha sostenuto che ricondurre l'oggetto del processo alla fattispecie del diritto potestativo (sostanziale tout court, ovvero 'a necessario esercizio giudiziale') risulta viziato da un eccesso di concettualismo" dal momento che "il diritto potestativo civilistico (…) potrebbe al più costituire oggetto del processo prima del suo esercizio, e mai dopo: una volta esercitato, in via giudiziale o stragiudiziale, il diritto potestativo è destinato a estinguersi per consumazione, mentre, a seguito del suo esercizio, la contesa delle parti nel processo non è più sull'esistenza o meno del diritto potestativo, bensì sull'esistenza o meno dei fatti modificativi-impeditivi-estintivi ai quali l'esercizio di quel diritto ha preteso di dare rilevanza[223]". In sostanza l'oggetto del giudicato non è il diritto potestativo al mutamento giuridico, che si esaurisce una volta esercitato nel processo, mentre il giudicato dà la regola vincolante per il futuro in ordine al bene della vita controverso, ma è il modo di essere del rapporto sostanziale che scaturisce dalla sentenza, lo stesso rapporto giuridico che viene

[221] C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 151 e ss. per cui con la sentenza di fallimento nasce il diritto al concorso e con il decreto di rigetto viene accertata la sua inesistenza in modo potenzialmente definitivo. M. FABIANI, op. cit. identifica come oggetto del giudicato un diritto potestativo di contenuto processuale, quello di vedere applicato il regime concorsuale al posto di quello civilistico.

[222] F. DE SANTIS, op. cit., p. 545 e 272 e ss.

[223] Cassazione Sez. Un. Civili, 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Il Caso.it*, 2014.

costituito, modificato o estinto[224], la situazione giuridica che risulta dalla modificazione[225].

La sentenza di rigetto, invece, accerterà che la disciplina del rapporto giuridico rimane immutata[226] e considerato ciò, alla luce della ricostruzione operata del procedimento per l'apertura del fallimento, qualora lo stesso si chiuda con un decreto di rigetto della domanda, non si vede perché negare la formazione del giudicato, che renderà sempre possibile per lo stesso soggetto riproporre la domanda nel caso di fatti storici sopravvenuti o mutati rispetto a quelli allegati nel giudizio fallimentare, secondo quelli che sono i limiti cronologici del giudicato[227] e tenuto conto che l'insolvenza è un concetto dinamico, soggetta a mutazione nel tempo. I soggetti terzi che non hanno partecipato al processo, da parte loro, potranno sempre azionare un'autonoma domanda di fallimento, perché non saranno vincolati al giudicato di rigetto, contrariamente a quanto avviene col giudicato di accoglimento[228]. Invero le azioni per ottenere la dichiarazione di fallimento configurano un caso di concorso subiettivo di azioni, laddove "l'esercizio vittorioso dell'azione da parte di uno dei legittimati estingue le azioni concorrenti, perché il risultato ottenuto giova a tutti gli

---

[224] S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I, 931. Vedi anche A. MOTTO, op. cit., che sostiene che l'accertamento giurisdizionale riguarda la situazione giuridica, che qualifica le regole di condotta delle parti in ordine al bene della vita controverso.

[225] A. MOTTO, ibidem, che cita a sua volta S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 190-191, nel ricordare che il giudicato "stabilisce in modo vincolante le relazioni dei soggetti intorno alla situazione sostanziale sottoposta a modificazione", "stabilisce il regolamento del rapporto giuridico che l'attore pretende di modificare".

[226] A. MOTTO, ibidem.

[227] Vedi F. DE SANTIS, op. cit., p. 553 e ss. Un imprenditore che per esempio non era fallibile nel momento del giudizio fallimentare potrebbe sempre diventarlo in seguito, superando i criteri dimensionali previsti dall'art. 1, comma 2, l. fall.

[228] In tal senso anche F. DE SANTIS, ibidem, e C. CECCHELLA, op. ult. cit. p. 154, che riconosce una particolare efficacia erga omnes al giudicato, dati gli effetti che il legislatore prevede per la sentenza di fallimento nei confronti dei terzi e che si producono dal momento dell'iscrizione nel registro delle imprese ex art. 16, comma 2, l. fall.

interessati[229]", e non così accade per il rigetto dell'azione, non essendone pregiudicate e potendo sempre essere proposte le azioni concorrenti degli altri creditori, in modo da "favorire l'uniformità di disciplina giuridica" del rapporto, "senza sacrificare il diritto di difesa" dei legittimati[230], poiché l'applicazione del regime concorsuale non può che valere per tutti i soggetti coinvolti, mentre il provvedimento sfavorevole può ben valere solamente per il soccombente.

Malgrado quanto rilevato si deve prendere atto che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha escluso in più occasioni[231] la decisorietà del decreto di rigetto, cosicché non sarebbe precluso riproporre un ricorso dello stesso tenore.

2.1.3 Natura del processo di accertamento del passivo

In base agli artt. 51 e 52 l. fall.[232] la sentenza dichiarativa di fallimento "apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito", determina il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali su beni ricompresi nel fallimento e fa sì che ogni credito, anche prededucibile, nonché ogni diritto reale o personale su beni mobili o immobili in possesso o nella disponibilità del fallito debbano essere verificati nell'ambito del

---

[229] E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, *Principi*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 187-188. Il concorso subiettivo di azioni si ha nel caso in cui a soggetti diversi spettano azioni diverse, oggettivamente identiche per identità di causa e petitum, come nel caso dell'azione per l'annullamento della delibera societaria ex art. 2377 c.c.

[230] È la soluzione migliore per poter assicurare il coordinamento tra pronunce che riguardano l'unitario rapporto giuridico accertato e la salvaguardia del diritto di difesa dei più legittimati, soluzione a cui si giunge anche in caso di impugnativa di contratti plurilaterali o con parte complessa, domande da o contro una comunione, impugnativa di delibere societarie, controversie sulle obbligazioni ad attuazione plurisoggettiva, data da S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Utet, Torino, 2002, p. 195 e ss.

[231] In via esemplificativa Cass., sentenza 21 dicembre 2010, n. 25818, Cass., sentenza 11 settembre 2007, n. 19096.

[232] L'art. 51 l. fall. sancisce il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali, salvo diversa disposizione di legge, mentre l'art. 52 l. fall. al comma 1 prevede l'apertura del concorso e radica un rito speciale, quello di verifica del passivo.

processo per l'accertamento del passivo[233], disciplinato dagli artt. 92 e ss. l. fall., altrimenti non potranno essere fatti valere fino alla chiusura del fallimento. Per il principio di esclusività posto dall'art. 52, comma 2, l. fall.[234] creditori e terzi devono sottostare al procedimento speciale di verifica fallimentare, se vogliono vedere soddisfatte le proprie pretese all'interno e nei confronti del fallimento, mentre i processi di cognizione che hanno come oggetto queste stesse pretese non possono essere iniziati o proseguiti[235].

La sentenza dichiarativa di fallimento contiene la fissazione del giorno, del luogo e dell'ora dell'udienza per la verificazione dello stato passivo, che si deve tenere normalmente entro centoventi giorni dal deposito della sentenza, e l'assegnazione ai creditori e ai terzi del termine perentorio di trenta giorni prima dell'adunanza per proporre domande tempestive di insinuazione al passivo[236].

Il procedimento per l'accertamento del passivo è strutturato come giudizio contenzioso[237]: il processo si apre con il ricorso dell'attore, che produce gli effetti della domanda giudiziale[238] e contiene la domanda di

---

[233] Secondo quanto riportato dall'art. 103 l. fall., con l'eccezione dei diritti mobiliari o immobiliari vantati dai terzi che siano chiaramente riconoscibili, ai sensi dell'art. 87 *bis* l. fall., per cui il terzo può ottenere la restituzione in via semplificata, proponendo domanda al giudice delegato.

[234] Art 52, comma 2, l. fall.: "Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1), nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge."

[235] È impossibile, perché contrasterebbe col principio di cristallizzazione del patrimonio e di esclusività della verifica del passivo, ogni accertamento in sede ordinaria delle pretese creditorie, di rivendica e restitutorie nei confronti del fallimento, come enuncia F. DE SANTIS, *Giudizio di verifica del passivo e pretese di tutela dichiarativa e costitutiva*, in *Fallimento*, 2018, 6, p. 665. Per approfondimenti vedi anche A. MOTTO, S. MENCHINI, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in *Il processo di fallimento, Vol. 2*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 382 e ss. Deve ritenersi tuttavia, come sottolineano i due autori, che possano proseguire quei giudizi dove l'attore abbia interesse ad una sentenza da opporre al fallito una volta tornato *in bonis*.

[236] Il contenuto della sentenza di fallimento è disciplinato dall'art. 16 l. fall.

[237] L'appartenenza del giudizio all'ambito della giurisdizione contenziosa, alla tutela giurisdizionale dei diritti, è affermata da A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 377.

[238] Ex art. 94 l. fall. "la domanda di cui all'art. 93 produce gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso del fallimento".

ammissione del credito al passivo o di restituzione o rivendicazione di beni mobili o immobili, a cui segue la comparsa di risposta del curatore, che è parte del processo nel ruolo di convenuto e non più di semplice ausiliare del giudice, e si svolge di fronte ad un giudice terzo e imparziale, con la garanzia delle impugnazioni di fronte al tribunale fallimentare[239] e del ricorso per Cassazione.

Se prima delle riforme del 2006-2007 si poteva ammettere che il procedimento non appartenesse all'ambito della giurisdizione contenziosa, per rientrare in quello della giurisdizione volontaria, e che il giudice svolgesse funzioni amministrative e non di tutela giurisdizionale dei diritti, oggi il giudice delegato appare evidentemente chiamato ad accertare i diritti azionati come giudice terzo e imparziale nel rispetto del principio della domanda, del contraddittorio tra le parti e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, in quanto chiamato a decidere "nei limiti delle conclusioni formulate[240]" dalle parti[241], dovendo pronunciarsi su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa e sulle eccezioni sollevate dalle parti o rilevabili e rilevate d'ufficio.

Al curatore, come parte del processo, sono riservati l'esame delle domande presentate e la presa di posizione su ciascuna di esse nel progetto di stato di passivo, compresa la rilevazione delle eccezioni in senso stretto, per cui dovrà sollevare i fatti estintivi, modificativi,

---

[239] L'opposizione, l'impugnazione e la revocazione sono regolate dagli artt. 98 e 99 l. fall., la decisione del tribunale è adottata con decreto e ricorribile per Cassazione.

[240] Art. 95, comma 3, l. fall.

[241] M. MONTANARI, *Appunti sul processo di fallimento*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 15 e ss., ricorda come precedentemente alle riforme del 2006 e 2007 non fosse possibile parlare di un processo di parti, perché il curatore aveva la funzione di semplice ausiliare del giudice, mentre il giudice delegato aveva ampi poteri inquisitori, nonché il potere di sollevare d'ufficio le eccezioni che in via ordinaria sono eccezioni in senso stretto. M. FABIANI, *L'efficacia dello stato passivo*, in *Fallimento*, 2011, 9, p. 1093, ricava la natura contenziosa del procedimento dalla terzietà e imparzialità del giudice delegato, dalla necessità di una domanda di parte, che produce gli effetti della domanda giudiziale, dal principio dispositivo, dal ruolo di convenuto del curatore e dall'attività istruttoria. A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 381, rilevano come vigano nel procedimento anche il principio di allegazione e quello dell'onere della prova, per cui il curatore e i creditori concorrenti dovranno dimostrare i fatti estintivi, modificativi, impeditivi e l'istante i fatti costitutivi del diritto fatto valere.

impeditivi del diritto fatto valere, potendo poi impugnare il provvedimento del giudice delegato. Il contraddittorio tra le parti è concretizzato anche dalla trasmissione del progetto di stato passivo, depositato dal curatore, ai creditori e ai terzi titolari di diritti reali o personali sui beni, con la possibilità di presentare osservazioni scritte, o meglio repliche, fino a cinque giorni prima dell'udienza, dopodiché, svolta l'attività istruttoria sulla base delle richieste probatorie delle parti, il giudice delegato deciderà nei limiti delle domande, eccezioni e conclusioni proposte dalle parti[242].

Nella fase introduttiva del procedimento sono determinati il termine perentorio di presentazione del ricorso, il suo contenuto, dove parti, *petitum* e *causa petendi* devono essere individuati a pena di inammissibilità della domanda, il contenuto e i termini del progetto di stato passivo redatto dal curatore-convenuto, le eventuali repliche e i documenti integrativi presentabili fino a cinque giorni prima dell'adunanza[243], mentre appaiono deregolate le successive fasi di trattazione, istruzione e decisione della causa. Per la fase di istruzione e trattazione l'art. 95, comma 3, l. fall. si limita a enunciare che "il giudice delegato può procedere ad atti di istruzione su richiesta delle parti, compatibilmente con le esigenze di speditezza del procedimento", dovendo tendenzialmente concentrare il procedimento in un'unica udienza, che potrà svolgersi anche in modalità telematiche, per poi decidere con decreto su ciascuna domanda e, una volta terminato

[242] L'art. 95 l. fall. regola lo svolgimento dell'udienza per l'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali vantati dai terzi.

[243] I termini di presentazione del ricorso e il suo contenuto sono disciplinati dall'art. 93 l. fall. e in particolare deve contenere, secondo il comma 4,"1)l'indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore, 2) la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione, 3) la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda" a pena di inammissibilità, e come elementi ulteriori l'indicazione del titolo di prelazione e l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, a cui ricevere le comunicazioni, nonché i documenti dimostrativi del diritto, secondo il comma 6. L'art. 95, comma 1 e 2, l. fall. disciplina il contenuto e i termini di deposito della comparsa di risposta e i termini per presentare osservazioni scritte e documenti integrativi.

l'esame di tutte le domande, emanare il decreto che dà esecutività dello stato passivo ex art. 96 l. fall.[244].

È evidente che il legislatore fallimentare si è mosso in direzione di un processo concentrato nei tempi e semplificato nelle forme, che vengono lasciate alla determinazione del giudice in particolare per quanto riguarda la trattazione e l'istruttoria, dove le esigenze di speditezza fanno da parametro per l'ammissione e l'espletamento dei mezzi di prova. Nonostante manchi l'unanimità in tal senso, è da ritenere che non sia sempre garantita l'assunzione di prove costituende, perché, se di lunga indagine, potrebbero confliggere con la rapidità e la prontezza della verifica dei crediti ammessi a concorrere sui beni del fallito e delle pretese in senso lato restitutorie di beni[245]. La legge fallimentare attualmente in vigore imprime un'accelerazione al processo di accertamento del passivo, cosicché si svolga in breve tempo e con minori formalità e ne sono prova l'utilizzo di termini perentori e/o brevi, come il termine entro cui deve essere fissata l'udienza dalla sentenza dichiarativa di fallimento, i termini a disposizione del curatore per prendere posizione sulle domande insinuate, il termine a disposizione dei creditori e dei terzi per presentare repliche[246]. e quindi la predisposizione di un sistema a scadenze progressive che garantisca la concentrazione in un'unica udienza, con l'eventualità di una ulteriore

---

[244] L'art. 96, comma 3, l. fall. prevede la possibilità che sia necessaria un'ulteriore udienza, che comunque non potrà tenersi oltre otto giorni dalla prima. Vedi in modo approfondito sulle scansioni del processo M. MONTANARI, *Appunti sul processo* …, cit., p. 17 e ss.

[245] Nella stessa direzione si esprime M. MONTANARI, ivi, p. 25, considerando l'evidente accelerazione impressa alla verifica del passivo dal sistema di scadenze progressive e dalla concentrazione in un'unica udienza.

[246] Plausibilmente anche questo termine è da considerare perentorio se inquadrato nel sistema di scadenze progressive, nonostante l'opinione contraria della giurisprudenza, come sostiene M. MONTANARI, ivi, p. 24, che mette in evidenza il sistema di scadenze progressive e la concentrazione del rito in un'ottica di accelerazione. Comunque dovrà essere concesso al curatore, che conosce le repliche dei ricorrenti all'udienza, di presentare le proprie difese consequenziali, per il rispetto del principio del contraddittorio, vedi, C. CECCHELLA, *Diritto fallimentare*, Cedam, Vicenza, 2015, p. 138-139. Anche Cecchella ritiene presente il sistema di scadenze progressive riportato.

che dovrà tenersi entro pochi giorni dalla prima, nonché la sanzione dell'inammissibilità prevista per la mancanza degli elementi del ricorso che compongono l'*editio actionis*, senza possibilità di rinnovazione dell'atto assicurata in via ordinaria dall'art. 164 c.p.c.[247].

I caratteri di semplificazione e deregolazione del processo per la verifica del passivo ne fanno sia un procedimento a cognizione sommaria, dal momento che l'*iter* processuale si svolge secondo modalità più semplici, in buona parte non determinate e "le forme della trattazione, dell'istruzione e della decisione sono rimesse alla discrezionalità del giudice", a cui è demandato "il ritmo del processo e i suoi sviluppi[248]", sia un procedimento dove anche la cognizione intesa come accertamento è sommaria – superficiale, perché meno approfondita di quella ordinaria per la compressione della fase istruttoria[249].

Se la maggior parte della dottrina[250] è concorde nel definire sommaria la struttura del processo di accertamento dello stato passivo, che si mostra

---

[247] I requisiti, la cui mancanza o incertezza assoluta determina l'inammissibilità del ricorso, sono i requisiti necessari per individuare le parti e il contenuto del diritto fatto valere, di cui all'art. 93, comma 3, nn. 1, 2 e 3, l. fall. In un'ottica acceleratoria non è ammessa la rinnovazione dell'atto, tuttavia l'istante potrà ripresentare domanda di insinuazione al passivo, che però inevitabilmente dovrà essere qualificata come tardiva. Vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 459.

[248] A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 381.

[249] La cognizione - accertamento superficiale è sottolineata da M. MONTANARI, ivi, p. 25. Anche A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 377 e 381, enunciano che la verifica dei crediti presenta forme semplificate e cognizione sommaria.

[250] Si segnalano tra gli altri anche F. DE SANTIS, *Giudizio di verifica …,* cit. e G. COSTANTINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali,* Relazione al XXVI Convegno della Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Napoli, 2007, per cui la fase di accertamento del passivo che si svolge davanti al giudice delegato è una fase deformalizzata. Invece C. FERRI, *La formazione dello stato passivo: procedimento di primo grado e impugnazioni*, in *Riv. Dir. Proc*., 2007, 5, p. 1253, si esprime in termini di istruttoria deformalizzata, ma ciononostante qualifica il procedimento tra quelli a cognizione piena. Sempre in senso contrario C. CECCHELLA, *Diritto fallimentare,* cit., p. 139 e ss., considera il procedimento caratterizzato da una cognizione piena, perché la domanda vede regolati i requisiti di forma-contenuto, per la presenza di termini perentori, per la garanzia del contraddittorio e per il regime della prova, che ritiene pieno in tutto e per tutto.

così "sommario nella sua dinamica applicativa[251]", nonostante taluni[252] ritengano piena la qualità della decisione, non c'è, invece, uniformità di vedute sulla sua qualificazione in termini di procedimento dichiarativo e decisorio e sul suo oggetto.

La verifica del passivo è un processo di cognizione e tuttavia non ha ad oggetto una situazione sostanziale, non ha il fine di condurre ad un accertamento su diritti sostanziali idoneo a fare "stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa", ex art. 2909 c.c., anzi conduce ad un provvedimento che produce "effetti solamente ai fini del concorso", secondo quanto riporta l'art. 96, ultimo comma, l. fall. Il decreto che dà esecutività allo stato passivo produce "effetti circoscritti alla procedura in corso, quantunque rispetto alla stessa in modo vincolante[253]", perché oggetto del processo è non un diritto sostanziale, ma un diritto processuale: il diritto di partecipare al concorso[254], di prendere parte alla procedura concorsuale e alla distribuzione di quanto ricavato dal patrimonio del fallito.

Il creditore che vuole partecipare ai riparti parziali e finali del fallimento deve far accertare il proprio diritto alla partecipazione nel procedimento di verifica del passivo, ex art. 52 l. fall., perché altrimenti non sarà riconosciuto nella procedura concorsuale[255]: il procedimento in oggetto ha la funzione di "cristallizzare il passivo", determinando i crediti, i creditori, il rango dei crediti e la loro collocazione nella ripartizione dell'attivo e verificando i diritti reali e personali dei terzi che gravano sulla massa attiva[256], nel chiaro intento del legislatore di "assoggettare al

---

[251] La citazione è ripresa da M. FABIANI, *L'efficacia …,* cit., che ritiene anche che la qualità della cognizione sia piena e non sommaria.

[252] Sempre M. FABIANI, ibidem, nonché C. FERRI, op. cit., per cui la deformalizzazione nella fase di istruzione non incide "sull'attività probatoria piena" e "la conseguente ampia cognizione del giudice".

[253] S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore* …, cit.

[254] Tra gli altri F. DE SANTIS, *La c.d. degiurisdizionalizzazione …,* cit., C. CECCHELLA, *Diritto fallimentare*, cit., S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore …,* cit.

[255] C. CECCHELLA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 133.

[256] Lo riportano A. MOTTO, S. MENCHINI, *Il processo di fallimento …*, cit., p. 378.

procedimento per l'accertamento del passivo tutte le pretese suscettibili di riversarsi sul patrimonio fallimentare, siano esse dirette a partecipare alla distribuzione dello stesso, siano esse finalizzate a sottrarre da esso alcuni beni, mobili e immobili[257]". Il creditore – ricorrente chiede di essere ammesso nel progetto di stato passivo, esercita in sostanza il diritto di essere ammesso a soddisfarsi sui beni del fallito tramite le ripartizioni del ricavato dalla liquidazione dell'attivo fallimentare, nel rispetto della *par condicio creditorum* e delle ragioni di prelazione, mentre i terzi titolari di diritti reali o personali chiedono di sottrarre all'espropriazione e alla liquidazione fallimentare[258] i beni su cui vantano delle pretese.

"La mancata realizzazione del giudicato dipende non dall'assenza di funzioni cognitive, ma dall'oggetto della decisione[259]", poiché l'accertamento ha come oggetto tipico, determinato dalla legge, un diritto processuale[260], il diritto di partecipare alla distribuzione del ricavato o "la legittimità della pretesa espropriativa della curatela[261]", che nasce e muore all'interno del fallimento senza avere effetti sui diritti sostanziali coinvolti[262], talché il procedimento risulta inquadrabile

---

[257] F. DE SANTIS, *Giudizio di verifica …,* cit., che riprende a sua volta G. BOZZA, *I principi della formazione dello stato passivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2014, p. 616.

[258] In maniera approfondita riportano quanto detto A. MOTTO, S. MENCHINI, *Il processo di fallimento* …, cit., p. 382-383. In tal senso anche G. COSTANTINO, *L'accertamento del passivo …*, cit.

[259] Vedi S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore …,* cit.

[260] M. FABIANI, *L'efficacia …*, cit. invece ritiene che oggetto del processo sia il diritto di credito, un diritto sostanziale, seppure nella sua dimensione concorsuale, A. PATTI, *Le impugnazioni: natura e struttura*, in *Fallimento*, 2011, 9, p.1105, parla invece di proiezione concorsuale del credito.

[261] F. RICCI, *Lezioni sul fallimento,* Milano, II, 1998, p. 194 per cui la curatela "afferma nel processo la legittimità della propria pretesa espropriativa sul bene; viceversa il terzo pretendente (sia se attore sia se contenuto) nega la legittimità di tale pretesa".

[262] S. MENCHINI*, L'ultima idea del legislatore …,* cit., sostiene che l'accertamento del passivo, dei diritti reali e personali dei terzi e le impugnazioni dello stato passivo abbiano un oggetto processuale, con effetti solamente endoprocedimentali, così come le controversie che sorgono in sede di distribuzione del ricavato in ambito esecutivo, ex art. 512 c.p.c., risolte con un'ordinanza impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c, e M. MONTANARI, *Appunti sul processo …,* cit., p. 33, secondo il quale il diritto di partecipare al concorso ha consistenza meramente

nell'area dei procedimenti semplificati – sommari non decisori, con efficacia solamente endoprocessuale.

In conclusione siamo in presenza di una forma di tutela diversa da quella dichiarativa sui diritti sostanziali, che conduce ad un provvedimento con effetti interni al processo in cui è emanato[263], per cui il decreto ha un contenuto di accertamento, ma non ha una funzione decisoria[264], intesa la decisorietà come idoneità dell'accertamento ad acquisire efficacia di giudicato su diritti sostanziali e status.

Per quanto riguarda le impugnazioni contro il provvedimento che dà esecutività allo stato passivo, previste agli artt. 98-99 l. fall., valgono considerazioni analoghe.

L'impugnazione, l'opposizione e la revocazione[265] dello stato passivo sono autonomi giudizi di impugnazione, regolati secondo un procedimento unico, posto dall'art. 99 l. fall., che detta i requisiti di forma – contenuto del ricorso, i termini per impugnare e costituirsi in giudizio, i termini per l'intervento dei terzi e non inserisce contrazioni dell'istruttoria, ma trascura di disciplinare lo svolgimento del procedimento[266]. Nonostante debba essere riconosciuto che manca una "predeterminazione in via legislativa della sequenza delle attività processuali attraverso cui si dipanano le fasi di trattazione, istruzione e

---

processuale, nasce e muore nel fallimento, e così gli effetti dell'accertamento non possono andare oltre i confini di quest'ultimo.

[263] S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore ...,* cit., in riferimento sia alle controversie in sede di distribuzione nel processo esecutivo ex art. 512 c.p.c., sia in riferimento al processo di verifica del passivo, dei diritti reali e personali dei terzi e alle impugnazioni, di cui agli artt. 98-98 l. fall.

[264] A. MOTTO, S. MENCHINI, *Il processo di fallimento ...,* cit., p. 566 ritengono invece che il decreto abbia un contenuto decisorio, seppure con efficacia solo endofallimentare.

[265] L'opposizione può essere proposta dal creditore o dal titolare di diritti per contestare il rigetto della domanda, l'impugnazione dal può essere proposta per contestare l'accoglimento della domanda di un creditore concorrente o del terzo, la revocazione può essere proposta come impugnazione straordinaria.

[266] M. MONTANARI, op. ult. cit., p. 43. Per la fase di trattazione e decisoria si precisa solo che la decisione avviene con decreto, entro sessanta giorni dall'udienza o dal termine per il deposito di memorie.

decisione[267]" e che in tale parte il procedimento soffre di una deformalizzazione, non è inaccettabile la tesi di quanti[268] non vi leggono un procedimento sommario, bensì, evidentemente, cercano di integrare le lacune lasciate dalla normativa con la disciplina ordinaria e con i principi generali in tema di impugnazioni[269]. In tal senso si può ritenere che il procedimento uniforme previsto dall'art. 99 l. fall., nella parte in cui fa riferimento all'assunzione e ammissione dei mezzi istruttori da parte del tribunale fallimentare, si riferisca a tutti i mezzi di prova rilevanti e alla disciplina comune in tema di ammissibilità, formazione, assunzione delle prove, soprattutto guardando al fatto significativo che non è dato al tribunale il potere di contrarre la fase istruttoria, contrariamente a quanto avviene davanti al giudice delegato, e si può ritenere che la regola di giudizio per l'assunzione della decisione sia quella ordinaria[270], enunciata dall'art. 2697 c.c.

Ad ogni modo i processi impugnatori realizzano pur sempre un accertamento con efficacia endoprocedimentale e hanno pur sempre ad

---

[267] Devono ammetterlo ad esempio A. MOTTO, S. MENCHINI, *Il processo di fallimento …,* cit., p. 604, che parlano di deformalizzazione *in parte qua* del procedimento.

[268] Tra cui M. MONTANARI, op. ult. cit., p. 34, A. CAIAFA, *Sulla contestata natura contenziosa del giudizio di opposizione allo stato passivo,* in *Dir. Fall*., 2011, 1, che estende al procedimento la comune disciplina dell'istruzione probatoria. F. LOCATELLI, *Brevi note sul rito camerale sui generis per le impugnazioni dello stato passivo,* in *Dir. Fall*., 2014, 1, p. 64, parla di un rito che si allontana dalle caratteristiche del rito camerale per la disciplina della fase introduttiva e perciò sui *generis,* per cui alcuni ne enfatizzano la natura camerale, mentre altri per la disciplina dettagliata e le preclusioni lo accostano ad un processo a cognizione piena. G. COSTANTINO, *L'accertamento del passivo …,* cit., ritiene il procedimento a cognizione piena, perché sono regolati i modi e le forme di attuazione del contraddittorio, nonostante manchi la disciplina dello svolgimento della fase istruttoria, di trattazione e decisione, che può essere colmata ricorrendo alle regole e ai principi dettati per gli altri processi cognitivi dal codice di rito.

[269] Vedi paragrafo 1.5.2. e A. CARRATTA, *La procedura camerale come contenitore neutro …,* cit. e vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, *Il processo di fallimento …,* cit., p. 567.

[270] Vedi. A. MOTTO, S. MENCHINI, ivi, p. 602 e ss., per cui si applicano le regole del rito ordinario di cognizione sull'ammissibilità, la formazione e l'efficacia delle prove, il giudizio del giudice non si basa su criteri di verosimiglianza ma su un convincimento pieno. Il passaggio alla fase decisoria avverrà come in tutti i processi a cognizione piena quando è terminata l'istruttoria o quando la stessa è superflua, vedi G. COSTANTINO, *L'accertamento del passivo …,* cit.

oggetto un diritto processuale, cosicché si discuterà nuovamente "dell'esistenza del diritto al concorso ovvero dell'inclusione nella massa attiva dei beni rivendicati o dei quali è stata chiesta la restituzione[271]", senza che si applichi il divieto dei *nova*[272], essendo possibile colmare le eventuali compressioni dell'istruttoria e del giudizio consumatesi nel giudizio di fronte al giudice delegato[273].

2.1.4. Efficacia endo-processuale del giudicato del decreto che dà esecutività allo stato passivo

L'art 96, comma 5, l. fall. prevede che "il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'articolo 99, producono effetti soltanto ai fini del concorso" e non prevede la loro idoneità a fare stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa. L'efficacia è solo ai fini del concorso, il provvedimento ha effetti preclusivi, assume stabilità, esauriti i mezzi di impugnazione ordinari, ma solo internamente alla procedura, per cui qualche autore si esprime in termini di giudicato endofallimentare[274],

---

[271] G. COSTANTINO, ibidem.

[272] Per le nuove eccezioni e prove, non così per le nuove domande. Impugnazione e opposizione si pongono come un *novum iudicium*, pertanto è liberamente ammesso l'esercizio di nuove attività probatorie e difensive, e come mezzi a carattere devolutivo ma non automatico, in quanto le parti sono onerate di proporre al tribunale fallimentare le singole questioni che vogliono siano da questo conosciute. In via approfondita A. MOTTO, S. MENCHINI, *Il processo di fallimento ...,* cit., p. 568 e ss.

[273] In questo senso anche F. LOCATELLI, op. cit., dal momento che non vige nel procedimento il divieto dei *nova.* Non sussistono preclusioni riconducibili al primo grado, come riporta C. FERRI, op. cit., mentre G. COSTANTINO, *L'accertamento del passivo ...,* cit., ricorda anche che in primo grado la domanda può essere presentata personalmente dal ricorrente, che non ha una conoscenza approfondita delle attività processuali, per cui sarebbe incomprensibile vincolarlo in secondo grado alla sua insufficiente prospettazione. È opportuno che dopo un grado deformalizzato sia data alle parti la "possibilità di integrare il quadro fattuale e probatorio", per la piena attuazione del diritto di difesa, vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, ivi, p. 571.

[274] F. DE SANTIS, *Sulla c.d. degiurisdizionalizzazione ...,* cit., per cui il decreto assume "un'efficacia meramente processuale e negativa, in quanto preclusiva del riesame in quella medesima sede fallimentare delle questioni inerenti all'esistenza e alla natura e all'entità del credito".

intendendo che "il decreto, una volta divenuto definitivo, esclude la possibilità, all'interno della procedura, di porre nuovamente in discussione l'esistenza del credito, l'efficacia del titolo da cui deriva, il suo importo e l'esistenza di eventuali cause di prelazione[275]".

Così con il provvedimento di accoglimento il creditore vede riconosciuto il diritto a partecipare al concorso e non potrà più essere contestato all'interno della procedura il credito per cui è stato ammesso a soddisfarsi sul ricavato, il titolo da cui sorge, il suo *quantum* e le cause di prelazione dichiarate, mentre con il provvedimento di rigetto nel merito si vede negato il diritto al concorso e non avrà modo di soddisfarsi sul ricavato, né potrà proporre domanda tardiva basata sullo stesso credito[276]. Dopo il provvedimento di accoglimento, divenuto definitivo, del pari il curatore non potrà esercitare azioni di nullità, risoluzione, annullamento, inefficacia o revocatorie del titolo da cui sorge il diritto del creditore o la causa di prelazione per mettere in discussione il diritto di quest'ultimo di partecipare al concorso e alla distribuzione del ricavato, riconosciuto in modo vincolante all'interno della procedura[277].

Dal momento che nel procedimento di accertamento del passivo il giudice accerta il diritto al concorso, dovrà accertare anche l'esistenza

---

[275] A. MOTTO, S. MENCHINI, *Il processo di fallimento …,* cit., p. 538. La preclusione endoconcorsuale si riferisce sia ai fatti dedotti, che a quelli deducibili nel procedimento.

[276] In via approfondita vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, ivi, p. 536 e ss., per cui dopo che il provvedimento di accoglimento è diventato definitivo il curatore non potrà più sollevare l'inefficacia o l'inesistenza del titolo, né contestare il *quantum* del credito o le cause di prelazione, mentre il creditore stesso non potrà pretendere un importo maggiore o di valersi di una causa di prelazione non riconosciuta dal provvedimento. Il provvedimento di rigetto in rito invece non impedisce di presentare domanda (tardiva) di insinuazione al passivo per lo stesso diritto di credito.

[277] Sempre A. MOTTO, S. MENCHINI, ivi, p. 545 e ss., poiché il curatore e i creditori concorrenti avrebbero dovuto dedurre un'eccezione nel corso dell'accertamento del passivo per far rigettare la domanda e il decreto ha effetti ai fini del concorso, non solamente all'interno del concorso, rendendo incontrovertibile per il curatore e i creditori concorrenti il diritto del creditore di partecipare al concorso e soddisfarsi sul ricavato per l'importo ammesso al passivo. Invece si riconosce la possibilità di esercitare tali azioni se non sono dirette a negare il diritto al concorso del creditore o il suo *quantum*, ma ad altri fini.

del diritto di credito su cui si fonda, il suo ammontare, l'esistenza di cause di prelazione, nonché la sua efficacia e opponibilità[278] nei confronti del fallimento, ma questo accertamento è compiuto *incidenter tantum*, senza assumere efficacia di giudicato sostanziale, mentre l'accertamento del diritto al concorso ha rilievo solo all'interno della procedura, senza avere effetti al di fuori della stessa[279].

Il provvedimento di rigetto allora negherà il diritto al concorso del creditore, ma non produrrà effetti al di fuori del fallimento e non impedirà al creditore di chiedere l'adempimento dell'obbligazione al debitore tornato *in bonis*, allo stesso modo il decreto di accoglimento non vincolerà l'imprenditore tornato *in bonis* e una volta chiuso il fallimento si potrà ridiscutere dell'esistenza e dell'ammontare del credito[280] in un giudizio a cognizione piena.

Un problema si pone se si considera il necessario coordinamento con l'art. 114, l. fall., che al suo comma primo pone il principio dell'intangibilità dei riparti, affermando che "i pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto non possono essere ripetuti, salvo il caso dell'accoglimento di domande di revocazione", e così sembrerebbe precludere l'esercizio di azioni di ripetizione e restituzione di quanto è stato distribuito ai creditori all'interno del concorso.

---

[278] A. MOTTO, S. MENCHINI, ivi, p. 542-543, che ribadiscono come non basti essere titolare di un diritto di credito nei confronti del fallito per poter partecipare al concorso, ma sia necessario anche l'anteriorità del credito alla sentenza di fallimento e che il titolo da cui deriva non sia inefficace verso la massa, ex artt. 64 e 67 l. fall.

[279] E. F. RICCI, *Formazione del passivo e decisione sul credito*, Giuffrè, 1988, p. 62 e ss., che teorizzò già allora la teoria per cui oggetto dell'accertamento del passivo non sarebbe il diritto di credito, bensì il diritto al concorso, che non può avere efficacia fuori dal fallimento, mentre il diritto di credito, in quanto situazione pregiudiziale, verrebbe accertato solo in via incidentale. S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore …*, cit. ritiene che anche nell'accertamento del passivo e nei giudizi impugnatori la sussistenza, l'ammontare, il grado del credito siano questioni pregiudiziali, decise in via incidentale, solo al fine di decidere sulla partecipazione alla distribuzione. A. MOTTO, S. MENCHINI, ibidem, sostengono invece che l'oggetto del procedimento non sia decisivo, perché la legge espressamente prevede l'efficacia del decreto solamente ai fini del concorso e non la sua idoneità al giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c. sull'esistenza, sul *quantum* del credito e sulle cause di prelazione.

[280] Le stesse conclusioni si ritrovano in A. MOTTO, S. MENCHINI, ivi, p. 544 e ss.

Nonostante il decreto di esecutività dello stato passivo e i decreti assunti nei giudizi impugnatori manchino di vincolatività al di fuori del concorso, c'è chi[281] riconosce che la stabilità dei riparti valga non solo nei confronti del curatore e dei creditori concorrenti, ma anche nei confronti del debitore tornato *in bonis*, il quale non potrebbe chiedere la ripetizione delle somme percepite dal creditore con la distribuzione del ricavato fallimentare.

Se il fallimento è un mezzo di "realizzazione sattisfattiva del credito[282]", se è anche una procedura esecutiva, guidata dalle regole concorsuali, perché attua la responsabilità patrimoniale del debitore, privandolo del potere di disporre, all'interno di un processo che l'ordinamento predispone allo scopo[283], allora avrà la funzione di dare soddisfazione della pretesa ammessa al passivo, di attuare il diritto al concorso e non il fine di sovvertire regole di diritto sostanziale. Se il creditore soddisfatto nella procedura concorsuale non aveva diritto a ricevere alcunché sul piano sostanziale, dovrà essere possibile per il debitore *in bonis* ottenere la ripetizione delle somme percepite indebitamente in un giudizio a cognizione piena che conduca ad un accertamento (negativo) stabile e incontrovertibile che abbia ad oggetto il diritto di credito. Considerando l'oggetto del procedimento di verifica del passivo, che non ha la funzione di accertare diritti sostanziali in modo stabile e incontrovertibile, ma ha la funzione di accertare il diritto di partecipare alla procedura concorsuale[284] perché poi gli sia dato attuazione,

---

[281] A. MOTTO, S. MENCHINI, *Il processo di fallimento ...,* cit., p. 541 e 545, così i provvedimenti hanno effetti circoscritti al concorso, ma quanto ricevuto in sede di riparto non può essere messo in discussione non solo all'interno del fallimento, ma anche al di fuori da parte del debitore tornato *in bonis* e deve considerarsi stabilmente acquisito dal creditore.

[282] Ivi, p. 543 e ss.

[283] Vedi M. FABIANI, *L'efficacia dello stato passivo ...,* cit., che ritiene che per questi indici il fallimento sia anche un'esecuzione collettiva universale, dal momento che, come nell'esecuzione individuale, l'ordinamento interviene per sostituire il debitore inadempiente, tramite lo spossessamento, la vendita dei beni e la distribuzione del ricavato ai creditori insinuati al passivo.

[284] F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, III*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 184 ricorda che anche l'esecuzione forzata ha la funzione di sostituire l'adempimento del debitore

considerando che il provvedimento "non ha ad oggetto, principale e diretto, il diritto sostanziale, non pronuncia in via immediata su questo, ne conosce soltanto incidentalmente ai limitati fini di provvedere in ordine alla sua ammissibilità ai fini distributivi[285]", appare più convincente ritenere che anche i riparti siano intangibili solamente all'interno della procedura, nei confronti del curatore e nei confronti dei creditori[286], sicché i creditori soddisfatti non potranno essere costretti a restituire le somme percepite per destinarle ad un'altra distribuzione[287]. Laddove l'art. 114, comma 2, l. fall. prescrive che i creditori che hanno ricevuto pagamenti non dovuti debbano restituire le somme riscosse se ne condivide la lettura[288] che opta per la ripetibilità dei pagamenti non dovuti anche nel caso in cui l'indebito venga accertato in un giudizio proposto dal debitore, una volta chiuso il fallimento.

---

e non di accertare che l'adempimento è dovuto sul piano sostanziale, che rimane un problema del processo di cognizione, e pertanto l'esecuzione non può avere effetti preclusivi che non abbia anche l'adempimento spontaneo dell'obbligato, per cui l'esecutato, terminata l'esecuzione, potrà rimetterne in discussione il risultato. S. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore ...,* cit., secondo cui "per rendere intangibile l'attribuzione patrimoniale, è necessaria una pronuncia dichiarativa" con efficacia vincolante al di fuori dell'esecuzione e una "simile efficacia extraprocessuale può conseguire soltanto ad un accertamento, che in quanto avvenuto in via principale, abbia forza di giudicato, mentre non è sufficiente la verifica del credito compiuta incidentalmente (…) perché essa non può che avere effetti endoprocedimentali".

[285] S. MENCHINI, ibidem, trattando del procedimento ex art. 512 c.p.c., con conclusioni estese all'ammissione del passivo.

[286] Sempre F. P. LUISO, op. ult. cit., p. 186, fa presente che i creditori di uno stesso debitore non hanno tra loro una relazione giuridicamente rilevante sul piano sostanziale e non hanno possibilità al di fuori del processo esecutivo di rivolgersi ad altri creditori soddisfatti, considerando che l'art. 2901, comma 3, in tema di revocatoria ordinaria esclude che possa ottenersi la revoca dell'adempimento di un debito esistente. S. MENCHINI, ibidem, deduce che mancando l'accertamento del diritto sostanziale ad ogni effetto, non si abbia un titolo capace di rendere stabile l'attribuzione patrimoniale e certificarne la legittimità sul piano sostanziale

[287] . M. MONTANARI, *Appunti sul processo ...,* cit., p. 84 e ss.

[288] Vedi F. DE SANTIS, *La c.d. degiurisdizionalizzazione ...,* cit. All'opposto si pongono quanti ritengono che la ripetizione sia limitata all'accoglimento di domande di revocazione, ad esempio M. FABIANI, *L'efficacia dello stato passivo ...,* cit., per cui l'esecuzione dello stato passivo è protetta anche al di fuori della procedura concorsuale, non potendo l'ex fallito ottenere la ripetizione di quanto i creditori abbiano ricevuto in sede di distribuzione e potendo ridiscutere i diritti di credito solo ad altri fini.

Se si limitasse la ripetizione alle sole ipotesi in cui è accolta la domanda di revocazione, si dovrebbe tener conto della lesione del diritto di difesa del debitore[289], che è rimasto estraneo al giudizio di accertamento del passivo e alle fasi successive di distribuzione, avendo solamente il ruolo di informatore[290] all'interno del procedimento, considerato che non è compito preminente del curatore tutelare gli interessi del debitore fallito, bensì tutelare la massa.

Secondo l'art. 93 l. fall. anche la domanda che abbia ad oggetto la restituzione o la rivendicazione di beni mobili o immobili deve essere fatta valere secondo il procedimento di verifica del passivo[291], d'altra parte l'art. 96, comma 5, l. fall. non distingue gli effetti del decreto che dà esecutività allo stato passivo e delle decisioni assunte in sede di impugnazione a seconda della pretesa insinuata, creditoria da un lato o restitutoria/di rivendica dall'altro. Anche qui si prospetta un dibattito[292] su quale sia l'oggetto dell'accertamento fallimentare in riferimento alle domande con cui il terzo deduce un proprio diritto reale o restitutorio su beni compresi nel fallimento, ma in ogni caso, al di là della nostra propensione per la teoria che vede il diritto processuale del terzo di sottrarre il bene all'esecuzione concorsuale come oggetto del procedimento di verifica, deve accettarsi che i provvedimenti del giudice delegato e del tribunale fallimentare abbiano efficacia solo ai fini del concorso.

---

[289] Lo pone in evidenza sempre F. DE SANTIS, ibidem.

[290] Vedi ad esempio M. FABIANI, op. ult. cit., che ricorda come il debitore non abbia più legittimazione processuale per i diritti compresi nel fallimento, ex art. 43 l. fall., ed in suo luogo stia in giudizio il curatore. La rappresentanza del curatore è *sui generis,* dal momento che rappresenta non solo e non tanto il fallito, quanto la massa dei creditori. Anche M. MONTANARI, *Appunti sul processo …,* cit., p. 33, sottolinea che il fallito non è parte del procedimento di verifica.

[291] Non potrà essere proposta quindi in via ordinaria, vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 467. Si rinvia al Capitolo terzo per approfondimenti.

[292] Vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 555 e note. Taluni propendono per ritenere oggetto del giudizio il diritto reale o personale vantato dal terzo, altri per il diritto del terzo di sottrarre il bene all'esecuzione o di vedere dichiarata l'illegittimità dell'esecuzione rispetto al bene.

Il provvedimento di accoglimento sottrae il bene oggetto del diritto del terzo all'esecuzione concorsuale, in modo stabile all'interno del concorso, ma senza efficacia al di fuori del fallimento, per cui il debitore, una volta tornato in bonis, potrà agire verso il terzo per ottenere la restituzione del bene e il terzo, proprietario di un bene immobile, potrà sicuramente agire nei confronti dell'aggiudicatario, acquirente a titolo derivativo, mentre, trattandosi di un bene mobile, la vendita forzata realizza un acquisto a titolo originario a favore dell'aggiudicatario[293], che prevale sul terzo proprietario in base alle regole di diritto sostanziale.

Il decreto di rigetto per inefficacia o inopponibilità del diritto nei confronti del fallimento o anche per inesistenza del diritto, allo stesso modo, non avrà efficacia al di fuori del fallimento, pertanto se il bene non è stato liquidato ed è stato restituito all'imprenditore il terzo potrà agire in rivendicazione o chiedere la restituzione del bene, al contrario se si è realizzata la vendita forzata, trattandosi di beni mobili, si verificherà pur sempre un acquisto a titolo originario, mentre per i beni immobili non è pacifico che il terzo possa far valere il proprio diritto nei confronti dell'aggiudicatario, anche alla luce della tutela concessa a quest'ultimo[294].

---

[293] Il terzo può agire nei confronti dell'acquirente in vendita forzata con la domanda di rivendica, dimostrando di essere titolare di un diritto reale sul bene, prevalente su quello della massa dei creditori, se non ha ottenuto la sospensione della liquidazione del bene e nel frattempo questo è stato venduto. Secondo A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 556 e ss., se il terzo aveva trascritto la domanda tempestivamente l'aggiudicatario deve direttamente ritenersi vincolato dalla pronuncia fallimentare, perché successore nel diritto controverso. Nel caso di vendita forzata di beni mobili l'aggiudicatario acquista sempre a titolo originario ex art. 1153 c.c., mentre il terzo potrà soddisfarsi sulla somma ricavata e non distribuita o con l'azione di risarcimento dei danni per mala fede del curatore, sempre che non riesca a dimostrare la mala fede dell'aggiudicatario.

[294] Sicuramente va ritenuto nel caso in cui il terzo non abbia proposto la domanda di rivendica nel procedimento fallimentare e quindi non abbia ottenuto un decreto né di accoglimento né di rigetto, mentre si dubita in dottrina se possa valere per il terzo che ha ricevuto un provvedimento di diniego in sede di accertamento del passivo. In senso positivo G. COSTANTINO, *L'accertamento del passivo …,* cit. e anche M. FABIANI, *Efficacia dello stato passivo …,* cit., G. P. MACAGNO, *La domanda di rivendica/restituzione,* in *Fallimento,* 2011, 9, p. 1049, considerando l'efficacia

Per le pretese restitutorie obbligato alla restituzione è solamente il debitore, quindi il terzo non potrà agire in ogni caso mediante azione di restituzione verso l'aggiudicatario, ma potrà esercitare solamente l'azione di rivendica[295].

2.2. Diritto di difesa, garanzie ed esigenze di certezza dei traffici giuridici

La sentenza della Corte costituzionale 16 luglio 1970, n. 141 pronunciò l'illegittimità del previgente art. 15 l. fall. nella parte in cui non assicurava la comparizione dell'imprenditore davanti al tribunale fallimentare e mise in evidenza la necessità di garantire il diritto di difesa, nonostante gli interessi pubblici sottesi alla procedura concorsuale e nonostante la sommarietà e la necessaria rapidità dell'istruttoria prefallimentare[296].

Sebbene l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, prevista dalla legge fallimentare allora vigente, fosse improntata al rispetto del contraddittorio e garantisse la cognizione piena, la Corte ritenne che "la gravità delle conseguenze" poste dalla sentenza di fallimento rendesse indefettibile "l'esigenza che il debitore, già nella prima fase processuale in camera di consiglio, informato della iniziativa in corso" potesse difendersi in merito allo "stato di dissesto e la di lui assoggettabilità alla esecuzione fallimentare", non ammettendo che un provvedimento di tal

---

meramente endofallimentare dei provvedimenti. È necessario per la tutela dell'aggiudicatario ritenere che possa rivalersi sul ricavato della vendita forzata quantomeno, nonostante non possa rivalersi sulle somme distribuite. Diversamente A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 558, che, ritenendo l'aggiudicatario un successore nel diritto controverso, sostengono che possa opporre al terzo il decreto di rigetto fallimentare, considerando che l'aggiudicatario non potrebbe rivalersi sulle somme distribuite ai creditori e rimarrebbe sfornito di tutela.

[295] A. MOTTO, S. MENCHINI, ivi, p. 476 e ss.

[296] Vedi per un approfondimento F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione …,* cit., p. 148 e ss.

genere fosse "legittimamente emanato, come e sia pure non frequentemente in pratica avviene", senza ascoltare e ammettere "ad esporre le proprie ragioni il soggetto passivo di esso[297]".

Come ricorda De Santis[298], la Corte riconobbe la natura sommaria della cognizione prefallimentare, perché destinata in seguito a trasformarsi in un processo a cognizione piena, ma in seguito la giurisprudenza della Corte di Cassazione scaturita della sentenza andò nel senso di eliminare tutte quelle formalità percepite come non essenziali rispetto alle garanzie costituzionali e non tollerabili da un procedimento sommario.

Così la necessità di giungere il più rapidamente possibile alla tutela, ad una "certezza veloce"[299] finì molte volte per andare a discapito delle garanzie difensive e, infatti, il termine da assegnare al debitore per la comparizione veniva rimesso all'equo apprezzamento del giudice[300], la stessa audizione del debitore non veniva avvertita come necessaria quando fosse stato informato dell'iniziativa fallimentare e avesse potuto presentare memorie e documenti[301], né veniva ritenuto necessario convocare nuovamente il debitore e comunicargli l'avvio di un secondo procedimento, aperto anche d'ufficio dopo la desistenza del creditore ricorrente, essendo sufficiente che fosse stato sentito e avesse potuto difendersi di fronte al tribunale in precedenza[302].

Dopo le riforme del 2006 e del 2007 i processi fallimentari sono diventati più attenti alle garanzie delle parti, andando in direzione di una tendenziale predeterminazione delle forme, dei termini, dei poteri delle

---

[297] Corte costituzionale, sentenza 16 luglio 1970, n. 141, in *Foro.it*, 1970, I, 2038.

[298] Vedi F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione ...,* cit., p. 150 e ss., anche per la giurisprudenza della Corte di Cassazione formatasi in seguito alla sentenza n. 141/1970.

[299] Per usare le parole di E. ALLORIO, *Sul doppio grado del processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 317.

[300] Cass., 2 febbraio 2004, n. 6508.

[301] Cass., 6 settembre 2006, n. 19141, per cui il diritto di difesa dell'imprenditore poteva essere garantito non solo tramite l'audizione personale, ma anche tramite attività equipollenti, come la facoltà di presentare documenti e memorie.

[302] Cass, 7 marzo 2008, n. 6191, per cui non era necessario rinnovare la convocazione dell'imprenditore, se fosse venuto a conoscenza dell'iniziativa precedente e avesse potuto predisporre le opportune difese.

parti e del giudice, seppure mantenendo l'ispirazione o l'ibridazione col modello camerale, secondo quell'idea, condivisa a livello giurisprudenziale, che lo pone come un contenitore neutro, che si vorrebbe capace di apprestare la speditezza del procedimento e allo stesso tempo di ammantarsi delle forme del giudizio ordinario in materia contenziosa[303].

Oggi nel regolare il processo di fallimento l'art. 15 l. fall., comma 2 e comma 3, assicura che venga instaurato il contraddittorio: depositata l'istanza di fallimento, il tribunale con decreto convoca il debitore e i creditori istanti, indicando che il procedimento è volto ad accertare i presupposti per la dichiarazione di fallimento[304], e il ricorso e il decreto dovranno essere notificati all'imprenditore con le forme seguite ordinariamente dagli artt. 137 e ss. c.p.c. o in alternativa con forme semplificate, ma pur sempre idonee ad assicurare il contraddittorio[305]. Nel caso siano presentate più istanze e non vengano riunite, inoltre, si deve ritenere che debba essere assicurata la convocazione del debitore in ogni procedimento per la dichiarazione di fallimento, se non altro perché "il contraddittorio deve esprimersi anche in relazione alla legittimazione ad agire del ricorrente (…) variabile da istanza ad istanza[306]."

Sempre a garanzia del diritto di difesa è previsto un termine a comparire di quindici giorni per il debitore e un termine di sette giorni anteriori

---

[303] Ricorda questo indirizzo giurisprudenziale F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione …,* cit., p. 156.

[304] Indicazione che deve ritenersi posta a pena di nullità del decreto e del procedimento, garantendo il contraddittorio tra le parti, come ritiene F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione …,* cit., p. 193.

[305] Vedi C. CECCHELLA, *Il processo per la dichiarazione di fallimento,* cit., p. 40 e ss. e F. DE SANTIS, ivi, p. 185 e ss., che riporta come le forme atipiche di notificazione debbano comunque rispettare dei requisiti minimi per rispettare il diritto di difesa e il contraddittorio, precisati anche in relazione all'art. 151 c.p.c., tra i quali "la certificazione dell'attività compiuta ad opera del soggetto procedente, la consegna di copia conforme dell'atto, l'osservanza di formalità idonee a garantire la conoscenza legale dell'atto e un grado di certezza non inferiore a quello offerto dai procedimenti ordinari rispetto alla trasmissione della copia e della sua conformità".

[306] C. CECCHELLA, ivi, p. 101.

all'udienza per depositare memorie e documenti: entrambi possono essere abbreviati con decreto motivato per particolari ragioni di urgenza, senza limite massimo, ma sempre in modo tale da rispettare le esigenze difensive, in un tentativo di equilibrare le stesse e la necessità di rapidità ed efficienza del procedimento[307].

I termini per la costituzione in giudizio e il deposito di memorie difensive non hanno carattere di perentorietà, ma devono considerarsi termini ordinatori, il che vuol dire che il debitore può costituirsi anche all'udienza e articolare il proprio apparato difensivo senza incorrere in decadenze, mentre il ricorrente può integrare all'udienza l'atto introduttivo senza preclusioni, perché sia sempre realizzabile il pieno esplicarsi del diritto di difesa a fronte delle conseguenze che la sentenza produce già in primo grado e in modo tale che nel processo ci si avvicini il più possibile alla verità sostanziale[308].

Va rilevato poi che la sentenza dichiarativa di fallimento ha una particolare efficacia e*rga omnes*, "tocca la sfera giuridica di soggetti rimasti estranei all'istruttoria prefallimentare[309]" e produce i suoi effetti dal momento della pubblicazione nei confronti dell'imprenditore e dal momento dell'iscrizione nei pubblici registri nei confronti dei terzi, ai sensi dell'art. 16, comma 2, l. fall. Con questa diversificazione il legislatore ha individuato un nuovo punto di equilibrio tra l'esigenza di tutela della massa dei creditori, per cui l'art. 44, comma 1 e comma 2, l. fall. collega alla dichiarazione di fallimento l'inefficacia degli atti compiuti e dei pagamenti effettuati o ricevuti dal fallito, e l'esigenza di tutela della buona fede dei terzi, che possono aver intrattenuto rapporti col fallito dopo la pubblicazione della sentenza, senza avere conoscenza

---

[307] F. DE SANTIS, op. ult. cit., p. 191, che ritiene che l'abbreviazione non possa condurre all'impossibilità di esercitare il diritto di difesa, potendo essere censurata in sede di reclamo.

[308] C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 105 e F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione ...,* cit., p. 197-198.

[309] F. DE SANTIS, ivi, p. 280.

dell'intervenuto fallimento, cosicché ad esempio i pagamenti ricevuti dal terzo prima dell'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese saranno efficaci secondo il diritto comune[310] e "i soggetti ignari, caduti, per così dire, nella rete tessuta dal debitore insolvente, immediatamente prima che si diffondesse la notizia del suo fallimento,[311]" saranno protetti da conseguenze a volte odiose. Potremmo chiederci cosa accade al regime degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento se l'imprenditore è irregolare e pertanto non iscritto nel registro delle imprese: in tal caso ci troviamo concordi nel ritenere che gli effetti nei confronti dei terzi non si producano automaticamente, ma che debba essere dimostrata l'effettiva conoscenza della dichiarazione di fallimento da parte del terzo[312].

Per quanto riguarda il regime di comunicazione della sentenza è stato superato l'orientamento giurisprudenziale che in passato considerava necessaria e sufficiente la comunicazione per estratto al fallito, dal momento che l'art. 17 l. fall. dispone che la sentenza sia comunicata per estratto al pubblico ministero, al curatore e al ricorrente, nonché notificata integralmente al debitore per consentirgliene la piena ed effettiva conoscenza, affinché possa esercitare il reclamo entro il termine dell'art. 18 l. fall. decorrente dalla notificazione[313].

Malgrado i vari progressi registrati, i processi fallimentari presentano pur sempre dei punti critici[314] in materia di diritti e di tutela del fallito, delle parti, nonché dei terzi, che devono essere esaminati alla luce della

---

[310] Come indicano C. CECCHELLA, ivi, p. 139 e ss. e F. DE SANTIS, ivi, p. 280 e ss., che ricorda come la Corte costituzionale con la sentenza 23 giugno 1998, n. 234, avesse escluso la tutela dei terzi in buona fede, ritenendo che "l'irrilevanza dello stato soggettivo di conoscenza del *solvens* (…) trovasse giustificazione nell'esigenza di tutela della massa dei creditori" e che questo equilibrio tra tutela del terzo e tutela dei creditori non fosse manifestamente irragionevole.

[311] F. DE SANTIS, ivi, p. 282.

[312] Come ritengono F. DE SANTIS, ivi, p. 287 e C. CECCHELLA, op. ult. cit.

[313] Vedi F. DE SANTIS, ivi, p. 283 e ss., che giustifica la distinzione tra comunicazione integrale e per estratto perché la notificazione integrale della sentenza permette di esercitare il diritto di difesa proponendo il reclamo, mentre la comunicazione per estratto informa i creditori o il pubblico ministero dell'accoglimento della domanda di fallimento e della possibilità di presentare domanda di insinuazione al passivo.

[314] Ci proponiamo di analizzarne alcuni, senza pretese di esaustività.

necessità di operare un bilanciamento con l'esigenza di garantire la certezza del diritto e la certezza dei traffici giuridici.

2.2.1. Legittimazione a reclamare contro la sentenza dichiarativa di fallimento e contro il decreto di rigetto

Contro la sentenza dichiarativa di fallimento può essere proposto reclamo a norma dell'art. 18 l. fall. dal fallito e da "qualunque interessato[315]". In dottrina[316] ci si è domandati se la legittimazione a proporre il reclamo, nella parte in cui è estesa a qualunque interessato, debba essere accomunata alla legittimazione ad intervenire in secondo grado nel giudizio di appello ordinario, ex art. 344 c.p.c., dove è ammesso solamente l'intervento di quei terzi che potrebbero proporre opposizione ex art. 404 c.p.c.

Il legittimato ad intervenire in appello è il terzo che non è stato parte nel giudizio di primo grado, qualora possa ricevere un pregiudizio dalla decisione, come contempla l'opposizione ordinaria, o qualora in quanto creditore o avente causa di una delle parti tema un pregiudizio da una sentenza frutto di dolo o collusione a suo danno, come previsto nell'opposizione revocatoria. In particolare nel caso di opposizione ordinaria non è sufficiente che si tratti di un terzo qualunque, ma dovrà trattarsi di un terzo che vanta un diritto autonomo e incompatibile rispetto a quello accertato e non di un terzo titolare di rapporti giuridici dipendenti in senso lato da quello oggetto del processo[317].

---

[315] Art. 18, comma 1, l. fall.: "contro la sentenza che dichiara il fallimento può essere proposto reclamo dal debitore e da qualunque interessato con ricorso da depositarsi nella cancelleria della corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni".

[316] Vedi ad esempio F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione …,* cit., p. 305 e ss.

[317] Sono legittimati ad intervenire anche il terzo unico titolare del diritto, fatto valere da un altro soggetto in via di legittimato straordinario, il terzo successore di una delle parti quando la successione si è verificata prima dell'inizio del processo, il terzo contitolare dello stesso rapporto giuridico, secondo G. BALENA, *Istituzioni di diritto*

Data la ristretta legittimazione riconosciuta per l'opposizione di terzo, in sede di reclamo contro la sentenza di fallimento occorre andare oltre e concedere il reclamo al terzo titolare di situazioni giuridiche sostanziali, che potrebbero ricevere un pregiudizio dagli effetti del regime concorsuale previsto dalla dichiarazione di fallimento, come il creditore soddisfatto che potrebbe vedere revocato il pagamento dalla revocatoria fallimentare[318] o il terzo destinatario di un atto di disposizione del fallito, sottoponibile a revocatoria, oppure il terzo contraente del fallito che potrebbe subire lo scioglimento del contratto, automatico o per volontà del curatore. La legittimazione al reclamo non coincide allora necessariamente con la soccombenza[319], ma nello specifico per quanto riguarda i terzi è sufficiente che "l'interesse che muove il terzo al reclamo" sia "un interesse patrimoniale che subisce, anche indirettamente in senso lato, un pregiudizio, particolarmente per le conseguenze *erga omnes* degli effetti del fallimento[320]", che colpiscono un insieme di soggetti non identificabili a priori. Si può ritenere allora che la legittimazione nel giudizio di reclamo coincida con un generico interesse ad agire, a ricavare un'utilità dall'accoglimento del reclamo, a vedere "modificata in senso vantaggioso e giuridicamente apprezzabile la propria posizione giuridica[321]" con la rimozione della sentenza di fallimento. In dottrina e nella giurisprudenza permane il dibattito sui portatori di un mero interesse morale che potrebbe essere

---

processuale civile, vol. II, Cacucci, 2015, non così riteniamo per il litisconsorte necessario pretermesso, preferendo quella concezione per cui la sentenza sarebbe *inutiliter data.*

[318] F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione ...,* cit., p. 306 e ss., secondo cui la legittimazione a reclamare non è un interesse ad impugnare, non coincide con la soccombenza necessariamente, ma è una manifestazione dell'interesse ad agire.

[319] Vedi F. DE SANTIS, ibidem e C. CECCHELLA, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 165.

[320] C. CECCHELLA, ivi, p. 164.

[321] M. DEL LINZ, *Post riforme spetta ancora ai portatori di un interesse morale la legittimazione a proporre il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento?* in *Dir. Fall.*, 2014, 5, 20448, nota a sentenza.

pregiudicato dalla dichiarazione di fallimento, una volta considerati gli effetti personali che colpiscono l'imprenditore[322].

Per quanto riguarda la legittimazione a proporre reclamo contro il decreto di rigetto della domanda di fallimento, l'art. 22 l. fall. dispone che "il tribunale, che respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento, provvede con decreto motivato, comunicato a cura del cancelliere alle parti" ed estende la legittimazione a reclamare al creditore istante e al pubblico ministero[323], che possono proporre reclamo entro trenta giorni dalla comunicazione del decreto[324].

La norma, tuttavia, non contempla come legittimato il debitore, che potrebbe aver visto respingere dal tribunale la domanda del proprio fallimento.

Sotto il regime previgente la Corte costituzionale con la sentenza 20 luglio 1999, n. 328 aveva accertato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22 allora vigente nella parte in cui non prevedeva che il debitore potesse proporre reclamo contro il decreto di rigetto, dal momento che il provvedimento di rigetto poteva anche statuire in ordine alle spese o al risarcimento del danno per responsabilità processuale aggravata "ed è appunto in relazione a tale più ampio contenuto che il precludere al debitore la legittimazione al reclamo accordandola, invece, al creditore viene a determinare un evidente quanto ingiustificato squilibrio tra le parti in causa[325]."

Per il principio di parità delle armi posto dall'art. 3, comma 1, Cost., in relazione con l'art. 24 Cost., tuttora deve essere riconosciuta la

---

[322] Ibidem, si fa presente il dibattito tra chi ritiene che un interesse morale non sia previsto a livello normativo e che gli effetti personali della sentenza di fallimento siano stati attenuati con le riforme del 2006-2007 e chi riconosce la legittimazione in modo estensivo a coloro che possono subire un pregiudizio anche solo morale, come il coniuge, i figli o i genitori del fallito, perché al fallimento si collegano una serie di incapacità personali dell'imprenditore e un disvalore giuridico e sociale.

[323] L'estensione della legittimazione a reclamare al pubblico ministero, a cui è riconosciuta legittimazione ad agire nel processo per la dichiarazione di fallimento, va in direzione di garantire la parità di trattamento rispetto ai creditori istanti, come ricorda F. DE SANTIS, ivi, p. 365.

[324] Art. 22, comma 1 e comma 2, l. fall.

[325] Corte costituzionale, 20 luglio 1999, n. 328, in *Dir. Fall.*, 1999, II, p. 673.

legittimazione del debitore a proporre reclamo contro il decreto di rigetto, non solo quando si è visto rigettare la domanda di condanna alle spese o di risarcimento del danno per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., ma anche quando è stata respinta la sua domanda di auto-fallimento.

Se al debitore è riconosciuto il diritto di agire in auto-fallimento, anzi se addirittura non agendo potrebbe incorrere nel reato di bancarotta semplice, se viene riconosciuto dall'ordinamento un interesse del debitore a fallire, al fine per esempio di beneficiare in futuro dell'esdebitazione, il suo diritto di azione non può essere calpestato in sede di impugnazione[326] e perciò si rende necessaria un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma[327].

2.2.2. Inibitoria speciale nel giudizio di reclamo ex art 18 l. fall. e portata retroattiva limitata della sentenza di revoca del fallimento

Nonostante la sentenza dichiarativa di fallimento abbia effetti immediati sin dalla sua pubblicazione o iscrizione nel registro delle imprese, per lungo tempo non è stato presente nessun rimedio che consentisse di sospenderne gli effetti in sede di impugnazione e di offrire una tutela all'imprenditore quando la dichiarazione di fallimento fosse avvenuta in assenza dei presupposti richiesti dalla legge[328], a fronte all'interpretazione prevalente in giurisprudenza che considera la dichiarazione di fallimento produttiva di effetti fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza fallimentare di revoca[329].

---

[326] Le stesse conclusioni si ritrovano in F. DE SANTIS, op. ult. cit., p. 366-367.
[327] C. CECCHELLA, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 165-166.
[328] Vedi C. CECCHELLA, ivi, p. 90 e ss.
[329] Vedi *infra*.

La mancanza di uno strumento come l'inibitoria ordinaria, di cui all'art. 283 c.p.c.[330], veniva giustificata guardando alle finalità del fallimento, diretto "a privilegiare gli interessi generali dei creditori rispetto all'interesse del debitore, assicurando che lo *status* di fallito e le esigenze di conservazione del patrimonio non fossero soggetti a mutamenti nel corso del giudizio di opposizione[331]", cosicché gli effetti della sentenza di fallimento cessavano di prodursi soltanto al momento del passaggio in giudicato della sentenza di revoca.

L'esigenza di tutelare il ceto creditorio, di intervenire tempestivamente per far fronte all'insolvenza e di garantire la stabilità dei traffici commerciali tramite l'applicazione stabile del regime concorsuale faceva sì che venisse sacrificato il diritto di difesa dell'imprenditore[332], che, quand'anche fosse stato dichiarato fallito ingiustamente, avrebbe dovuto aspettare il passaggio in giudicato della sentenza di revoca del fallimento per vederne rimossi gli effetti.

Oggi opportunamente l'articolo 19 l. fall.[333] prevede il rimedio dell'inibitoria, che ha un'operatività ridotta e concede quantomeno la possibilità di ottenere la sospensione, in tutto o in parte, anche temporaneamente, della liquidazione dell'attivo, una volta proposto il reclamo davanti alla corte di appello.

Si tratta di un'inibitoria speciale, difforme dalla sospensione ordinaria dell'efficacia della sentenza, dal momento che non sospende tutte le

---

[330] L'art. 283 c.p.c. contempla la sospensione degli effetti esecutivi o dell'esecuzione della sentenza impugnata nel giudizio di appello, se sussistono gravi e fondati motivi.

[331] F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione …,* cit., p. 518 e ss., nel riportare la *ratio* indicata dalla Corte di Cassazione. De Santis ricorda come si fosse giunti ad ammettere la sospensione della liquidazione da parte degli organi giudiziari, che veniva concessa in via assolutamente discrezionale.

[332] Vedi A. PISANI, *Note in difesa dell'inibitoria degli effetti esecutivi della sentenza di fallimento (e della pronuncia sul reclamo che la confermi),* in *Esecuzione forzata,* 2017, 4, p. 706, nel rammentare che si voleva in tal modo impedire al fallito di paralizzare gli effetti della sentenza di fallimento, anche tenuto conto che il fallito era più oggetto che soggetto della procedura.

[333] Art. 19, comma 1, l. fall.: "proposto il reclamo, la corte d'appello, su richiesta di parte, ovvero del curatore, può, quando ricorrono gravi motivi, sospendere, in tutto o in parte, ovvero temporaneamente, la liquidazione dell'attivo."

attività fallimentari, consentendo in questo modo di evitare "balletti poco opportuni di sospensione e ripresa della procedura fallimentare, che il debitore utilizzi indiscriminatamente l'inibitoria a fini dilatori e/o dilapidatori (…) e, non ultimo, di evitare un sicuro vulnus al principio della stabilità dei traffici commerciali[334]", sospendendo però le attività liquidatorie e quindi uno tra gli effetti più pregiudizievoli della dichiarazione di fallimento.

Secondo l'art. 19 l. fall., una volta proposto il reclamo, la parte o il curatore che vuole ottenere la sospensione della liquidazione dell'attivo deve proporre domanda con ricorso, anche nel corso del giudizio di reclamo[335], e il ricorso dovrà poi essere notificato alle altre parti; la corte d'appello, svolta l'udienza[336], concederà con ordinanza la sospensione sul presupposto dei gravi motivi, valutando quindi la fondatezza del reclamo contro la sentenza di fallimento, dal momento che nella maggior parte dei casi *il periculum* per il debitore è *in re ipsa*, stando nella dispersione del patrimonio conseguente alla liquidazione[337].

L'ordinanza di sospensione pone un limite a tutela del debitore alle attività dirette a trasformare il patrimonio in liquidità monetaria, senza interrompere tutti gli altri effetti della sentenza di fallimento né quelle attività di carattere conservativo connesse alla liquidazione, come la predisposizione del programma di liquidazione o le azioni per recuperare beni alla massa attiva, che altrimenti rischierebbero di non

---

[334] A. PISANI, op. cit.

[335] Concordemente a quanto ritiene F. DE SANTIS, op. ult. Cit., p. 524 e ss., si ritiene che non possa essere proposta istanza di sospensione *ante causam,* ma anche che l'istanza non debba necessariamente essere contestuale alla presentazione del ricorso di reclamo.

[336] Che potrà essere fissata in coincidenza con l'udienza per la discussione del reclamo o anche in via anticipata, secondo F. DE SANTIS, ivi, p. 525.

[337] Vedi approfonditamente F. DE SANTIS, ivi, p. 526 e ss., che ritiene la sospensione un provvedimento latamente cautelare, che sospende l'effetto più esecutivo della sentenza di fallimento. C. CECCHELLA, *Il processo per la dichiarazione di fallimento,* cit., p. 90-91, ritiene che il provvedimento si fondi sul *fumus* del reclamo e sul *periculum* della liquidazione, in quanto misura cautelare, e che perciò sia applicabile allo stesso la normativa del processo cautelare uniforme in via suppletiva, contrariamente a quanto ritiene De Santis.

poter essere più esercitate per decorso dei termini di prescrizione o decadenza[338].

Nel caso in cui il reclamo si concluda con un rigetto e la sentenza di rigetto sia oggetto di ricorso in Cassazione, non essendo più presente il rimedio speciale[339], dovrebbero potersi applicare le regole comuni in materia di inibitoria, in particolare l'art. 373 c.p.c., in modo che la stessa Corte d'appello possa concedere l'inibitoria, sempre limitata nell'oggetto, in caso ricorra il pericolo di un danno grave e irreparabile[340], per non lasciare la parte provvisoriamente soccombente senza alcun tipo di rimedio in senso lato cautelare, senza uno strumento nevralgico a tutela del diritto di azione e di difesa e del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione[341].

Se in esito al reclamo la Corte di appello revoca il fallimento, deve sostenersi che la sospensione della liquidazione disposta permanga anche se la sentenza venga impugnata col ricorso per Cassazione, altrimenti per assurdo la "liquidazione, sospesa in forza di un provvedimento sommario," dovrebbe "riprendere a seguito di un provvedimento a cognizione piena, che – confermando il verso del provvedimento sommario – abbia revocato il fallimento[342]".

Bisogna ricordare che la sentenza di revoca del fallimento accerta che l'imprenditore è stato dichiarato fallito ingiustamente, non

---

[338] In questo senso F. DE SANTIS, ibidem, che ritiene non siano sospese le azioni da promuovere e i giudizi pendenti che hanno il fine di recuperare beni alla massa attiva, perché si tratta pur sempre di attività conservative e non direttamente liquidatorie e perché altrimenti ci sarebbe anche il rischio di lasciar decorrere i termini di prescrizione o decadenza, che sono posti a presidio dei terzi. Vedi anche C. CECCHELLA, ivi, p. 92.

[339] Essendo l'art. 19 l. fall. una disposizione con caratteri di specialità nel sistema delle inibitorie e quindi non suscettibile di applicazione analogica o estensiva, secondo F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione …,* cit., p. 532.

[340] Si esprime così C. CECCHELLA, ibidem e F. DE SANTIS, ivi, p. 533.

[341] In modo esaustivo vedi A. PISANI, *Note in difesa dell'inibitoria …,* cit.

[342] F. DE SANTIS, op. ult. cit., p. 530-531.

sussistendone i presupposti[343], e travolge gli effetti della procedura fallimentare in modo retroattivo, ma ha efficacia solamente dal momento in cui passa in giudicato e fa salvi "gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura", in base all'art. 18, penultimo comma, l. fall.

In assenza di una norma analoga a quella posta dall'art. 16 l. fall., è largamente prevalente[344] l'orientamento secondo cui la sentenza fallimentare di revoca non produce effetti fino al suo passaggio in giudicato, volendosi tutelare attraverso la stabilità della sentenza di fallimento gli interessi della massa dei creditori, salva la possibile sospensione della liquidazione a tutela del fallito, e ancor più la certezza del diritto, evitando di cessare e riattivare di volta in volta la procedura fallimentare e di creare incertezza sul complesso di effetti che porta con sé[345]. Altrimenti se la sentenza di revoca avesse effetti immediati e poi fosse riformata in sede di impugnazione, si determinerebbe una situazione di incertezza per le revocatorie fallimentari intraprese, per i termini da applicare loro, per i creditori che potrebbero aver subito pregiudizi dopo che la revoca avesse restituito la disponibilità dei beni al fallito, per i processi di cui il fallito è parte, riassunti dal curatore, che perderebbe poi la legittimazione processuale con la sentenza di revoca, riacquistandola dopo la sua riforma o cassazione[346].

Solo dal momento del passaggio in giudicato dunque vengono meno retroattivamente gli effetti verso il fallito, i creditori e i terzi, originati

---

[343] Ci riferiamo alla sentenza di merito, ma probabilmente si deve giungere a travolgere gli effetti prodotti dalla sentenza dichiarativa di fallimento anche nel caso di una sentenza di revoca che abbia un contenuto di rito, se non si ritengono applicabili gli artt. 353 e 354 c.p.c. sulla remissione al primo giudice, in tal senso C. CECCHELLA, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 177-178.

[344] In senso contrario F. DE SANTIS, op. ult. cit., p. 383-384, secondo il quale la sentenza di revoca è immediatamente esecutiva quantomeno per gli effetti personali che la dichiarazione di fallimento ha prodotto.

[345] Come ricorda G. BETTAZZI, *L'Efficacia e gli effetti della riforma della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Fallimento*, 2014, 2, p. 163.

[346] In modo esaustivo R. NAZZINI, *La provvisoria esecutività della sentenza di revoca del fallimento*, in *Giur. It.*, 1997, 4.

dalla sentenza dichiarativa di fallimento: cessano le conseguenze personali per il fallito, lo stesso rientra nella disponibilità del proprio patrimonio, riacquista la capacità processuale e gli atti che ha posto in essere nel corso del fallimento tornano ad essere opponibili ai creditori[347], i quali possono nuovamente proporre azioni esecutive, cautelari e cognitive[348].

La regola della retroattività della sentenza di revoca vede, tuttavia, quale eccezione la salvezza degli atti legalmente compiuti dagli organi fallimentari, che sicuramente copre lo scioglimento ad opera del curatore dei rapporti giuridici pendenti, perché non si può pensare che "un rapporto giuridico si estingua per un certo periodo e poi riviva ricreando gli obblighi e i diritti originari[349]". Se non altro per un problema di tutela dell'affidamento legittimo del terzo dovrà essere fatto salvo anche lo scioglimento automatico dei rapporti contrattuali, determinato dalla sentenza dichiarativa di fallimento[350], mentre la revoca priverà di efficacia gli atti ancora in corso, così non potranno essere proseguiti i giudizi pendenti che derivano dal fallimento e non potevano essere proposti prima della sua apertura[351], come le azioni revocatorie fallimentari[352] o anche il giudizio di opposizione allo stato passivo, "perché nessun diritto al concorso avrebbe dovuto accertarsi (…) con

---

[347] Cessa l'inefficacia relativa verso i creditori posta dall'art. 44 l. fall.

[348] Vedi C. CECCHELLA, op. ult. cit., p 179.

[349] F. DE SANTIS, ivi, p. 384-385, citando a sua volta P. PAJARDI, in *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 174.

[350] Sono salve le modificazioni prodotte automaticamente dalla sentenza dichiarativa di fallimento sui rapporti contrattuali in corso, sia per un'esigenza di garantire la certezza del diritto, sia per un'esigenza di tutela del legittimo affidamento che il terzo ha posto nello scioglimento del rapporto, che non può essere oggetto di reviviscenza, magari anche a distanza di anni. Sempre F. DE SANTIS, ibidem.

[351] Potranno proseguire viceversa i giudizi che potevano essere avviati prima del fallimento nei confronti dell'ex fallito o dall'ex fallito, vedi F. DE SANTIS, ibidem.

[352] Per le revocatorie fallimentari si pensa che, dal momento che una volta revocata la procedura gli atti pregiudizievoli ai creditori tornano ad essere efficaci tra debitore e terzo, se il bene oggetto dell'atto è nella disponibilità dell'ex fallito debba essere restituito, se è stato venduto l'ex fallito debba corrispondere al terzo il prezzo del bene. Vedi F. GHIGNONE, *La revoca della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Fallimento*, 2011, 12, p. 1437.

conseguente restituzione delle somme accantonate al debitore, illegittimamente dichiarato fallito[353]". Saranno salvi anche gli atti e le operazioni di liquidazione compiuti dal curatore, che avranno avuto modo di essere posti in essere soprattutto nel caso in cui il debitore non sia riuscito ad ottenere la sospensione della liquidazione, e perciò il fallito risentirà di "tutte le conseguenze, favorevoli e pregiudizievoli, che discendono dall'attività legittimamente compiuta dall'ufficio fallimentare nel periodo compreso tra la sentenza dichiarativa e quella di riforma" e così si vedrà restituito il proprio patrimonio, "ma nello stato in cui si trova al passaggio in giudicato della relativa sentenza, con tutte le modificazioni, quantitative e qualitative, *medio tempore* intervenute[354]".

La retroattività della sentenza di revoca limitata dalla salvezza degli atti compiuti dagli organi fallimentari rappresenta un bilanciamento tra gli interessi del debitore, ingiustamente dichiarato fallito, e la certezza del diritto più che la tutela del terzo, dal momento che non rileva la buona fede o la mala fede del terzo che ha avuto rapporti con la procedura, ma solamente la conformità alla legge dell'atto[355] per la sua salvezza.

Se si considera che la sentenza dichiarativa di fallimento ha eccezionalmente un'efficacia immediata, che, una volta impugnata, non è possibile ottenere in toto una sospensione dell'efficacia della sentenza, bensì solamente una sospensione della liquidazione, che gli effetti della sentenza di revoca si producono solamente dal suo passaggio in giudicato e che la loro retroattività è limitata, perché sopravvivono gli

---

[353] L. BACCAGLINI, *Revoca del fallimento ed improcedibilità delle liti passive pendenti,* in *Fallimento,* 2018, 11, 1290. I creditori d'altro canto beneficeranno dell'effetto interruttivo della prescrizione conseguente alla proposizione della domanda di insinuazione al passivo.

[354] G. BETTAZZI, op. cit. Le alienazioni effettuate, le obbligazioni assunte dagli organi della procedura conservano validità, vedi anche C. DELLE DONNE, *I provvedimenti che incidono sull'istanza di fallimento ed il loro regime di impugnazione,* in *Esecuzione forzata,* 2015, 3, p 333.

[355] C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 179. Parte della dottrina ritiene che siano legalmente compiuti anche gli atti sanati per mancata impugnazione, ma si condivide la tesi che opta per escludere la salvezza degli atti illegali. Vedi anche G. BETTAZZI, op. cit.

atti legalmente compiuti dagli organi della procedura, è evidente che nonostante la revoca il debitore ingiustamente fallito si trova di fronte ad effetti prodottisi in modo irreversibile. Basta pensare anche all'eventualità in cui la sentenza di revoca del fallimento sia sopraggiunta dopo la dichiarazione di fallimento successiva alla pronuncia di inammissibilità della proposta di concordato preventivo in continuità o al rigetto dell'omologa: nel tempo necessario perché passi in giudicato e produca effetti la sentenza fallimentare di revoca e tenuto conto della salvezza degli atti, anche liquidatori, compiuti legittimamente dagli organi della procedura, il debitore avrà probabilmente visto sfumare ogni possibilità di risanare l'impresa per un suo rientro sul mercato[356].

Come ribadito dalla Corte costituzionale, alla sentenza dichiarativa di fallimento "l'ordinamento attribuisce efficacia immediatamente esecutiva, (…) mentre consente la rimozione, ai sensi di legge, degli effetti di essa soltanto, e con inevitabile ritardo, dopo che sia divenuta esecutiva la pronunzia che accolga l'opposizione", oggi il reclamo, e nel frattempo la dichiarazione di fallimento avrà causato "limitazioni alla capacità di agire in ordine alla amministrazione ed alla disponibilità dei beni, nonché alla legittimazione processuale, oltre a gravi menomazioni ai diritti della personalità e in ispecie a diritti pubblici soggettivi, pur essi oggetto di particolare tutela costituzionale, circa la libertà e segretezza della corrispondenza, la libertà di circolazione[357]."

Se per ogni processo che sia cognitivo e decisorio necessariamente deve essere garantito un grado di giudizio a cognizione piena, tale eccezionale e pervasiva efficacia della sentenza di fallimento, dovuta anche al

---

[356] Il concordato in continuità vorrebbe favorire il risanamento dell'impresa, per un suo rientro nel mercato, con prosecuzione dell'attività imprenditoriale, per approfondimenti vedi in merito al concordato in continuità L. SERRA, *Concordato preventivo*,https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2019/04/16/concordatopreventivo#_Toc314153614, aggiornato al Codice della crisi e dell'insolvenza.

[357] Corte costituzionale, sentenza 16 luglio 1970, n. 141, in *Foro.it*, 1970, I, 2038.

necessario bilanciamento con l'esigenza di garantire la certezza del diritto, giustifica dal nostro punto di vista un'estensione delle regole ordinarie alle lacune lasciate dalla disciplina processuale della dichiarazione di fallimento già in primo grado[358], perché si ottenga una sentenza, che è abilitata a produrre effetti ben prima del suo passaggio in giudicato ed effetti in parte irreversibili anche una volta ottenuto il giudicato di revoca del fallimento, all'esito di un processo che quantomeno garantisca il più possibile e il prima possibile un grado di giudizio a cognizione piena, con le sue garanzie a tutela del debitore.

2.3. Criticità della ragionevole durata della procedura di fallimento

La legge delega 14 maggio 2005, n. 80[359], in materia di riforma delle procedure concorsuali indubbiamente perseguiva il fine di giungere ad una semplificazione della disciplina e ad un'abbreviazione dei tempi dell'*iter* processuale di volta in volta applicabile, anche in considerazione del fatto che l'esigenza di snellezza processuale e di rapidità della tutela giurisdizionale si fa particolarmente sentita nel campo fallimentare, per le ricadute che lo stato di insolvenza dell'imprenditore può generare sui creditori, sui lavoratori e sull'intero settore di mercato in cui l'impresa opera, se non trattato tempestivamente[360]. Per di più l'esigenza costituzionalmente imposta di garantire una ragionevole durata del processo investe la procedura

[358] Si rimanda al Capitolo 2, paragrafo 2.1.1.
[359] In particolare si veda l'art. 1, n. 6, a) della legge 80/2005.
[360] La drammaticità delle conseguenze è ribadita anche da G. LO CASCIO, *Introduzione: una lettura del fallimento in una chiave di efficiente e rapida scansione temporale*, in *Fallimento*, 2010, 9, p 1013: il ritardo della tutela fa sì che le imprese debbano sopportare maggiori oneri e i crediti vantati verso il fallimento non vengano recuperati.

concorsuale, nel suo insieme e nelle singole fasi di cui si compone, tanto quanto ogni altro processo[361].

La legge fallimentare si è mossa allora verso la costruzione di una procedura concorsuale snella, efficiente, che dispensi una tutela giurisdizionale celere ed effettiva, così soprattutto per quel che riguarda il processo per l'apertura del fallimento, il processo di reclamo, il procedimento per l'accertamento del passivo e le sue impugnazioni sono stati tratteggiati dei riti ispirati al modello camerale, perché visto in grado di garantire "la concentrazione, l'immediatezza e la speditezza dell'*iter* processuale", sebbene per altro verso orientati nel senso di predeterminare le forme e i termini del giudizio, individuando "poteri, doveri e facoltà processuali delle parti e del giudice", che rimangono quindi sempre "sul filo dell'equilibrio tra fissazione di regole prestabilite e apertura di spazi al potere discrezionale del giudice[362]".

Quanto alle specifiche caratteristiche dei processi fallimentari, vanno in direzione di favorire il rapido sopraggiungere della tutela la possibilità di abbreviare il termine a difesa del debitore nel processo per l'apertura del fallimento all'art. 15, comma 3, l'immediata efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, sin dalla sua pubblicazione o iscrizione nel registro delle imprese[363], all'art. 16, ultimo comma, il dovere del curatore di predisporre il programma di liquidazione non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento e il termine di due anni dalla sentenza per completare la liquidazione, ambedue posti dall'art. 104 *ter*, comma 1 e comma 3. La stessa predisposizione di un procedimento apposito, interno alla procedura concorsuale, per

---

[361] Vedi F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione …,* cit., p. 11 e ss. Il principio di ragionevole durata del processo è costituzionalmente previsto dall'111, comma 2.

[362] I. PAGNI, *L'accertamento del passivo nella riforma della legge fallimentare*, in *Foro.it*, 2006, V, 188, dove parla di cognizione arricchita rispetto a quella camerale tradizionale.

[363] Il regime di efficacia della sentenza di fallimento risponde al bisogno di garantire una tutela rapida ed efficiente, per quanto ci sia chi avrebbe voluto che gli effetti del fallimento decorressero dalla presentazione dell'istanza, come G. LO CASCIO, *Introduzione: una lettura …,* cit.

verificare il diritto di prendere parte al concorso sui beni del fallito, disciplinato dagli artt. 92 e ss., la perentorietà e brevità dei termini entro cui deve svolgersi[364], l'ammissibilità della fase istruttoria compatibilmente alle esigenze di speditezza del procedimento, la concentrazione processuale, realizzata includendo anche le pretese mobiliari e immobiliari vantate sul patrimonio del fallito, dimostrano l'intento di ridurre i tempi della procedura concorsuale[365].

Emblematica è ancora la scelta di sottrarre dalla suddetta verifica quelle pretese creditorie, che siano originate da crediti prededucibili non contestati, e quelle pretese restitutorie di beni mobili, che siano chiaramente riconoscibili[366], in quanto fondate ad esempio su un titolo con data certa e opponibile al fallimento[367], e che pertanto vengono assoggettate alla restituzione in via breve ex art. 87 *bis*, disposta dal giudice delegato con decreto, su consenso del curatore e del comitato dei creditori.

In un'ottica deflattiva e di economia processuale si pone poi l'indicazione di un ammontare minimo di debiti scaduti e non pagati all'art. 15 l. fall. in veste di condizione necessaria per dare luogo all'applicazione del regime concorsuale, di modo che sia garantita la "liberazione di energie giudiziarie" dall'apertura di procedure inutili e

---

[364] Come il termine perentorio di trenta giorni anteriori all'udienza per presentare domanda tempestiva ex art. 93, comma 1, il termine di quindici giorni anteriori all'udienza a disposizione del curatore per presentare il progetto di stato passivo e il termine di cinque giorni anteriori all'udienza per presentare repliche ex art. 95, comma 2.

[365] Si lamenta però del procedimento di accertamento del passivo apprestato, ritenendolo uno strumento eccessivamente garantistico e formalistico, G. LO CASCIO, *Il nuovo fallimento …,* cit.

[366] Per le pretese di natura reale o personale su beni mobili chiaramente riconoscibili l'art. 87 *bis* l. fall. attribuisce al giudice delegato il potere di provvedere in via breve, con decreto, in modo non formalizzato, previo consenso del curatore e del comitato dei creditori. Lo scopo acceleratorio di queste previsioni è sottolineato da M. MONTANARI, *Controversie endo- ed extraconcorsuali: durata e prospettive*, in *Fallimento*, 2010, 9, p. 1038.

[367] Il diritto del terzo deve essere chiaramente riconoscibile, come è il caso anche delle situazioni in cui l'esistenza del diritto sia verosimile per la professione esercitata, vedi G. P. MACAGNO, op. cit. Vedi anche M. MONTANARI, *Appunti sul processo …,* cit., p. 5-6.

quindi "l'efficienza del sistema complessivo[368]", al pari della chiusura del fallimento per insufficienza dell'attivo all'art. 118, comma 1, n. 4)[369] e della possibilità che non si faccia luogo all'accertamento del passivo, in caso di previsione di insufficiente realizzo, una volta soddisfatti i crediti prededucibili e le spese concorsuali[370].

Nel caso concreto per valutare il rispetto della ragionevole durata e l'eventuale diritto ad un'equa riparazione in caso di sua violazione[371] sarà necessario verificare che le varie fasi della procedura fallimentare si siano svolte senza dilazioni inutili, considerando il numero dei creditori coinvolti, le questioni affrontate, le controversie innestatesi nella procedura, la complessità delle operazioni di liquidazione e di riparto[372], tenuto conto che la ragionevole durata del processo è una "nozione di per sé variabile, che non si presta ad una quantificazione certa e predefinita in termini di giorni, mesi, anni", ma deve essere rapportata alla complessità della lite e all'intero svolgimento del giudizio[373].

---

[368] F. DE SANTIS, *Sull'onere di provare l'ammontare minimo dei debiti per l'apertura della liquidazione giudiziale,* in *Fallimento,* 2018, 1, p. 53.

[369] L'art. 118, comma 1, n. 4) dispone che la procedura si chiuda "quando nel corso della procedura si accerta che la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura", indicando che se l'attivo non è sufficiente nemmeno per le spese e i crediti prededucibili si dovrà allora direttamente procedere alla chiusura del fallimento.

[370] L'art. 102 l. fall. impone che non si faccia luogo nemmeno all'accertamento del passivo se si prevede che non si riesca a distribuire attivo ad alcuno dei creditori concorsuali, una volta soddisfatti i crediti prededucibili e le spese, per cui il processo per l'accertamento del passivo è un procedimento esclusivo, ma non sempre necessario, come riporta tra gli altri G. LO CASCIO, *L'accertamento del passivo nel fallimento: lineamenti generali*, in *Fallimento,* 2011, 9, p. 1021.

[371] La legge 24 marzo 2001, n. 89, in materia di "Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile", altresì nota come legge Pinto si è occupata di stabilire un'indennità, affidata alla valutazione equitativa del giudice, in caso di violazione della ragionevole durata del processo.

[372] Come conclude F. DE SANTIS, op. ult. cit., p. 17.

[373] F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione ..., cit*., p. 11 e ss., ritiene che si possano individuare degli *standards* di durata ragionevole per le fasi e i gradi del processo, tuttavia per valutare la sussistenza della violazione del principio di ragionevole durata si dovrà esaminare complessivamente il processo, considerando tutti quegli elementi che potrebbero aver contribuito alla complessità del giudizio e alla sua durata.

Se chiari appaiono gli obiettivi delle riforme fallimentari del 2006-2007 e le caratteristiche dei riti fallimentari orientate a questi fini, è legittimo tuttavia chiedersi se il legislatore abbia davvero dato risposta al problema della ragionevole durata della procedura fallimentare.

Va rammentato che la speditezza della tutela potrebbe ben essere assicurata dettando delle regole che prevedano per il processo modalità e forme di svolgimento semplificate e termini brevi, ma che garantiscano comunque alle parti di esplicare le loro attività difensive e probatorie, e taluno potrebbe persino credere che l'obiettivo possa essere raggiunto lasciando spazi più o meno ampi alla discrezionalità del giudice, come accade non regolando per lo più le fasi di trattazione, istruzione e decisione della causa nei vari procedimenti in ambito fallimentare, nella convinzione che "siffatta emancipazione valga ad assicurare al procedimento un moto più celere e meno impacciato[374]". D'altra parte però ogni processo che sia decisorio – come è il caso del processo che conduce all'apertura del fallimento – si scontra con la necessità di assicurare almeno un grado di giudizio a cognizione piena, in base alla relazione indissolubile tra cognizione piena e giudicato sostanziale, e pertanto, nonostante le esigenze particolarmente pressanti di accelerazione della dichiarazione di fallimento, per le lacune lasciate dalla disciplina dell'*iter* processuale si dovrà procedere ad un'eterointegrazione con le norme del rito ordinario, in quanto modello di processo a cognizione piena ed esauriente. In tal senso si pongono minori problemi per la verifica del passivo nella scelta di un rito snello e semplificato, che assicuri la breve durata del processo[375], poiché conduce ad un provvedimento con efficacia solamente endofallimentare.

---

[374] M. MONTANARI, *Procedimenti endo- ed extraconcorsuali …,* cit., si esprime secondo questa convizione.

[375] Scelta che in dottrina appare più giustificabile, come riporta G. LO CASCIO, *L'accertamento del passivo …,* cit.

Sicuramente "i tempi tecnici necessari allo svolgersi della fase istruttoria prefallimentare" potrebbero andare a danno della parte che ha ragione, se si considera il termine di decadenza di un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese[376] o dalla morte dell'imprenditore[377] entro il quale deve intervenire la dichiarazione di fallimento, che potrebbe andare a discapito anche del creditore più diligente e di cui taluno propone un'interpretazione innovativa come termine decadenziale per l'esercizio dell'azione[378].

Quantomeno va rilevato che, di fronte al duplice bisogno di interpretare le disposizioni normative in modo da garantire la ragionevole durata del processo, ma anche un diritto di azione, di difesa e un diritto alla prova pieni[379] e di fronte all'urgenza che caratterizza la dichiarazione di fallimento, si potrebbero valorizzare maggiormente le misure cautelari atipiche introdotte all'art. 15, comma 8, assunte dal tribunale fallimentare, su istanza di parte e in corso di causa, con efficacia limitata alla durata del procedimento, che vengono confermate o revocate dalla sentenza di fallimento o dal decreto di rigetto. La tutela cautelare risponde sempre al bisogno di evitare i danni che potrebbero derivare dalla durata del processo di cognizione, in presenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora,* e nel caso specifico dalla durata del procedimento per l'apertura del fallimento, durante il quale

---

[376] Art. 10, comma 1, l. fall.: " Gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo." I creditori e il pubblico ministero possono comunque dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività, nel caso di imprenditore individuale o di cancellazione d'ufficio dell'imprenditore collettivo, secondo il comma 2.

[377] Art. 11, comma 1, l. fall.

[378] F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento,* cit., p. 74 e ss., propone, nel rispetto del principio chiovendiano per cui la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione, di interpretare il termine come termine di decadenza per esercitare l'azione di fallimento, per cui la proposizione della domanda tempestivamente entro l'anno impedisce il decorso del termine, una volta che la domanda sia accolta anche oltre l'anno, altrimenti ci si esporrebbe ad una violazione del diritto di azione.

[379] Un'interpretazione costituzionalmente conforme in sostanza trovandoci di fronte ad un processo decisorio. Vedi F. DE SANTIS, ivi, p. 24.

potrebbe essere ancor più alterato il patrimonio dell'imprenditore o il valore dell'impresa[380], tramite atti dispositivi o gestori o persino tramite l'inerzia dell'imprenditore.

L'atipicità dei provvedimenti adottabili dal tribunale fallimentare in funzione protettiva del patrimonio e dell'impresa in vista dell'apertura del concorso consente di adottare misure dal contenuto più eterogeneo, modulate secondo le esigenze, "potendo variare dal sequestro conservativo dei beni del debitore o dell'azienda, a provvedimenti più incisivi e invasivi nei confronti della vita imprenditoriale[381]", tra cui la nomina di un amministratore a cui siano affidati compiti di controllo o di gestione del patrimonio e dell'attività o la nomina di un custode che affianchi l'imprenditore, fino a provvedimenti che inibiscono gli atti di gestione dell'impresa[382]. Seppur con dei limiti ragionevoli, non si nega infatti che non possa disporsi la nomina di un amministratore giudiziario con potere di accedere a soluzioni pattizie della crisi[383] o l'anticipazione dei termini per l'esercizio delle azioni revocatorie secondo la legge fallimentare[384], la tutela cautelare atipica, adattabile caso per caso, in

---

[380] Le misure cautelari fallimentari rispondono ai requisiti generali del *fumus*, della fondatezza della domanda, e del *periculum*, in questo caso di depauperamento o distrazione dei beni dalla massa attiva, dovuti anche all'inerzia dell'imprenditore. In maniera approfondita F. DE SANTIS, ivi, p. 481 e ss.

[381] F. DE SANTIS, op. ult. cit., p. 488, nota 31.

[382] Si dubita che il tribunale possa inibire la prosecuzione o sospendere le procedure esecutive individuali già iniziate, anticipando gli effetti della dichiarazione di fallimento, in senso negativo si esprime F. DE SANTIS, ivi, p. 497 e ss., ritenendo che altrimenti si realizzerebbe una grave violazione del diritto di azione costituzionalmente garantito. In senso positivo vedi C. CECCHELLA, *Il processo per la dichiarazione …*, cit., p. 84, così il tribunale potrebbe evitare la disgregazione del patrimonio da parte di singole azioni individuali, per un miglior soddisfacimento dei creditori.

[383] F. DE SANTIS, ivi, p. 499, ricorda che le misure cautelari in questione possono essere adottate per proteggere il patrimonio in attesa dell'apertura del fallimento, non di altre procedure concorsuali, e che la soluzione pattizia della crisi deve intercorrere necessariamente tra l'imprenditore e i suoi creditori. Nello stesso senso C. CECCHELLA, ivi, p. 83.

[384] Sempre F. DE SANTIS, ivi, p. 501, fa presente che le misure tutelano il patrimonio per come è e non per come "si vorrebbe che fosse a seguito del virtuale esperimento delle azioni revocatorie" e che devono essere strumentali rispetto alla domanda di dichiarazione del fallimento. In questo momento inoltre non si è realizzato il presupposto della revocatoria, che tra l'altro incide su diritti di soggetti terzi, convenuti nel futuro giudizio di revocatoria, ma non partecipanti al processo di fallimento. Né il

funzione conservativa o anticipatoria[385], può adeguatamente fronteggiare i pericoli derivanti dalla durata del procedimento. Seppure ancora richieda tempo giungere all'apertura del fallimento, è possibile osservare che "l'allungamento dei tempi dell'istruttoria fallimentare, dovuto all'arricchimento delle garanzie processuali (…) è stato bilanciato dal riconoscimento di un'amplissima tutela non solo delle ragioni di chi ha richiesto l'assoggettamento alla procedura concorsuale, ma anche, più in generale, di tutte le situazioni soggettive coinvolte dal concorso[386]" con l'ampia formula dell'art. 15, comma 8.

2.3.1. Regime applicabile alle domande tardive e ultratardive di insinuazione al passivo

Nel sistema previgente nuove domande di insinuazione al passivo o di rivendica o restituzione potevano essere presentate anche direttamente all'udienza di verificazione dello stato passivo, così il giudice delegato non poteva far altro che rinviare ad un'udienza ulteriore; oggi al contrario la volontà di assicurare la ragionevole durata della fase di verifica dello stato passivo ha fatto sì che il legislatore abbia fissato un

tribunale potrebbe anticipare il risultato di un'azione di rivendicazione, per Cecchella tuttavia potrebbe autorizzare il sequestro giudiziario del bene in presenza del pericolo di un pregiudizio, ma il terzo dovrebbe essere reso parte del procedimento prefallimentare, ivi, p. 85-86.

[385] Vedi C. CECCHELLA, op. ult. cit., p. 80 e ss., secondo cui la nomina di un custode può portare a risultati che anticipano gli effetti della sentenza di fallimento, quando è autorizzato a sostituirsi nell'amministrazione dell'impresa all'imprenditore. Per Pagni è ammissibile la nomina di un amministratore col compito di conservare i valori aziendali con poteri di gestione autorizzati dal giudice, senza però arrivare a sostituire in toto l'imprenditore, vedi I. PAGNI, *La tutela cautelare del patrimonio e dell'impresa nell'art. 15 l. fall.*, in *Fallimento*, 2011, 7, p. 852.

[386] I. PAGNI, ibidem. In senso contrario G. LO CASCIO, *Il nuovo fallimento …,* cit., il quale sostiene che le misure cautelari possano persino creare effetti deleteri per l'impresa, eliminando ciò che ancora può costituire "un'entità economica utilizzabile".

termine decadenziale entro cui proporre tempestivamente domanda di accertamento e un regime differenziato per le domande tardive[387].

La domanda tempestiva pertanto deve essere proposta almeno trenta giorni prima dell'udienza di verificazione dello stato passivo, oltre questo termine la domanda non sarà più ammessa all'udienza in cui si esaminano le istanze fatte valere tempestivamente, ma potrà ancora essere presentata tardivamente entro dodici mesi dal deposito del decreto che dà esecutività allo stato passivo, secondo quanto dispone l'art. 101, comma 1[388], l. fall.

Non solo dunque la domanda tempestiva vede definito un termine a pena di inammissibilità, ma è stato imposto un limite temporale anche alle domande tardive, che non permette ai creditori e ai terzi di insinuarsi in qualunque momento nella procedura fallimentare, per evitare il cosiddetto "stillicidio delle domande tardive, causa assai frequente di differimento della conclusione della medesima e di dilatazione dei tempi relativi[389]".

L'accelerazione si fa evidente altresì nella mancata predisposizione di un meccanismo di sanatoria dei vizi di forma - contenuto della domanda, per cui, per quanto l'istanza sia stata proposta tempestivamente, se mancano o sono incerti i requisiti che valgono ad identificare le parti, il *petitum* o la *causa petendi*, la conseguenza sarà la declaratoria di

---

[387] In via di approfondimento M. MONTANARI, *Appunti sul processo ...,* cit., p. 46 e ss.

[388] Art. 101, comma 1, l. fall.: "Le domande di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, trasmesse al curatore oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo e non oltre quello di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo sono considerate tardive; in caso di particolare complessità della procedura, il tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, può prorogare quest'ultimo termine fino a diciotto mesi."

[389] M. MONTANARI, op. ult. cit., p. 49. Vedi anche A. MOTTO, S. MENCHINI, *Il processo di fallimento,* cit., p. 628 e ss.

inammissibilità e quasi sempre l'impossibilità del soggetto di ripresentare domanda tempestiva[390], dati i tempi stretti a disposizione.
Una volta presentata l'istanza tardiva, pur sempre entro il termine di un anno dal deposito del decreto che dà esecutività allo stato passivo, il giudice delegato procede ad una verifica delle domande tardive ogni quattro mesi, secondo un procedimento che si svolge nelle stesse forme del procedimento con cui sono esaminate le domande tempestive[391], applicandosi le stesse norme in materia di forma-contenuto degli atti, di contenuto ed efficacia del decreto che dà esecutività allo stato passivo, della sua comunicazione e dei mezzi di impugnazione[392]. Resta da precisare che la domanda tardiva non potrà essere identica a quella azionata in via tempestiva, su cui il giudice delegato si sia pronunciato nel merito, perché in tale circostanza il soggetto dovrebbe impugnare la pronuncia con i mezzi di impugnazione previsti dalla legge fallimentare e se non fosse più possibile impugnare il decreto subirebbe la sua efficacia vincolante a livello endofallimentare[393].
In virtù dell'art. 101, comma 3, l. fall. la conseguenza del ritardo nell'insinuazione al passivo consiste per il creditore nell'essere ammesso a partecipare solo alle ripartizioni dell'attivo successive alla propria ammissione, proporzionalmente alla somma insinuata, perdendo

---

[390] Manca un meccanismo di sanatoria come quello previsto in via ordinaria dal codice di rito per assicurare che il procedimento si svolga in tempi brevi e ristretti, vedi M. MONTANARI, op. ult. cit., p. 19 e p. 27.
[391] Art. 101, comma 2, l. fall.: "Il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge nelle stesse forme di cui all'articolo 95. Il giudice delegato fissa per l'esame delle domande tardive un'udienza ogni quattro mesi, salvo che sussistano motivi d'urgenza. Il curatore dà avviso a coloro che hanno presentato la domanda, della data dell'udienza. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 93 a 99."
[392] Vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 630 e ss. Si ritiene che sia opportuno realizzare il contraddittorio all'udienza di verifica delle domande tardive anche con i concorrenti tempestivamente insinuatisi, che sicuramente potranno far valere le proprie contestazioni in sede di impugnazione del decreto. Altri autori lo ritengono costituzionalmente necessario, come M. MONTANARI, op. ult. cit., p. 48-49.
[393] Efficacia vincolante ai fini del concorso che impedisce un'ulteriore statuizione all'interno del fallimento su quanto già deciso, in base alla preclusione del dedotto e del deducibile, come ricordano A. MOTTO, S. MENCHINI, ivi, p. 634 e M. MONTANARI, ivi, p. 31 e ss.

le quote che gli sarebbero spettate dai riparti precedenti[394], mentre per il terzo titolare di un diritto reale o personale consiste nel poter ottenere la sospensione della liquidazione del bene su cui insiste il suo diritto solamente provando che il ritardo è dipeso da causa a sé non imputabile. In ogni caso l'esigenza di ridurre i tempi della procedura fallimentare non si è spinta sino al punto di negare la proposizione di nuove domande anche oltre il termine di dodici mesi e comunque fino all'esaurimento delle ripartizioni dell'attivo, in via ultratardiva, qualora il ritardo nella proposizione sia dipeso da causa non imputabile all'istante, che in tal caso avrà il diritto di prelevare le quote che gli sarebbero spettate nei riparti precedenti, in applicazione del principio per cui la parte non può scontare il mancato rispetto di un termine di decadenza per causa a sé non imputabile[395].

Le ipotesi emblematiche di domande supertardive sono ricollegabili in genere alla mancata conoscenza della procedura, perché ad esempio non si è ricevuta la comunicazione dell'avviso del procedimento da parte del curatore[396], o alle fattispecie in cui il diritto del soggetto è nato nel corso e in dipendenza dalla procedura fallimentare, come nel caso in cui il soggetto abbia subito un'azione revocatoria da parte del curatore[397].

---

[394] Art. 112 l. fall.: "I creditori ammessi a norma dell'articolo 101 concorrono soltanto alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione in proporzione del rispettivo credito, salvo il diritto di prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni se assistiti da cause di prelazione o se il ritardo è dipeso da cause ad essi non imputabili."

[395] Principio fatto presente da A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 631, a cui si rinvia per un approfondimento in materia di domande tardivamente presentate.

[396] Secondo l'art. 92 il curatore procede ad inviare secondo le modalità ivi descritte l'avviso ai creditori e ai titolari di diritti reali o personali su beni in disponibilità del fallito, avvertendo della possibilità di partecipare al concorso, della data dell'udienza di verificazione del passivo, di ogni informazione utile per presentare domanda, tuttavia nell'inviare l'avviso si basa sulle scritture contabili dell'imprenditore e su ogni altra informazione ricavata, per cui potrebbe non disporre di informazioni complete.

[397] In via approfondita A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 632 e ss. e M. MONTANARI, *Appunti sul processo …,* cit., p. 48-49, che riporta il caso emblematico del creditore che abbia subito la revocatoria del pagamento ricevuto e debba insinuarsi al passivo per ottenere la soddisfazione del proprio credito, probabilmente in via supertardiva dati i tempi lunghi della revocatoria.

Nonostante la logica di tempestività che anima il sistema, è da segnalare che alcuni autori avrebbero preferito una soluzione maggiormente incisiva quanto al regime riservato alle domande tardive e supertardive, avendo suggerito l'idea di circoscrivere l'azione in via tardiva solo ai "creditori e ai titolari di diritti reali o personali che tali siano divenuti in costanza di procedura e in dipendenza da eventi legali al suo svolgimento[398]", salvo casi eccezionali e tassativamente prefissati.

2.3.2 Processi che si innestano nella procedura fallimentare

Sebbene il legislatore fallimentare si sia posto come obiettivo quello di garantire la ragionevole durata della procedura di fallimento e abbia modulato a questi fini le caratteristiche dei riti fallimentari, non si può ignorare la possibilità che durante il fallimento si aprano svariate parentesi di cognizione.

Oltre alle controversie "interne alla procedura", che portano alla formazione di un atto o che originano dalla contestazione di un atto degli organi fallimentari, come il processo per l'accertamento del passivo, i rimedi impugnatori previsti, il reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento o il decreto di rigetto, è alta la probabilità che si innestino controversie "esterne alla procedura" o extra-concorsuali che non riguardano atti della stessa e vertono su situazioni soggettive che coinvolgono il fallito o la massa dei creditori e i terzi[399].

In conseguenza della dichiarazione di fallimento il fallito perde la legittimazione processuale attiva e passiva per tutti i rapporti patrimoniali inclusi nel fallimento[400], essendo la stessa acquisita dal

---

[398] M. MONTANARI, *Procedimenti endo- ed extraconcorsuali …,* cit., propende per questa soluzione.

[399] La classificazione è ripresa da M. MONTANARI, ibidem.

[400] Esclusi i rapporti di diritto non patrimoniale e quelli riguardanti beni non inclusi nel fallimento, secondo l'art. 46 l. fall. Vedi F. VASSALLI, *Gli organi preposti alla*

curatore ai sensi dell'art. 43 l. fall.[401], che sostituisce il fallito nei giudizi che avrebbe potuto esercitare per ottenere una reintegrazione del suo patrimonio o in cui avrebbe potuto resistere per scongiurare la perdita di un bene[402]. Allo stesso modo il curatore è legittimato ad esercitare le cosiddette azioni di massa nell'interesse dei creditori, dirette ad accrescere la massa attiva da ripartire tra tutti i creditori secondo la *par condicio creditorum*, quali l'azione revocatoria ordinaria e fallimentare o l'azione di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci, i liquidatori di società fallite[403].

Per le azioni che derivano dal fallimento, che includono tutti quei rapporti facenti capo al fallito che subiscono modificazioni in seguito alla dichiarazione di fallimento e quei giudizi che non potevano essere promossi dal fallito prima della sentenza di fallimento[404], l'art. 24 l. fall. dispone inoltre la *vis attractiva concursus*, stabilendo la competenza inderogabile del tribunale fallimentare e la stessa competenza si applica ogni qual volta il curatore agisca nell'interesse della massa dei creditori[405].

---

gestione della procedura – Il curatore, in *Il processo di fallimento*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 236 e ss.

[401] Art. 43, comma 1, l. fall.: "Nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore".

[402] Sempre F. VASSALLI, ibidem, che ricorda come sia necessaria per il curatore l'autorizzazione a stare in giudizio da parte del giudice delegato, che verificherà l'opportunità e il probabile esito del giudizio.

[403] Vedi ivi, p. 238 e ss. Oltre alle azioni previste dagli artt. 2392 e 2394 c.c., altre azioni possono essere l'azione volta a far valere la responsabilità di soggetti terzi, come la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento e arreca pregiudizio al valore della partecipazione sociale, o l'azione di responsabilità che il curatore può esercitare nei confronti del curatore revocato.

[404] Escludendo al contrario i rapporti che rientrano nel patrimonio del fallito e non subiscono modificazioni in seguito al fallimento e le azioni che il fallito poteva esercitare o ha esercitato prima di essere dichiarato tale, F. P. LUISO, *Gli organi preposti alla gestione della procedura – Il tribunale fallimentare*, in *Il processo di fallimento*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 174 e ss.

[405] E non solo in sostituzione del fallito, per approfondimenti si rinvia a F. P. LUISO, ibidem, che ricorda come non sia prevista espressamente la legittimazione ad agire del curatore nell'interesse dei creditori, mancando una norma simile all'art. 43 l. fall. In ogni caso se per la revocatoria ordinaria è disposto che l'azione debba esercitarsi davanti al tribunale fallimentare se ne può ricavare che la stessa regola si applichi per le altre azioni esercitate dal curatore nell'interesse dei creditori.

Se in un primo momento l'art. 24 aveva introdotto il rito camerale come tentativo di velocizzare almeno le azioni derivanti dal fallimento, oggi[406] non è più così, seguendo queste come gli altri giudizi extra-concorsuali il rito ordinario o speciale loro proprio, i cui tempi indubbiamente sono capaci di condizionare la durata complessiva della procedura fallimentare.

In particolare, tra le controversie inquadrabili come esterne alla procedura fallimentare, problemi delicati sono sollevati dalle azioni connesse per pregiudizialità – dipendenza o incompatibilità con i diritti da esercitare nel processo di accertamento del passivo, le quali potrebbero pregiudicarne l'esito e pure la durata, tenuto conto che nel processo di accertamento possono e devono inderogabilmente[407] essere azionati per ottenere soddisfazione all'interno del fallimento[408] solamente i diritti di credito al pagamento di una somma o i diritti reali o personali su beni nella disponibilità del fallito, mentre non potranno essere fatte valere situazioni giuridiche diverse per la tipicità del suo oggetto[409].

Nell'ipotesi di incompatibilità viene opposto un controdiritto incompatibile che si pone come fatto impeditivo o estintivo per la

---

[406] Grazie alla riforma del d.lgs. 169/2007, vedi M. MONTANARI, *Procedimenti endo- ed extraconcorsuali ...,* cit.

[407] Non potranno essere azionati o proseguiti in sede ordinaria per ottenere una pretesa da far valere in sede fallimentare, per cui il giudizio di accertamento del credito e di condanna o di rivendicazione o restituzione di un bene mobile o immobile iniziato o proseguito contro il curatore sarà dichiarato inammissibile o improcedibile, vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 411 e p. 382 e ss. e F. DE SANTIS, *Giudizio di verifica ...,* cit.

[408] Con la precisazione fondamentale che si ritiene possano proseguire o essere instaurati giudizi di accertamento del credito o del diritto reale o personale contro il debitore, se il terzo voglia ottenere una sentenza da opporre al fallito una volta tornato in bonis, senza pretendere di farla valere all'interno del fallimento, per cui si concorda con A. MOTTO, S. MENCHINI, ivi, p. 385-386. Vedi anche M. MONTANARI, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma*, in *Giurisprudenza commerciale,* 2015, p. 94, che opta per la sospensione del giudizio ordinario instaurato.

[409] Il sistema posto dall'accertamento del passivo è un sistema chiuso, con un oggetto tipico, che porta con sé delle problematiche ogni qual volta che ci si trovi di fronte ad ipotesi di connessione forte tra le situazioni giuridiche esercitate nel processo e le situazioni giuridiche non deducibili al suo interno, vedi ivi, p. 410 e ss.

fattispecie del diritto fatto valere in sede di accertamento del passivo, per cui delle due situazioni giuridiche può esistere o l'una o l'altra, come avviene per la nullità del contratto e il riconoscimento della pretesa creditoria che sorge dal contratto a titolo di adempimento contrattuale. Le complicazioni si pongono se il fatto – diritto incompatibile, anziché essere azionato come eccezione nel procedimento di verifica ed essere pertanto conosciuto dal giudice in via incidentale per la decisione in merito alla partecipazione al concorso, è esercitato dal curatore tramite un'azione in un diverso processo in sede ordinaria per ottenere la piena tutela del diritto e vedersi riconosciute pretese risarcitorie o restitutorie verso il terzo[410].

Quest'ultima circostanza può dare adito alla contemporanea pendenza del processo di accertamento del passivo, dove il diritto incompatibile è esercitato in via di eccezione e conosciuto *incidenter tantum*, e del processo ordinario, dove il curatore[411] chiede la tutela del diritto, che verrà accertato con autorità di giudicato, il che accade se il curatore di fronte alla pretesa del terzo che origina da un contratto eccepisce la revocabilità di quest'ultimo in sede di verifica fallimentare e in sede ordinaria chiede la revocazione del contratto e la condanna a restituire quanto prestato in esecuzione dello stesso[412].

Qualora venga insinuato poi nel processo di verifica del passivo un diritto connesso per pregiudizialità – dipendenza ad una situazione pregiudiziale – in via esemplificativa può essere il caso di un diritto

---

[410] Ipotesi di incompatibilità sono la domanda di adempimento contrattuale verso il fallito e la contrapposta azione di annullamento, nullità, risoluzione del contratto oppure la domanda di adempimento del contratto e lo scioglimento per atto del curatore, il diritto di credito vantato verso il fallito e l'azione revocatoria del titolo da cui sorge. Il terzo potrebbe far valere nel processo di accertamento del passivo il proprio diritto e il curatore potrebbe eccepire la nullità, annullabilità, revocabilità, scioglimento del contratto in cui trova origine e poi agire in via di azione in un processo ordinario chiedendo la nullità, annullabilità, revocabilità, risoluzione del contratto e la condanna alla restituzione di quanto ricevuto. In maniera approfondita vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 412-417.

[411] Il curatore può anche proseguire il giudizio già instaurato dal debitore *in bonis*, poi fallito, vedi ivi, p. 559.

[412] Per altri esempi vedi *supra*.

restitutorio o risarcitorio che origina da un'impugnativa del contratto o di diritti che hanno origine da un rapporto complesso, di cui è controversa l'esistenza[413] – talvolta il diritto dipenderà da un fatto – diritto pregiudiziale, talaltra "dall'attuazione di una modificazione giuridica sul piano sostanziale, la quale (…) consegue alla sentenza che accoglie la domanda giudiziale proposta dalla parte interessata[414]", con la differenza che il fatto – diritto pregiudiziale si assume esistente al momento della dichiarazione di fallimento, come accade per un diritto che ha origine da un rapporto giuridico complesso preesistente o per i diritti di restituzione sorti dall'esercizio di un potere sostanziale anteriormente alla sentenza di fallimento[415].

Sia nel caso in cui si tratti di un fatto – diritto pregiudiziale, sia nel caso in cui si tratti di un diritto incompatibile non sorgono particolari difficoltà all'interno del procedimento di accertamento del passivo, in cui il rapporto pregiudiziale si pone come fatto costitutivo del diritto fatto valere e potrà essere conosciuto dal giudice delegato *incidenter tantum*, se contestato[416], mentre il diritto incompatibile si pone come fatto impeditivo o estintivo della pretesa azionata dall'attore, se dedotto come eccezione dal curatore o da altri interessati, e pertanto sarà pur sempre conosciuto incidentalmente. Se il curatore tuttavia vuole ottenere piena tutela del diritto incompatibile dovrà azionarlo in un separato processo ordinario di cognizione, allo stesso modo se il terzo

---

[413] Questi e ulteriori esempi si ritrovano in A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 412 e ss.

[414] A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 418, trattando della cosiddetta pregiudizialità costitutiva.

[415] Non così accade per i diritti che dipendono da una modificazione giuridica, vedi *infra*.

[416] Vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 433 e ss., per cui se il rapporto pregiudiziale si pone come fatto costitutivo del diritto esercitato in sede di accertamento del passivo, ad esempio perché quest'ultimo ha origine in un rapporto giuridico complesso o perché si tratta di pretese restitutorie che seguono la nullità del negozio, a cui era stata data esecuzione, o perché sorgono dall'esercizio di un potere sostanziale, il rapporto pregiudiziale è conosciuto dal giudice solo al limitato fine di decidere sulla domanda e quindi sulla partecipazione al concorso.

vuole assicurarsi la tutela piena del diritto pregiudiziale dovrà far valere la domanda in un separato processo nei confronti del curatore[417].

Nell'eventualità che il processo ordinario e il processo di verifica fallimentare siano entrambi pendenti, l'uno che conduce all'accertamento pieno sulla situazione pregiudiziale o incompatibile e l'altro che conduce al suo accertamento in via incidentale, con effetti limitati alla decisione in merito al diritto di partecipare al concorso, è necessario chiedersi se l'intento di velocizzare i tempi del procedimento fallimentare sia davvero raggiunto, trovandoci di fronte ad un separato processo ordinario e ai tempi relativi. La soluzione migliore per non incidere sui tempi del processo fallimentare di verifica porta ad accettare un possibile contrasto tra il decreto che dà esecutività allo stato passivo divenuto definitivo e la futura decisione in via ordinaria, considerando che il procedimento di accertamento del passivo ha ad oggetto il diritto di partecipare al concorso e il suo provvedimento finale ha effetto soltanto ai fini del concorso, mentre la sentenza emessa all'esito del giudizio ordinario è idonea a fare stato ad ogni effetto sul rapporto pregiudiziale o incompatibile, dettando la regola di condotta tra le

[417] O proseguire nei confronti del curatore il processo che aveva già avviato nei confronti dell'imprenditore in bonis. Queste conclusioni si ritrovano in A. MOTTO S. MENCHINI, op. cit., p. 559 e ss. e 434 e ss. Per esempio, il terzo potrà far valere nel giudizio di verifica fallimentare una pretesa che ha origine da un rapporto giuridico o la pretesa restitutoria di quanto dato in esecuzione di un contratto nullo e nel processo ordinario chiedere che si accerti l'efficacia e l'esistenza del rapporto giuridico o la nullità del contratto. Per quanto riguarda il caso di incompatibilità di fronte alla pretesa del terzo che origina da un contratto nell'accertamento del passivo il curatore può proporre come eccezione la nullità, l'annullabilità, lo scioglimento, la revocabilità del contratto e può domandare in un separato processo la nullità, annullabilità, revocazione del contratto e la condanna del terzo alla restituzione di quanto dato dal fallito in esecuzione del contratto.

parti[418]. Posto che se la sentenza[419] sul diritto pregiudiziale o incompatibile sopravviene nel corso del processo di accertamento del passivo o delle sue impugnazioni sarà idonea a fare stato ad ogni effetto e sarà opponibile al fallimento, avendo il curatore preso parte al giudizio ordinario, se la sentenza sopravviene dopo che il decreto di esecutività dello stato passivo è diventato definitivo, il decreto avrà comunque efficacia stabile solo all'interno del fallimento e solo in merito alla partecipazione al concorso, senza statuire alcunché sulla spettanza del diritto che il terzo ha fatto valere per partecipare al concorso[420].

Venendo all'ipotesi di pregiudizialità costitutiva, le pretese restitutorie o al pagamento di una somma da insinuare al passivo dipendono dal realizzarsi della modificazione giuridica, che potrebbe non essersi prodotta al momento del fallimento, per esempio nel caso in cui l'azione costitutiva di annullamento o di risoluzione del contratto da cui sorge un diritto restitutorio o l'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre non sia stata proposta o accolta prima della sentenza dichiarativa di fallimento[421].

---

[418] Vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 560 e ss., che si esprimono in termini di contrasto logico tra le due decisioni, perché il giudice delegato potrebbe aver ritenuto infondata l'eccezione di nullità o annullamento del contratto e il giudice ordinario potrebbe aver accolto la domanda di nullità o annullamento del contratto. I due autori ritengono che se la sentenza ordinaria passa in giudicato prima che diventi definitivo il decreto che dà esecutività allo stato passivo, dal momento che è idonea a fare stato ad ogni effetto il giudice delegato (o il tribunale in sede di impugnazione del decreto) sia vincolato all'accertamento da questa compiuto.

[419] A seconda dell'interpretazione che si accoglie si tratterà della sentenza passata in giudicato o del momento in cui è emanata la sentenza di primo grado, non ancora definitiva, vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 561., nota 410.

[420] Ci si discosta dall'opinione degli autori Motto e Menchini, espressa in A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 562-563, per quanto riguarda la possibilità di ottenere la restituzione di quanto ricevuto indebitamente dai creditori concorsuali o di rimettere in discussione l'appartenenza del bene una volta chiuso il fallimento, perché si ritiene che il decreto di esecutività abbia effetti vincolanti solo internamente al concorso e non possieda vincolatività al di fuori, dovendo prevalere fuori dal fallimento la statuizione con efficacia di giudicato. La stessa conclusione si ravvisa anche nel caso in cui il debitore tornato *in bonis* instauri il giudizio sulla situazione pregiudiziale o incompatibile dopo la chiusura del fallimento.

[421] Nell'ultimo caso le pretese sorgono a seguito della sentenza che accoglie l'azione costitutiva e produce la modificazione giuridica pregiudiziale. Vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., pp. 418-420.

In questa circostanza una prima difficoltà concerne la possibilità di esercitare nel procedimento di accertamento del passivo le pretese connesse alla modificazione giuridica pregiudiziale prodotta dalla sentenza costitutiva, che non è ancora esistente al momento della dichiarazione di fallimento, preso atto che il principio di cristallizzazione del patrimonio del debitore sin dall'apertura del fallimento[422] potrebbe opporsi al perfezionamento della sentenza costitutiva[423].

Qualora l'azione costitutiva sia stata esercitata prima della sentenza di fallimento, viene in soccorso l'art. 72, comma 5, l. fall., che afferma l'efficacia nei confronti del curatore dell'azione di risoluzione promossa verso l'imprenditore prima del fallimento e allo stesso tempo dispone che le pretese restitutorie originate dalla risoluzione vengano insinuate nell'accertamento del passivo. Applicando in via estensiva la stessa regola alle domande costitutive da cui nascono pretese latamente restitutorie[424], se ne ricava che le stesse siano opponibili alla massa se proposte precedentemente alla dichiarazione di fallimento nei confronti del contraente *in bonis* e debitamente trascritte[425]. La maggior parte della dottrina e della giurisprudenza è invece ferma nel negare che l'azione

---

[422] L'art. 45 impedisce che abbiano effetto verso i creditori concorsuali gli atti per cui le formalità necessarie per renderli opponibili ai terzi siano state compiute dopo la sentenza di fallimento. L'intero sistema vuole assicurare che non possano essere opposte pretese che hanno titolo formatosi in un momento successivo alla dichiarazione di fallimento, vedi F. DE SANTIS, *Giudizio di verifica …*, cit.

[423] Possono partecipare al concorso infatti solamente i diritti sorti da una fattispecie che si è perfezionata prima della dichiarazione di fallimento, che rende indisponibile e cristallizza il patrimonio del fallito, per impedire che possano farsi valere pretese ulteriori rispetto a quelle che fanno parte del patrimonio del fallito nel momento di apertura del fallimento, vedi ivi, p. 420 e ss. Per le azioni dichiarative invece, come l'azione di nullità, la dottrina ritiene che le pretese restitutorie siano sorte sin dal momento stesso in cui è stato stipulato il contratto nullo, anteriore al fallimento, e pertanto ne ammette l'insinuazione al passivo.

[424] Pretese restitutorie di somme di denaro e di beni mobili o immobili che originano ad esempio dall'annullamento, dalla risoluzione, dalla revocatoria del contratto, dall'esecuzione in forma specifica del preliminare. Questi risultati sono ribaditi da A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 422 e ss.

[425] Se si tratta di atti soggetti a trascrizione la domanda deve essere stata trascritta anteriormente all'iscrizione nel registro delle imprese della sentenza di fallimento.

costitutiva e le pretese risarcitorie e restitutorie non ancora proposte possano essere azionate dopo la dichiarazione di fallimento, nei confronti del curatore[426].

La problematica che si pone anche nel caso di pregiudizialità – dipendenza costitutiva riguarda pur sempre allora la capacità dell'accertamento in via ordinaria della situazione pregiudiziale, che segue i tempi (lunghi) del processo ordinario di cognizione, di influire sul procedimento di accertamento del passivo e dei diritti reali o personali e dunque anche sulla sua durata e sulla durata complessiva della procedura fallimentare.

L'evenienza di un diritto da esercitare in sede di verifica del passivo e connesso ad un fatto – diritto pregiudiziale desta minori preoccupazioni[427], laddove si tratta invece di pregiudizialità costitutiva la pretesa restitutoria o al pagamento di una somma da esercitare nel procedimento fallimentare di verifica nasce e dipende dalla modificazione giuridica e quindi dall'accoglimento dell'azione costitutiva e, dal momento che non è ancora avvenuto, il diritto dipendente non può dirsi esistente e nemmeno la domanda costitutiva può essere proposta nell'accertamento del passivo[428]. D'altra parte non sarà nemmeno possibile "una cognizione *incidenter tantum* dei diritti di modificazione giuridica sottesi alle azioni costitutive", essendo "consentita in funzione reiettiva di un'altrui domanda (…) ma non ai

[426] Dissentono sul punto A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 425 e ss., perché il diritto del terzo nasce da fatti antecedenti al fallimento, come un comportamento contrario al diritto del debitore fallito e perché la modificazione giuridica attuata dalla sentenza ha effetto retroattivo tra le parti, dal momento della stipulazione del contratto e quindi da un momento antecedente alla dichiarazione di fallimento. F. DE SANTIS, *Giudizio di verifica …,* cit., ritiene invece che possano proporsi in via ordinaria domande costitutive o dichiarative dopo la sentenza di fallimento, senza poterne far derivare pretese da far valere in sede concorsuale, ma potendo così ottenere un giudicato verso il debitore, da utilizzare una volta che questo sia tornato *in bonis.*

[427] Vedi *supra*.

[428] A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 436 e ss.

fini del riconoscimento di un diritto che tragga titolo da quella modificazione medesima[429]".

L'interpretazione preferibile[430] dell'art. 72, comma 5, in materia di risoluzione del contratto e diritti restitutori conseguenti, propone la contemporanea pendenza di due giudizi, quello ordinario, avviato prima della sentenza dichiarativa di fallimento, dove la domanda costitutiva prosegue nei confronti del curatore e la cui decisione è opponibile al fallimento, e quello di accertamento del passivo, dove dovranno essere insinuate le pretese restitutorie, improcedibili in via ordinaria. Se la pretesa da far valere in via fallimentare sorge solamente nel momento in cui si produce la modificazione giuridica, nel momento in cui viene decisa la domanda costitutiva e non può dirsi esistente in precedenza, è evidente che dovrà essere realizzato il coordinamento tra i due processi, quello ordinario e quello fallimentare, ed è del pari evidente che la soluzione al coordinamento potrebbe incidere sull'accelerazione, sulla durata ragionevole dell'accertamento del passivo.

Una prima soluzione potrebbe essere la sospensione per pregiudizialità ex art. 295 c.p.c.[431] dell'accertamento fallimentare sulla situazione dipendente in attesa che passi in giudicato la decisione del processo ordinario sulla situazione pregiudiziale, ma inevitabilmente si dilaterebbero a dismisura i tempi dell'accertamento del passivo e la sua efficacia sarebbe inficiata[432].

---

[429] M. MONTANARI, *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2016, p. 146.

[430] È la soluzione adottata da F. DE SANTIS, *Giudizio di verifica …,* cit. e A. MOTTO, S. MENCHINI, ivi, p. 443-444, a cui si rimanda per una disamina dell'opposta interpretazione, seguita tra gli altri da Montanari, che ritiene, per le azioni proposte prima della sentenza di fallimento, che la domanda costitutiva diventi improcedibile in via ordinaria e possa essere fatta valere nelle forme dell'accertamento del passivo, come le pretese restitutorie.

[431] La decisione del diritto dipendente è condizionata infatti dalla decisione della controversia pregiudiziale, perché l'effetto costitutivo è realizzato con la decisione del processo ordinario, tuttavia la sospensione per pregiudizialità porta con sé l'attesa del passaggio in giudicato della sentenza pregiudiziale, vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 444-445.

[432] Vedi ibidem.

Per non compromettere quello che il legislatore ha configurato come un processo rapido, un'altra soluzione possibile[433] è estendere il campo di applicazione dell'ammissione con riserva ex art. 96, comma 2, n. 1, l. fall.[434], ammettendo con riserva le pretese fatte valere in via fallimentare, condizionando lo scioglimento della riserva alla decisione della domanda pregiudiziale in sede ordinaria e facendo sì che nel frattempo il creditore ammesso con riserva possa ottenere l'accantonamento delle somme a cui avrebbe diritto, "senza imporre la stasi del processo di accertamento fallimentare in attesa della definizione del giudizio ordinario"[435]. In tal modo si ha l'indubbio vantaggio di non incidere sull'obiettivo di garantire la durata ragionevole della procedura concorsuale, potendosi procedere alla chiusura della procedura per ripartizione finale dell'attivo, una volta approvato il rendiconto e liquidato il compenso del curatore, dal momento che gli accantonamenti per cui non è ancora stata sciolta la riserva verranno depositati nei modi indicati dal giudice delegato, senza impedire la chiusura della procedura[436], secondo l'art. 117, comma 2, l. fall.

Per quanto riguarda l'opposta concezione[437] che propone invece di trasferire l'azione costitutiva già instaurata di fronte al giudice

---

[433] Soluzione a cui si oppone F. DE SANTIS, *Giudizio di verifica …,* cit. e chi come lui ritiene che la tipicità delle ipotesi di ammissione con riserva non consenta un'interpretazione estensiva. De Santis preferisce che il curatore durante la pendenza del giudizio ordinario proceda agli opportuni accantonamenti, potendo il creditore insinuarsi al passivo una volta ottenuta la pronuncia costitutiva, anche in via ultratardiva.

[434] L'art. 96, comma 2, dispone: "Oltre che nei casi stabiliti dalla legge, sono ammessi al passivo con riserva: 1) i crediti condizionati e quelli indicati nell'ultimo comma dell'articolo 55."

[435] A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 446 e ss., propendono per questa soluzione, considerando che la riserva si scioglie solo al passaggio in giudicato della sentenza ordinaria e estendendo la stessa soluzione al caso della domanda costitutiva non ancora esercitata al momento della dichiarazione di fallimento.

[436] Come conclude C. PERAGO, *I pagamenti nel fallimento*, in *Il processo di fallimento*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 797 e ss., propendendo per una prima forma di ultrattività degli organi fallimentari, in particolare della legittimazione del curatore nei giudizi per cui è stato disposto l'accantonamento. Una volta verificatasi la condizione le somme saranno poi distribuite al creditore a cui spettano o saranno ripartite tra tutti i creditori.

[437] Sostenuta tra gli altri da M. MONTANARI, *Verificazione del passivo …,* cit.

dell'accertamento del passivo, interpretando diversamente l'art. 72, comma 5, l. fall., non convince la necessità di travalicare l'oggetto tipico del procedimento e di ammettere che la modificazione giuridica possa realizzarsi in via solamente incidentale, senza autorità di giudicato, e in modo non pieno, ma solamente in riferimento al concorso[438].

Anche al di là dei casi di connessione per pregiudizialità – dipendenza o incompatibilità, controversie esterne alla procedura fallimentare dirette ad aprire processi ordinari di cognizione riguardano le azioni revocatorie ordinarie e fallimentari[439] esercitate dal curatore contro terzi per reintegrare la massa attiva, come può essere il caso della revocatoria del pagamento di un credito, soddisfatto in precedenza rispetto alla dichiarazione di fallimento, l'azione fatta valere dal curatore per recuperare un bene del fallito nella disponibilità di un terzo che oppone un proprio diritto incompatibile[440] o l'azione diretta ad ottenere il pagamento di un credito vantato dal fallito verso terzi, tutte destinate a scontare i tempi della cognizione ordinaria e a incidere di conseguenza su quelli della procedura concorsuale. Queste controversie a cognizione ordinaria sono volte a recuperare risorse alla massa attiva da liquidare e potrebbero indubbiamente frapporre un ostacolo alla celere definizione e conclusione della procedura fallimentare[441], perché "la durata del processo fallimentare tende necessariamente a risentire dei ritmi che

---

[438] La modificazione della realtà sostanziale prodotta dall'annullamento del contratto ad esempio investe tutti gli effetti e i rapporti che discendono dal contratto, non può realizzarsi solo per il segmento del rapporto dedotto in giudizio, vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 440 e ss.

[439] Il curatore potrebbe anche esercitare la revocatoria per crediti ammessi per una somma definitivamente al passivo, senza negare il diritto del creditore di concorrere per quella somma, quando la somma ammessa rappresenta la parte del credito rimasta inadempiuta, mentre l'altra parte del credito è stata soddisfatta dal debitore fallito prima della dichiarazione di fallimento con un pagamento parziale, che diventa oggetto di revocatoria, vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 547.

[440] Come conclude F. SANTANGELI, *Inventario e presa in consegna dei beni del fallito*, in *Il processo di fallimento*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 659-660.

[441] Si rimanda al paragrafo 2.3.3. per quanto riguarda la capacità dei giudizi instaurati dalla procedura per recuperare risorse da destinare all'attivo di influire sul riparto finale e sulla chiusura del fallimento.

scandiscono l'incedere delle controversie da esso nascenti[442]", è condizionata dal proliferare di giudizi connessi[443].

Appare lampante la difficoltà di velocizzare tali giudizi per assicurare la ragionevole durata della procedura fallimentare, tuttavia, se non proprio l'accelerazione dei giudizi che si ramificano nel fallimento, quantomeno la riduzione dell'influenza che hanno sui tempi della procedura può essere ottenuta seguendo la via dell'esternalizzazione[444], contemplata dall'art. 106 l. fall. tra gli strumenti di liquidazione concorsuale sotto forma di cessione dei crediti vantati dal fallito nonché delle azioni revocatorie pendenti. Come taluno ha sottolineato, la previsione contenuta nella norma ha proprio lo scopo di "evitare ritardi nella chiusura delle procedure fallimentari, spesso dovuti alla pendenza di giudizi promossi dalla curatela per il recupero dell'attivo al fallimento[445]", cosicché il curatore anziché agire per ottenere l'adempimento di un credito del fallito possa scegliere di liquidarlo tramite cessione[446], anche quando è oggetto di contestazione[447], per

---

[442] M. MONTANARI, *Procedimenti endo- ed extraconcorsuali …,* cit. Anche Vitalone sottolinea che la ragionevole durata della procedura fallimentare dipende dalla durata dei singoli processi che vi si sono innestati e che il curatore deve essere prudente nell'iniziare processi che possono ritardare la chiusura del fallimento, in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI, *Il diritto processuale del fallimento,* Giappichelli, Torino, 2010, p. 436 e ss.

[443] Anche la Corte di Cassazione ha riconosciuto in più occasioni che la durata della procedura fallimentare deve essere parametrata anche sul proliferare di giudizi connessi, la cui durata condiziona la procedura, affermando che la durata media del fallimento può stimarsi in 5 anni, elevabili a 7 in caso di complessità della procedura, ad esempio in Cassazione, sentenza 31 dicembre 2009, n. 28318. Vedi anche per una disamina approfondita R. BOCCHINI, *Le cessioni in funzione della chiusura anticipata della procedura fallimentare*, in *Dir. Fall*., 2017, 3-4, p. 685.

[444] M. MONTANARI, op. ult. cit.

[445] R. BOCCHINI, op. cit. Si occupa dei riflessi dei giudizi connessi sulla durata della procedura fallimentare anche M. MONTANARI, *Procedimenti endo- ed extraconcorsuali …,* cit. e G. LO CASCIO, *Introduzione: una lettura del fallimento …,* cit.

[446] Il curatore può anche cedere crediti di natura fiscale e crediti futuri, purché sia determinata la fonte del credito ed esistente il rapporto da cui scaturisce. Vedi M. MONTANARI, *Appunti …,* cit. Parte della dottrina esclude che il curatore sia tenuto a garantire l'esistenza del credito, per le esigenze di celerità del fallimento, vedi R. BOCCHINI, op. cit.

[447] Si ritiene non sia necessaria la pendenza di un giudizio, in ogni caso cedendo il credito si cedono anche le azioni di accertamento o condanna correlate, vedi ibidem.

acquisire immediatamente risorse all'attivo e non dover più attendere l'esito della riscossione.

L'art. 106 l. fall. stabilisce anche la cessione delle azioni revocatorie concorsuali, purché il giudizio sia già pendente, stabilendo quantomeno la cedibilità delle revocatorie ordinarie, fallimentari e delle azioni di inefficacia previste dalla legge fallimentare e quindi il trasferimento della facoltà di aggredire i beni oggetto della revocatoria, nel caso di un suo accoglimento, come se fossero rimasti nel patrimonio del fallito[448], nonostante questa soluzione lasci irrisolta la sorte del credito del terzo che sia rimasto soccombente nella revocatoria e che potrebbe non avere il tempo di insinuarsi tardivamente al passivo[449]. La dottrina resta divisa inoltre sulla possibilità di cedere le altre azioni esercitabili per incrementare il patrimonio del fallito[450].

2.3.3. Art 118, secondo comma, l. fall.: chiusura del fallimento in presenza di giudizi pendenti

[448] Secondo la dottrina dominante, riportata da R. BOCCHINI, op. cit. È vero che la cessione configura una successione nel diritto controverso, pertanto potrebbe non esserci l'estromissione del fallimento dal giudizio e in questo modo la sua chiusura sarebbe ritardata ed è per questo che la dottrina ritiene che venga meno il ruolo del curatore con la cessione della revocatoria e che il giudizio debba essere riassunto dal cessionario, come riporta l'autore.

[449] Sempre R. BOCCHINI, op. cit., riporta che al terzo che non riuscisse ad insinuarsi per chiusura della procedura resterebbe solo la possibilità di agire in regresso verso il fallito in bonis. Alcuni autori sostengono allora che il cessionario debba obbligarsi a corrispondere al soccombente l'importo del suo credito, nei limiti di quanto avrebbe percepito in sede concorsuale, mentre altri ritengono che il terzo possa insinuarsi al passivo in via condizionata.

[450] La relazione illustrativa al d. lgs. 5/2006 prevedeva la cedibilità di tutte le azioni tese ad aumentare la massa attiva, ma parte della dottrina fa leva sul dato letterale per escludere la cedibilità di azioni diverse dalle revocatorie, mentre altra parte della dottrina ritiene cedibili anche le altre azioni. La cessione delle azioni deve essere inserita dal curatore nel programma di liquidazione in ogni caso. Vedi R. BOCCHINI, op. cit. Vedi anche D. LATELLA, *La cessione delle azioni di pertinenza della massa nel sistema di realizzazione concorsuale dell'attivo*, in *Dir. Fall.*, 2014, 1, 10024.

Se l'esternalizzazione dei crediti e delle azioni revocatorie attraverso la loro cessione è stata prevista come strumento per garantire l'emancipazione della procedura dalle sorti dei relativi giudizi e dai tempi necessari per recuperare le risorse all'attivo e procedere alla loro liquidazione, non è l'unico strumento su cui il legislatore ha pensato di fare affidamento per l'arduo compito di garantire la ragionevole durata della procedura concorsuale.

Tra le ipotesi di chiusura del fallimento è contemplata dall'art. 118, comma 1, n. 3, l. fall., la ripartizione finale dell'attivo, avendo in tal caso il fallimento esaurito la sua funzione, essendo stato liquidato il patrimonio del debitore e distribuito il ricavato tra i creditori[451] dopo che il giudice delegato ha dichiarato esecutivo il progetto di riparto.

Sicuramente oggi si può procedere alla ripartizione finale dell'attivo anche in pendenza di giudizi in merito alla formazione definitiva dello stato passivo, dal momento che l'art. 117, comma 3, stabilisce che "se la condizione non si è ancora verificata ovvero se il provvedimento non è ancora passato in giudicato, la somma è depositata nei modi stabiliti dal giudice delegato, perché, verificatisi gli eventi indicati, possa essere versata ai creditori cui spetta o fatta oggetto di riparto supplementare fra gli altri creditori. Gli accantonamenti non impediscono la chiusura della procedura."

La norma ha così recepito la prassi giurisprudenziale degli accantonamenti postfallimentari, per cui si procedeva al riparto finale e alla chiusura immediata del fallimento accantonando le somme spettanti ai creditori che avessero ancora in corso liti inerenti alla loro insinuazione al passivo, in modo da contenere il problema dell'eccessiva

[451] Vedi M. MONTANARI, *Appunti ...,* cit., p. 110 e ss., che sottolinea come sia necessaria la distribuzione del ricavato ai creditori da parte del curatore e l'effettuazione degli eventuali accantonamenti, una volta dichiarato esecutivo il progetto di riparto o definite le contestazioni sul progetto di riparto in maniera irrevocabile e liquidato il compenso del curatore. Vedi anche C. PERAGO, *I pagamenti ...,* cit., p. 798.

durata della procedura concorsuale svincolandone la chiusura dalla chiusura definitiva della verifica del passivo[452].

Evidentemente in questo modo si è dato vita ad una prima forma di "ultrattività"[453] degli organi fallimentari, in particolare del curatore e del giudice delegato perché appare essenziale che continuino le proprie funzioni nel giudizio sullo stato passivo e per il successivo riparto delle somme conformemente alla decisione adottata.

Per poter procedere alla ripartizione finale dell'attivo e alla conseguente chiusura della procedura fallimentare, tuttavia, sembrerebbe necessaria la chiusura di tutti quei giudizi diretti ad apportare beni e risorse all'attivo fallimentare e a dare vita ad ulteriori operazioni di riparto tra i creditori[454] o in altre parole sembrerebbe necessario l'esaurimento della liquidazione dell'attivo e di "tutte le possibili fonti di liquidità per il fallimento", mentre parrebbe che "persistendo la possibilità di acquisire denaro da distribuire ai creditori (…) alla ripartizione finale non sia dato procedere[455]".

È su questo punto che si è registrato un intervento del legislatore col D.L. n. 83/2015[456], recante "misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria", che ha disposto all'art. 118, comma 2, l. fall. [457], che la chiusura della procedura di fallimento nel caso di

---

[452] Nonostante la legge stabilisse che tutti gli accantonamenti dovessero essere distribuiti col riparto finale, vedi M. MONTANARI, ivi, p. 103-104 e M. MONTANARI, *Procedimenti endo- ed extraconcorsuali …,* cit., secondo cui il sistema previsto dalla legge poteva essere sostenuto solo da un sistema di giustizia efficiente, che permettesse di chiudere velocemente i giudizi sulla definitiva formazione del passivo.

[453] Parlano di ultrattività C. PERAGO, *I pagamenti …,* cit., p. 799-800 e M. MONTANARI, *Appunti …,* cit., p. 104.

[454] Vedi M. MONTANARI, ivi, p. 101 e M. MONTANARI, *Chiusura anticipato del fallimento ai sensi dell'art. 118, comma 1, n. 4, l. fall.?,* in *Fallimento*, 2016, 11, p. 1250.

[455] M. MONTANARI, *Appunti …*, cit., p. 101.

[456] D.L. 27 giugno 2015, n. 83, poi convertito in legge dalla L. 6 agosto 2015, n. 132.

[457] L'art. 118, comma 2, recita al terzo periodo "La chiusura della procedura di fallimento nel caso di cui al n. 3) non è impedita dalla pendenza di giudizi, rispetto ai quali il curatore può mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati

ripartizione finale dell'attivo non è impedita dalla pendenza di giudizi, per cui il curatore manterrà la legittimazione processuale ai sensi dell'art. 43.

Di conseguenza la ripartizione finale e quindi la compiuta liquidazione dell'attivo che conduce alla chiusura della procedura fallimentare non presuppone più la definizione dei giudizi diretti ad integrare il patrimonio del fallito, quantomeno di quei giudizi c.d. preesistenti al fallimento, che abbiano ad oggetto situazioni soggettive facenti capo al fallito e siano diretti ad acquisire risorse per poi soddisfare i creditori concorsuali[458].

Si pone qui all'evidenza un primo problema nel definire quali siano i giudizi pendenti che non impediscono la chiusura della procedura concorsuale: certamente se ci si attiene alla ratio legis della modificazione apportata recentemente dal legislatore appare più idoneo a permettere una chiusura in tempi rapidi estendere la nozione di giudizi pendenti anche ai giudizi di pertinenza della massa, "promossi dal curatore nell'esercizio di una legittimazione propria oppure anche sostitutiva, ma non del fallito, bensì dei creditori[459]".

Ciononostante questa interpretazione si scontra con il disposto dell'art. 120, comma 2, l. fall., secondo il quale con la chiusura del fallimento

---

e gradi del giudizio, ai sensi dell'articolo 43" e ai periodi successivi "In relazione alle eventuali sopravvenienze attive derivanti dai giudizi pendenti non si fa luogo a riapertura del fallimento".

[458] Che riguardino in altre parole rapporti ricompresi nel fallimento, ai sensi dell'art. 43, che potevano essere rinvenuti nel patrimonio del fallito a prescindere dalla dichiarazione di fallimento, vedi M. MONTANARI, *Fallimento e concordato preventivo (I parte) – la novità della chiusura del fallimento in pendenza di cause*, in *Giur. It.*, 2017, 1, 230. L'interpretazione restrittiva della norma ammette la chiusura solo in pendenza di questo tipo di giudizi, vedi L. GAMBI, *La chiusura anticipata del fallimento ex art. 118, comma 2, terzo periodo, legge fallim., in pendenza delle c.d. "azioni di massa*", in *Dir. Fall.*, 2017, 5, 1232, che riporta anche le mutevoli interpretazioni giurisprudenziali in materia.

[459] È la soluzione adottata da M. MONTANARI, op. ult. cit., e da R. BOCCHINI, op. cit. Sempre Montanari ritiene che non si possa negare in nessun caso al fallito tornato in bonis di intervenire nel giudizio, anche attivato dal curatore in virtù di una legittimazione propria, ritenendola anzi necessaria l'integrazione del contraddittorio nei suoi confronti.

non possono essere proseguite le azioni esercitate dal curatore per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento e quindi le azioni di pertinenza della massa, perciò si è pensato che il suddetto comma veda circoscritto il proprio raggio di applicazione alle altre ipotesi di chiusura della procedura previste dall'art. 118, comma 1, nn. 1, 2 e 4[460], e non venga in gioco nel caso di ripartizione finale dell'attivo[461].

Un'interpretazione restrittiva della norma che permette la ripartizione finale dell'attivo e la chiusura del fallimento pur in pendenza di giudizi è orientata invece nel senso di non ammettere la chiusura in presenza di giudizi che consentano di recuperare un bene all'attivo, talché sarebbe poi indispensabile procedere ad un'ulteriore attività liquidatoria, attività che il curatore non potrebbe svolgere dal momento che la sua ultrattività sarebbe limitata solamente alla legittimazione processuale, perché la legge tace in ordine alla liquidazione dei beni ottenuti all'esito dei giudizi pendenti e quindi sembra consentire solo un riparto di somme post-fallimentare e non una liquidazione post-fallimentare[462]. Anche chi privilegia l'interpretazione estensiva, come Montanari, ammette che il legislatore sia rimasto silente in tema di liquidazione da attuare una volta chiuso il fallimento, in quanto l'art. 118, comma 2, sancisce solamente il riparto supplementare fra creditori "dopo la chiusura della procedura di fallimento" per "le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti definitivi e gli eventuali residui degli accantonamenti", secondo le modalità disposte dal tribunale con decreto e perciò si suppone che le modalità di liquidazione dei beni recuperati dai giudizi

---

[460] La mancata proposizione di domande di insinuazione al passivo, la soddisfazione totale tramite i riparti o l'estinzione in altro modo di tutti i crediti ammessi, la radicale insufficienza di attivo. In via approfondita su queste ipotesi di chiusura M. MONTANARI, *Appunti …,* cit., p. 105 e ss.

[461] È proposto da M. MONTANARI, ivi, p. 129 e M. MONTANARI, *Fallimento e concordato preventivo …,* cit.

[462] Questa interpretazione è riportata e criticata da M. MONTANARI, *Fallimento e concordato preventivo …,* cit., ed è riportata da L. GAMBI, op. cit., per cui in realtà l'interpretazione più estensiva forza il sistema, mentre l'interpretazione letterale sminuisce la *ratio legis,* nessuna in sostanza consente la quadratura del cerchio.

portati avanti oltre la chiusura della procedura concorsuale debbano essere stabilite dal tribunale col decreto di chiusura[463].

In ogni caso ci troviamo di fronte ad un'ulteriore ipotesi di ultrattività degli organi fallimentari, dovendo il giudice delegato e il curatore rimanere in carica dopo la chiusura in pendenza di giudizi ai fini della loro prosecuzione e della ripartizione delle somme ricavate, se non anche della liquidazione delle sopravvenienze attive, e non potendo i creditori agire su quanto è oggetto degli stessi giudizi, secondo quanto disposto dall'art. 120, comma 5, l. fall.

Certo è che alla luce di questi dati affidare agli organi fallimentari "il recupero dei beni giudizialmente contesi e, una volta che questo sia andato a buon fine, la loro successiva liquidazione", permettendo loro di "perseguire questi obiettivi a fallimento concluso[464]" non può che apparire come un *escamotage* per risolvere (non risolvere) i tempi delle azioni che si innestano nel fallimento e ne condizionano la durata, una finzione giuridica che permette di simulare la chiusura della procedura quando nella realtà non si chiudono i giudizi di cui è parte e si pone la necessità che i suoi organi mantengano le proprie funzioni, che svolgano attività di liquidazione, che ripartiscano il ricavato tra i creditori secondo le regole concorsuali. Evidentemente l'obiettivo finale è quello di lucrare una riduzione dei processi determinati da violazione della ragionevole durata della procedura fallimentare e di conseguenza una riduzione dei risarcimenti dovuti e gravanti sulle finanze pubbliche dello stato, che ci sia però un rispetto sostanziale della ragionevole durata del processo è dato dubitare[465].

---

[463] M. MONTANARI, ibidem.

[464] M. MONTANARI, ibidem, non critica però questo escamotage trovato dal legislatore, anzi mette in luce come pregio quello di ottenere un alleggerimento a carico delle finanze pubbliche per risarcimenti dovuti secondo la legge Pinto e che il "rispetto" mostrato per la ragionevole durata del processo migliorerebbe anche l'immagine dello stato italiano.

[465] L. GAMBI, op. cit., riporta che parte della dottrina conclude per un carattere finzionistico della norma, che potrebbe non scongiurare le sanzioni comunitarie per irragionevole durata del processo.

PARTE SECONDA

CAPITOLO TERZO

SOLUZIONI ADOTTATE DAL NUOVO CODICE DELLA CRISI: D.LGS. DEL 12 GENNAIO 2019, N. 14

Sommario: 3.1 La riforma introdotta dal Codice della crisi in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155; 3.1.1 Il procedimento unitario e la trasformazione del fallimento in liquidazione giudiziale; 3.1.2 Passi avanti in tema di garanzie ed esigenze di tutela delle parti**;** 3.1.3. Le soluzioni (problematiche) in tema di accertamento del passivo; 3.1.4 La procedura di chiusura in presenza di giudizi pendenti; 3.2. Considerazioni conclusive

3.1. La riforma introdotta dal Codice della crisi in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155

La legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, in materia di "delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" ha delegato il Governo ad emanare una riforma organica delle procedure concorsuali e delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento[466], che avrebbe dovuto garantire secondo i principi direttivi un "unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore", modellato sull'art. 15, l. fall., "con caratteristiche di particolare celerità", anche in fase di impugnazione, ex art. 2, comma 1, lettera d), nonché semplificare e uniformare la disciplina dei vari riti speciali in materia concorsuale, ex art. 2, comma 1, lettera h), ridurre i costi e la durata delle procedure concorsuali, secondo l'art. 2, comma 1, lettera l) e dare priorità di trattazione alle proposte di superamento della crisi che avessero assicurato la continuità aziendale, ex art. 2, comma 1, lettera g).

Evidentemente si progettava di dare risposta all'esigenza di una riforma e risistemazione organica della materia concorsuale, dettando un quadro normativo unitario dell'insolvenza e dello stato di crisi, semplificando le regole processuali applicabili e adottando un unico modello procedimentale di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza, regolato sulla falsariga del precedente processo per la dichiarazione di fallimento, in cui far confluire tutte le domande volte ad una soluzione concordata o meno[467] e da applicare ad ogni categoria di debitore[468].

---

[466] Disciplinate dalla legge n. 3/2012.

[467] Secondo quanto emerge dalla Relazione illustrativa del disegno di legge delega, presentato nel 2015 da Renato Rodorf, vedi I. PAGNI, *L'accesso alle procedure di regolazione nel codice della crisi e dell'insolvenza,* in *Fallimento*, 2019, 5, p. 549.

[468] Secondo i principi previsti dalla legge n. 155/2017 all'art. 2, comma 1, lettera e).

Il Governo ha così adottato il D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che disciplina "le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, (…) con esclusione dello Stato e degli enti pubblici[469]" e che entrerà complessivamente in vigore decorsi diciotto mesi dalla sua pubblicazione[470].

Nonostante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza abbia provveduto a risistemare anche le procedure riservate agli imprenditori non fallibili e ai debitori civili[471], ci limiteremo a considerare le soluzioni applicabili agli imprenditori commerciali, che secondo i parametri dimensionali dell'art. 2, comma 1, lettera d) risultino assoggettabili oggi alla procedura di liquidazione giudiziale[472] e pertanto anche al concordato preventivo e al concordato nella liquidazione giudiziale[473], nonché agli accordi di ristrutturazione dei debiti[474].

---

[469] Così l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 14/2019, che fa salve le leggi speciali in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese e di liquidazione coatta amministrativa.

[470] Con l'eccezione degli artt. menzionati all'art. 389, comma 2, Codice della crisi, che sono entrati in vigore decorsi trenta giorni dalla pubblicazione del decreto.

[471] Gli imprenditori commerciali, che risultino sotto le stesse soglie dimensionali previste in precedenza dalla legge fallimentare per accedere all'area della fallibilità, e gli imprenditori non commerciali possono ricorrere agli accordi di ristrutturazione dei crediti ex art. 57. Gli stessi, insieme ai consumatori, professionisti e ogni altro debitore non soggetto a liquidazione giudiziale, a liquidazione coatta amministrativa e a procedure liquidatorie previste in leggi speciali, potranno fare ricorso alle procedure per la composizione della crisi da sovraindebitamento ex art. 65 e ss., al concordato minore (da cui è escluso il consumatore) o saranno soggetti a liquidazione controllata, ex art. 83 e ss.

[472] E non qualificabili pertanto in termini di impresa minore, secondo l'art. 2, comma 1, lettera d), che ha ripreso i parametri dimensionali dell'art. 1, comma 2, l. fall., dei quali dovrà sempre essere dimostrato il possesso congiunto per non rientrare nell'area di applicazione della liquidazione giudiziale.

[473] Il concordato preventivo è disciplinato dagli artt. 84 e ss., Capo terzo, Titolo IV, Parte Prima, Codice della crisi, il concordato nella liquidazione giudiziale dal Capo VII, Titolo V, Parte prima, Codice della crisi.

[474] Disciplinati dagli artt. 57 e ss., Titolo IV, Parte prima, Codice della crisi, estesi anche agli imprenditori commerciali non soggetti a liquidazione giudiziale e agli imprenditori non commerciali.

3.1.1. Il procedimento unitario e la trasformazione del fallimento in liquidazione giudiziale

La legge delega n. 155/2017 aveva delineato la sostituzione del termine fallimento con quello di liquidazione giudiziale, secondo l'art. 2, comma 1, lettera a), e la realizzazione di un unico modello processuale per tutte le domande volte a far accertare lo stato di crisi o di insolvenza del debitore e a portare ad una soluzione concordata o coattiva della crisi o dell'insolvenza, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 1, lettera d).

Originariamente lo schema di decreto delegato contemplava per l'appunto un procedimento uniforme, plasmato sul procedimento per la dichiarazione di fallimento, in cui far convergere le diverse domande di regolazione della crisi o dell'insolvenza, anche tramite l'intervento di terzi nella causa o le domande riconvenzionali, ma esaminando il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza è dato dubitare che sia stato realizzato propriamente un procedimento uniforme per l'accertamento della crisi o dell'insolvenza[475].

Gli artt. 40 e ss. del Codice della crisi prospettano piuttosto procedimenti distinti per l'apertura della liquidazione giudiziale e per l'accesso ad una soluzione concordata della crisi[476], regolati in modo differente, tranne per quel che riguarda la forma – contenuto della domanda disciplinata dall'art. 40, secondo il quale l'istanza presentata con ricorso dovrà in ogni caso indicare l'ufficio giudiziario, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni e se proposta dal debitore dovrà essere iscritta nel registro delle imprese, mentre se proposta dal pubblico ministero, dai creditori o da coloro che hanno funzioni di controllo e vigilanza

[475] Vedi I. PAGNI, *L'accesso alle procedure di regolazione…,* cit.

[476] Come mettono in luce I. PAGNI, ibidem e M. MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza,* in *Fallimento*, 2019, 5, p. 563.

sull'impresa dovrà essere notificata al debitore a cura della cancelleria[477].

La realizzazione del coordinamento tra le procedure concorsuali, in particolare tra il procedimento per l'apertura del fallimento da un lato e il procedimento per l'accesso al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione dei debiti dall'altro – obiettivo della Relazione illustrativa del testo definitivo della riforma[478] – non sembra passare da regole uniche di svolgimento del procedimento, dal momento che il processo per l'apertura della liquidazione giudiziale trova la sua disciplina nell'art. 41, mentre il procedimento per l'accesso al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione e i giudizi di omologa sono scanditi in particolare dagli artt. 44, 47 e 48 del Codice.

In realtà taluno ha osservato come anche per gli accordi di ristrutturazione dei debiti e per il concordato preventivo si profili il sospetto che "a partire dal momento in cui il debitore istante abbia a depositare l'accordo di ristrutturazione" o la proposta di concordato preventivo "i percorsi si divarichino[479]". Se è vero che l'art. 44 regola unitariamente la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o al giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione, prevedendo in entrambi i casi la possibilità di presentare domanda con riserva[480], e il contenuto del decreto emesso dal

---

[477] Art. 40, d.lgs. n. 14/2019, per quanto riguarda le modalità di notificazione al debitore in sostanza ricalcano quelle previste precedentemente dall'art. 15, l. fall., compresa la possibilità di ricorrere ad ogni mezzo idoneo per portare il ricorso e il decreto a conoscenza delle parti, in caso di particolari ragioni di urgenza, nel procedimento di liquidazione giudiziale.

[478] Dal momento che spesso si aveva una sovrapposizione tra procedura di fallimento e procedura di concordato preventivo, vedi la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante il Codice della crisi e dell'insolvenza diffusa nell'ottobre 2018.

[479] M. MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario …,* cit., che sottolinea come non si possa ritenere che l'accesso alle due procedure di regolazione concordata della crisi segua un percorso del tutto unitario.

[480] Per poi presentare il piano e la documentazione richiesta per il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione entro il termine fissato dal tribunale col decreto, compreso tra trenta e sessanta giorni e prorogabile, secondo l'art. 44, comma 1, lettera a).

tribunale, è anche vero che l'art. 47 si occupa solamente del decreto del tribunale che sancisce l'apertura del concordato preventivo, regolandone il contenuto e la comunicazione[481], e del decreto che dichiara l'inammissibilità del concordato preventivo, compresa la sua reclamabilità[482], senza nulla dire in merito al decreto con cui il tribunale fissa l'udienza per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione[483]. Il giudizio di omologazione del concordato preventivo e il giudizio di omologa degli accordi si snodano poi secondo forme diverse al successivo art. 48, che tratteggia per il giudizio di omologa del concordato la fissazione dell'udienza in camera di consiglio da parte del tribunale, la fase preliminare all'udienza, dove si realizza il contraddittorio tra creditori dissenzienti, interessati, commissario giudiziale e debitore con la previsione di una serie di termini perentori per presentare memorie[484], l'assunzione di mezzi istruttori e la decisione con sentenza, laddove per il giudizio di omologa degli accordi si limita

---

[481] L'art. 47, comma 1, dispone, in seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, "che il tribunale, verificata l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano ed acquisito, se non disponga già di tutti gli elementi necessari, il parere del commissario giudiziale" con decreto nomini il giudice delegato, il commissario giudiziale, fissi la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione, e il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il debitore deve depositare la somma determinata dal tribunale per le spese della procedura. Il comma 2 rinvia all'art. 45 per le modalità di comunicazione e pubblicazione del decreto.

[482] L'art. 47, comma 3 e 4, si occupa del decreto motivato che dichiara l'inammissibilità della proposta, reclamabile davanti alla corte di appello entro quindici giorni dalla comunicazione, la quale provvede in camera di consiglio con decreto motivato, secondo gli articoli 737 e 738 c.p.c. Il comma 5 sancisce la riproponibilità della domanda quando si verifichino mutamenti delle circostanze.

[483] M. MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario …,* cit., mette in luce come l'art. 47 taccia sulla fissazione dell'udienza per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, nonché sulla reclamabilità del provvedimento, al pari dell'art. 46 che si occupa solamente degli effetti della domanda di accesso al concordato preventivo. Anche I. PAGNI, *L'accesso alle procedure di regolazione …,* cit., evidenzia come l'art. 47 si occupi solamente della fase di ammissione al concordato preventivo.

[484] Rispettivamente le opposizioni dei creditori dissenzienti e di ogni altro interessato dovranno essere proposte almeno dieci giorni prima dell'udienza, il parere motivato del commissario giudiziale almeno cinque giorni prima dell'udienza e le memorie del debitore almeno due giorni prima dell'udienza, secondo l'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 14/2019.

a prevedere al quarto comma la possibilità e il termine di trenta giorni dall'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese per proporre opposizione da parte dei creditori e di ogni altro interessato e la decisione con sentenza[485]. Se in tal caso "dell'articolata fase di trattazione preliminare in contraddittorio messa a punto per l'omologazione del concordato preventivo sopravvive assai poco" non è scorretto rinvenire un disallineamento delle modalità con cui si svolgono le due procedure di omologazione[486].

Analizzando nello specifico le ragioni per cui era stato ipotizzato in origine il procedimento unitario, emerge la necessità di giungere ad un raccordo tra procedura liquidatoria e procedure concordate applicabili all'imprenditore commerciale fallibile, sulla scorta anche dell'insegnamento della Suprema Corte[487] in materia, secondo la quale la domanda di soluzione concordata della crisi avrebbe dovuto prevalere su quella di fallimento, senza che il procedimento per l'apertura del fallimento giungesse per questo ad una sospensione o all'improcedibilità, ma dovendosi garantire di non far intervenire la pronuncia di fallimento[488] fino alla definizione della domanda di risoluzione concordata.

Inizialmente allora la Relazione illustrativa dello schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali si era immaginata un unico percorso che potesse condurre ad esiti differenti, dove un "iniziale percorso concordatario", rivelatosi impraticabile, potesse "convertirsi

---

[485] La notificazione, iscrizione e il decorso degli effetti della sentenza che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione sono disciplinati in modo unitario dall'art. 48, comma 5, Codice della Crisi.

[486] M. MONTANARI, op. ult. cit., che giustamente, poste in luce le diverse modalità di svolgimento della procedura di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, evidenzia la difficoltà nel sostenere che i due giudizi di omologa abbiano due percorsi processuali identici. Allo stesso modo I. PAGNI, op. ult. cit., ritiene che l'omologazione non si svolga allo stesso modo.

[487] Cassazione, Sezioni Unite, sentenze del 15 maggio 2015, n. 9934, 9935 e 9936.

[488] Il procedimento poteva essere istruito e concludersi invece con un decreto di rigetto della domanda di fallimento, per cui non era ravvisabile lo stesso temporaneo impedimento, vedi I. PAGNI*, L'accesso alle procedure di regolazione …,* cit.

automaticamente in un esito liquidatorio (…) senza necessità di una nuova domanda – poiché l'iniziale domanda di regolazione della crisi sussume in sé tutti i prevedibili esiti del percorso giudiziale[489]". Perché potesse sostenersi che con la proposizione di una domanda di soluzione negoziale della crisi fosse stata implicitamente proposta anche la domanda di liquidazione, probabilmente si ponderava di inquadrare il rapporto tra le due domande in termini di continenza, nonostante la continenza propriamente rimandi a due domande tra le stesse parti e fondate sullo stesso titolo di cui una presenti un *petitum* meno ampio[490] e nonostante sia molto difficile credere che chi domanda una soluzione concordata della crisi possa volere una soluzione liquidatoria[491]. Il legislatore seguiva in tal senso la prospettiva portata avanti dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite[492], che aveva scorto tra la domanda di concordato preventivo e la domanda di fallimento una "continenza per specularità", allargando la continenza fino a ricomprendere il caso di domande incompatibili riguardo ad un unico rapporto negoziale, l'una che pretende di regolare l'insolvenza secondo le regole del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, l'altra secondo le regole del concorso[493].

---

[489] Relazione illustrativa del disegno di legge delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, vedi anche I. PAGNI, ibidem e M. MONTANARI, op. ult. cit. Montanari in particolare evidenzia l'illogicità del proporre la conversione automatica da percorso concordatario a liquidatorio e negare allo stesso tempo la reintroduzione del fallimento d'ufficio.

[490] M. MONTANARI, ibidem, ritiene che questo fosse il disegno originario pensato dal legislatore delegante.

[491] È difficile perché chi vuole una soluzione concordata della crisi sicuramente vuole evitare la liquidazione giudiziale, inoltre è anche difficile dire che la soluzione liquidatoria costituisca un *petitum* di minore ampiezza rispetto alla domanda di ammissione al concordato o ad un accordo di ristrutturazione dei debiti, vedi M. MONTANARI, ibidem.

[492] Sempre Cassazione, Sezioni Unite, sentenze del 15 maggio 2015, n. 9934, 9935 e 9936.

[493] Pagni sottolinea il non facile inquadramento delle domande in questione nelle categorie tradizionali, per quanto il caso dell'incompatibilità, dell'alternatività tra le due domande, sia quello che più ci si avvicina, se si ritiene che la domanda di concordato abbia ad oggetto la pretesa di evitare il concorso fallimentare e sostituirlo con le regole concordatarie, vedi I. PAGNI, op. ult. cit. Esclude che sussista la pregiudizialità – dipendenza tra le domande di risoluzione della crisi o dell'insolvenza anche F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 211 e ss.

Oggi, in realtà, il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza prevede in ogni caso la presentazione di un'apposita istanza da parte dei legittimati per poter dare luogo all'apertura della liquidazione giudiziale e così l'art. 7, comma 3, prevede che "il tribunale procede, su istanza dei soggetti legittimati, all'apertura della liquidazione giudiziale quando eventuali domande alternative di regolazione della crisi non sono accolte ed è accertato lo stato di insolvenza".

Considerando che anche per il processo di liquidazione giudiziale si pongono modalità procedimentali altrettanto diverse, la soluzione che il decreto legislativo ha apportato al problema del coordinamento tra procedure concorsuali è stata non tanto quella di delineare un unico procedimento uniforme, un unico contenitore processuale a sé stante, quanto quella di optare per la riunione e la trattazione unitaria di domande soggette a riti differenziati[494], disponendo l'art. 7 del Codice della crisi che "le domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza sono trattate in via d'urgenza e in un unico procedimento; a tal fine ogni domanda sopravvenuta va riunita a quella già pendente", dando priorità alle domande diverse dalla liquidazione giudiziale[495]. Certamente resta il problema del rito[496] che debba prevalere per realizzare il *simultaneus processus*, ma, dati i tratti di maggiore

---

[494] Il legislatore non ha dettato le regole per costruire un rito uniforme per tutte le possibili in materia di regolazione della crisi o dell'insolvenza, ma ha optato per la riunione delle domande, come concludono I. PAGNI, *L'accesso alle procedure di regolazione …,* cit. e M. MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario …,* cit. Pagni riporta l'opinione prevalente secondo la quale la riunione di cause separatamente promosse non realizza "una fusione tra i procedimenti, tale da determinare il loro concorso nella definizione del *thema decidendum et probandum,* ma al contrario lascia intatta l'autonomia delle cause".

[495] Art. 7, rispettivamente comma 1 e 2, Codice della crisi e dell'insolvenza, per cui la domanda di liquidazione giudiziale appare residuale in quanto alla sua trattazione e alla sua decisione, dovendosi dare priorità alle domande alternative di regolazione della crisi, secondo quanto riporta anche A. VILLA, *La nuova liquidazione giudiziale: effetti per i creditori e accertamento del passivo,* in *Il diritto degli affari,* 2019.

[496] Il problema è evidenziato anche da I. PAGNI, op. ult. cit., per cui spetterà al giudice stabilire con quali regole processuali gestire la trattazione e per cui un ulteriore problema si ha anche nel caso in cui le diverse cause da riunire pendano in gradi diversi.

formalizzazione e data l'iniziale idea di modellare su di esso il procedimento uniforme, non è azzardato ipotizzare che debba trattarsi del procedimento di liquidazione giudiziale, quantomeno se è proposta la domanda relativa alla sua apertura[497].

In particolare il nuovo procedimento di liquidazione giudiziale, disciplinato specificamente dagli artt. 41, 49 e 50 del Codice della crisi, ha ripreso quasi del tutto la regolamentazione del processo per la dichiarazione di fallimento, contenuta all'art. 15, l. fall., mantenendo lo stesso grado di formalizzazione per la fase introduttiva e la stessa sommarizzazione per le fasi di istruzione e trattazione della causa, senza abbracciare invece la scelta di costruire consapevolmente un procedimento qualificabile in modo indubitabile in termini di cognizione piena, perché regolato in tutti i suoi contenuti[498].

Nonostante il legislatore non abbia inteso abbandonare l'idea di una sommarizzazione del giudizio sui diritti, la natura del processo di liquidazione giudiziale, ex procedimento per l'apertura di fallimento, è rimasta immutata rispetto al passato, così come il suo oggetto e l'oggetto del giudicato[499]: si tratta pur sempre di un procedimento semplificato di cognizione, destinato a realizzare un mutamento dell'assetto giuridico applicabile all'imprenditore fallito, idoneo ad acquisire efficacia di giudicato, e che pertanto dovrà pur sempre garantire almeno un grado di giudizio a cognizione piena ed esauriente[500]. Immutato rimane, pertanto, anche quell'illustre insegnamento che guida alla ricostruzione del procedimento in modo che sia adattato alla sua sostanza e dunque

[497] In merito a queste conclusioni vedi M. MONTANARI, op. ult. cit.

[498] I procedimenti di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione sono ancor meno regolati nel loro svolgimento, vedi I. PAGNI, op. ult. cit.

[499] Non muta anche il dibattito tra chi riteneva il processo un procedimento a cognizione piena e chi lo aveva inquadrato come procedimento camerale, né la discussione tra natura decisoria o meno del provvedimento di apertura del fallimento, oggi della liquidazione giudiziale, vedi I. PAGNI, ibidem, che parla di procedimento semplificato disciplinato nei suoi snodi principali.

[500] Si rimanda alle considerazioni effettuate nel Capitolo Secondo, paragrafi 2.1.1. e 2.1.2.

incanalandovi "il contraddittorio più ricco, l'istruzione probatoria più articolata, la cognizione più completa[501]".

Tra le innovazioni apportate in materia è stata sancita la legittimazione del debitore a stare in giudizio personalmente nel procedimento di liquidazione giudiziale, non volendo imporre di munirsi di un difensore ad un soggetto che già si trova nell'incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni[502], e si è intervenuti in merito al decreto di rigetto, con cui il tribunale respinge la domanda di apertura della liquidazione giudiziale e contro cui può essere promosso reclamo entro trenta giorni dalla comunicazione effettuata alle parti dal cancelliere, secondo quanto disposto dal Codice della crisi.

Il legislatore ha stabilito per il reclamo contro il decreto di rigetto regole proprie, diverse dal reclamo contro la sentenza che apre la liquidazione giudiziale[503], dal momento che, mentre quest'ultimo vede la stessa disciplina che in precedenza era dettata dall'art. 18, l. fall., per il reclamo contro il decreto di rigetto l'art. 50, comma 2, stabilisce che la Corte di appello provvede in camera di consiglio, sentite le parti, e richiama espressamente le sole disposizioni degli artt. 737 e 738 c.p.c.

Questa marcata difformità di disciplina, che adotta solo per il reclamo contro il provvedimento di rigetto della domanda di liquidazione giudiziale l'*iter* povero di regole del rito camerale e che è confermata anche dalla non ricorribilità in Cassazione del decreto della Corte di appello che rigetta tale reclamo[504], rende evidente l'intenzione del

---

[501] L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, I procedimenti camerali decisori …,* cit., p. 124 e ss., che richiama a sua volta la lezione di Augusto Cerino Canova, vedi anche il Capitolo Secondo, paragrafo 2.1.

[502] Art. 40, comma 4, Codice della crisi. A tutela del diritto di difesa appare però opportuna l'assistenza tecnica di un difensore, vedi I. PAGNI, op. ult. cit.

[503] Mentre in precedenza l'art. 22, l. fall., conteneva una disciplina meno articolata per il reclamo contro il decreto di rigetto, ma rimaneva applicabile in via analogica la disciplina dettata per il reclamo contro la sentenza di fallimento, secondo C. CECCHELLA, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento,* cit., p. 159.

[504] L'art. 50, comma 4, sancisce che "Il decreto della corte di appello che rigetta il reclamo non è ricorribile per cassazione, è comunicato dalla cancelleria alle parti del procedimento in via telematica, al debitore, se non costituito, ai sensi dell'articolo 40,

legislatore di accedere a quell'opinione giurisprudenziale che ha sempre scorto nel decreto di rigetto della domanda di fallimento un provvedimento non decisorio e ha sempre sostenuto in tal caso la libera riproposizione della domanda di fallimento[505]. Permane la difficoltà del considerare non decisorio il provvedimento anche nella parte in cui statuisce sulla condanna alle spese o al risarcimento del danno per responsabilità aggravata[506] ex art. 96 c.p.c., condanna che il debitore non può chiedere in un separato giudizio ex art. 50, comma 3, Codice della crisi.

Un'ulteriore differenza da segnalare rispetto al regime precedente attiene alla competenza della Corte di appello che accoglie il reclamo contro il provvedimento di rigetto di dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale con sentenza, rimettendo gli atti al tribunale solo per i provvedimenti conseguenti, tra cui la nomina del giudice delegato, del curatore e la fissazione del luogo, giorno e ora dell'udienza di accertamento dello stato passivo[507].

In relazione invece al procedimento di reclamo contro la sentenza che apre la liquidazione giudiziale, è agevole accorgersi come la *reductio ad unum* auspicata e non attuata in fase di accesso alle procedure concorsuali sia avvenuta in fase di impugnazione contro la sentenza di liquidazione giudiziale, la sentenza che decide sull'omologazione del

---

commi 5, 6 e 7 ed è iscritto immediatamente nel registro delle imprese nel caso di pubblicità della domanda".

[505] Confermato anche da I. PAGNI, op. ult. cit.

[506] Sono ancora attuali le considerazioni di F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione ...,* cit., p. 380, dove affermava che la pronuncia della corte di appello in sede di reclamo avverso il decreto di rigetto incide sicuramente su diritti soggettivi nella parte in cui regola le spese e che pertanto doveva poter essere impugnata col ricorso in Cassazione.

[507] E le altre disposizioni dettate con la sentenza dichiarativa della liquidazione giudiziale ai sensi dell'art. 49, comma 3, Codice della crisi. Non è più il tribunale a valutare autonomamente la fattispecie, tenendo conto delle sopravvenienze intervenute, come accadeva in precedenza, vedi C. CECCHELLA, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento,* cit., p. 183. Contro la sentenza è ammesso poi ricorso in Cassazione, ex art. 50, comma 5.

concordato preventivo e la sentenza che pronuncia sull'omologa degli accordi di ristrutturazione[508].

Conformemente alla richiesta della legge delega di armonizzazione del regime delle impugnazioni[509], quale che sia la sentenza impugnata si è delineato un percorso unitario, il reclamo previsto dall'art. 51, Codice della crisi, che ricalca lo schema dettato dall'art. 18, l. fall., uscendone intatti i termini e le modalità di svolgimento del giudizio, nella sua fase introduttiva, istruttoria e decisoria, così come l'apertura ai *nova*[510] e la legittimazione a reclamare di qualunque interessato nel caso del reclamo contro la sentenza di liquidazione giudiziale.

Nella disciplina attuale residua semmai un problema di raccordo per quel che riguarda la reclamabilità nel termine di quindici giorni del decreto che dichiara inammissibile l'apertura del concordato, secondo un procedimento che si svolge in base agli artt. 737 e 738 c.p.c., e la reclamabilità nel termine di trenta giorni della sentenza che apre la liquidazione giudiziale, alla cui pronuncia il tribunale può giungere, su istanza di parte, una volta accertata la mancanza delle condizioni per l'ammissibilità del concordato[511]. Taluno ha sostenuto allora che il termine di quindici giorni non operi nel caso in cui il decreto sia accompagnato dalla dichiarazione di liquidazione giudiziale e che i

---

[508] In tal senso M. MONTANARI, *Il cosiddetto procedimento unitario ...,* cit., e S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019, Capitolo II*, Cedam, Milano, 2019. Il decreto di inammissibilità della proposta di concordato invece può essere impugnato secondo un procedimento analogo al reclamo contro il provvedimento di rigetto della domanda di liquidazione giudiziale, delineato dall'art. 47, comma 4, Codice della crisi.

[509] Legge delega n. 155/2017, art. 2, comma 1, lettera d).

[510] Nel senso di nuove eccezioni e nuove prove, secondo quanto ritiene C. CECCHELLA, *Diritto fallimentare*, Università di Pisa, inedito, 2019.

[511] Secondo quanto disposto dall'art. 47, comma 3, Codice della crisi, mentre il successivo comma 4 prevede che "Il decreto di cui al comma 3 è reclamabile dinanzi alla corte di appello nel termine di quindici giorni dalla comunicazione. La corte di appello, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con decreto motivato. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli 737 e 738 del codice di procedura civile."

motivi di doglianza contro il decreto vengano assorbiti dal reclamo proposto contro la liquidazione giudiziale[512].

In ogni caso il legislatore della riforma ha senz'altro rafforzato il raccordo tra concordato preventivo, liquidazione giudiziale e accordi in sede impugnatoria, raccordo che in passato aveva messo in luce varie criticità del sistema, a cui avevano tentato di dare risposta recenti sentenze della Cassazione[513]. In primo grado la corte si era figurata che la domanda di concordato preventivo non impedisse la prosecuzione del giudizio di fallimento[514], impedendo solo temporaneamente la dichiarazione di insolvenza, nondimeno una volta che il giudizio di concordato si fosse chiuso in primo grado con un esito negativo poteva certamente giungersi alla sentenza dichiarativa di fallimento[515], quand'anche fosse stata poi sollevata l'impugnazione contro il diniego del concordato. Nell'ottica di un'armonizzazione del sistema la Cassazione era arrivata allora a puntualizzare che il reclamo contro la sentenza di fallimento avrebbe dovuto rendere inammissibili "le impugnazioni autonomamente proponibili contro il decreto di rigetto della domanda di omologazione del concordato o degli accordi e i motivi di impugnazione proposti contro il diniego di omologazione avrebbero

---

[512] Vedi I. PAGNI, op. ult. cit., che sottolinea appunto la problematica in esame.

[513] Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 10 aprile 2017, n. 9146, in *Dir. fall.*, 2017, 1198 ss., nonché Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 28 dicembre 2016, n. 27073.

[514] Anche De Santis ricorda che secondo la giurisprudenza non sussisteva il diritto del debitore ad ottenere un differimento della trattazione o l'improcedibilità della domanda di fallimento e per attuare il coordinamento propende guarda con favore alla prassi di riservare la decisione sulla domanda di fallimento, F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 207-220.

[515] E così era previsto che il tribunale dichiarasse il fallimento su istanza degli interessati una volta pronunciato il decreto di inammissibilità della proposta di concordato, secondo l'art. 162, l. fall., o pronunciata la revoca dell'ammissione al concordato, secondo l'art. 173 l. fall., o se non si fossero raggiunte le maggioranze richieste per l'approvazione da parte dei creditori, secondo l'art. 179, l. fall., o una volta pronunciato il decreto che respinge l'omologa del concordato, secondo l'art. 180, l. fall. Per pronunciare la sentenza di fallimento non si doveva attendere l'esito delle impugnazioni del decreto che pronunciava in merito al concordato, secondo quanto stabilito dalla Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 15 maggio 2015, n. 9935.

dovuto essere necessariamente riproposti contro la sentenza di fallimento[516]."

3.1.2. Passi avanti in tema di garanzie ed esigenze di tutela delle parti

Come abbiamo evidenziato la Suprema corte aveva avuto modo di occuparsi del raccordo tra le varie soluzioni di regolazione della crisi e dell'insolvenza sotto la legge fallimentare precedente, tuttavia residuavano alcune problematiche in materia, nello specifico legate all'efficacia immediata della sentenza dichiarativa di fallimento e all'efficacia della sua revoca solo dal momento del passaggio in giudicato: basta pensare al grave pregiudizio subito dal debitore che si fosse visto negare in prima battuta l'ammissione o l'omologa del concordato preventivo in continuità, con contestuale dichiarazione di fallimento e si fosse visto poi restituire il proprio patrimonio al momento del passaggio in giudicato della sentenza fallimentare di revoca, quando ormai il patrimonio fosse stato irreversibilmente modificato[517].

Nel caso in cui il debitore, impugnando l'esito negativo della procedura di concordato, avesse ottenuto da parte del giudice del reclamo oltre alla revoca del fallimento anche l'omologazione del concordato, comunque doveva ritenersi che il fallimento venisse meno solo col passaggio in giudicato della sentenza di revoca e rimaneva d'altro canto l'incertezza su che efficacia attribuire alla pronuncia di omologa ottenuta in secondo

[516] Vedi I. PAGNI, op. ult. cit., che ripercorre le tappe determinate dalle sentenze della Corte di Cassazione, in particolare vedi Cassazione, Sezioni Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521. Con il reclamo contro la sentenza di fallimento inoltre potevano essere proposte censure in merito al provvedimento di inammissibilità della proposta, autonomamente non impugnabile secondo la precedente legge fallimentare.

[517] Vedi anche il Capitolo Secondo, paragrafo 2.2.2, e I. PAGNI, op. ult. cit., che ricorda come gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento si conservassero fino al passaggio in giudicato della sentenza di riforma.

grado[518]. Uguali difficoltà si presentavano per l'eventualità che la corte di appello in sede di reclamo contro il decreto di omologa del concordato avesse rigettato l'omologa e rinviato al tribunale per la dichiarazione di fallimento, poiché ci si chiedeva se la pronuncia della corte caducasse immediatamente l'efficacia del decreto di omologa o solamente dopo il suo passaggio in giudicato[519].

Non a caso la legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, oltre all'armonizzazione del regime delle impugnazioni, ha avuto particolare riguardo anche per l'efficacia "delle pronunce rese avverso i provvedimenti di apertura della procedura di liquidazione giudiziale ovvero di omologazione del concordato[520]".

Relativamente all'efficacia della sentenza che dichiara la liquidazione giudiziale il Codice ha mantenuto l'efficacia immediata sin dalla data di pubblicazione nei confronti delle parti e dalla data di iscrizione nel registro delle imprese nei confronti dei terzi, secondo quanto dispone l'art. 49, comma 4, e ha replicato la stessa efficacia per la sentenza di omologa del concordato o degli accordi di ristrutturazione[521].

Per quanto riguarda l'efficacia della sentenza che revoca la liquidazione giudiziale, in assenza di una disposizione simile a quella che riguarda l'efficacia del provvedimento che apre la liquidazione e tenuto conto che gli organi della procedura restano in carica fino alla definitività della pronuncia[522], deve ritenersi che i suoi effetti si producano dal momento del passaggio in giudicato come nel caso delle altre sentenze costitutive[523], trovandoci di fronte alla necessità di bilanciare gli interessi

---

[518] E così il curatore si trovava di fronte alla richiesta del debitore della restituzione del patrimonio per dare corso al concordato e allo stesso tempo si trovava ancora in pendenza degli effetti della procedura fallimentare, come ricorda I. PAGNI, op. ult. cit.

[519] Sempre I. PAGNI, op. ult. cit. Le stesse perplessità si determinavano anche per gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

[520] Legge delega n. 155/2017, art. 2, comma 1, lettera d).

[521] Art. 48, comma 6, Codice della crisi.

[522] Secondo l'art. 53, comma 1, Codice della crisi.

[523] In tal senso si esprimono C. CECCHELLA, *Diritto fallimentare*, Università di Pisa, inedito, 2019 e S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza …*, cit.

del debitore, che potrebbe trovarsi in questo lasso di tempo gravemente pregiudicato dagli atti compiuti dagli organi della procedura, e la certezza del diritto, perché alla revoca della liquidazione potrebbe sempre seguire la sua riforma in Cassazione e se la revoca avesse efficacia immediata si determinerebbe in questo modo un'altalena pregiudizievole di effetti. Un miglioramento di questo inevitabile bilanciamento si è registrato con la previsione di un'anticipazione degli effetti della sentenza di revoca[524], dal momento che l'art. 53, comma 2, consente oggi al fallito di rientrare nell'amministrazione dei beni e nell'esercizio dell'impresa, sotto il controllo del curatore, a partire dalla pubblicazione della sentenza[525].

Gli atti di straordinaria amministrazione dovranno in ogni caso essere autorizzati dal tribunale su parere del curatore, pena la loro inefficacia rispetto ai terzi, e sicuramente il tribunale dovrà tener conto anche degli svantaggi che la massa dei creditori potrebbe subire, anche considerato che il legislatore considera prededucibili i crediti sorti per effetto degli atti legittimamente compiuti dal debitore[526]. In questo lasso di tempo, inoltre, il debitore dovrà adempiere ad obblighi informativi periodici sulla gestione dell'impresa e depositare periodicamente una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'attività, essendo sanzionata la violazione degli obblighi con l'impossibilità di compiere ulteriormente atti di amministrazione ordinaria e straordinaria[527]. Gli obblighi informativi, l'autorizzazione del tribunale

---

[524] C. CECCHELLA, *Diritto fallimentare*, Università di Pisa, inedito, 2019, rileva un'anticipazione degli effetti della sentenza di revoca. Vedi anche I. PAGNI, op. ult. cit.

[525] Art. 53, comma 2, Codice della crisi.

[526] Vedi anche S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza …*, cit. Anche sotto il regime precedente si sottolineava che se la sentenza di revoca avesse restituito immediatamente la disponibilità del patrimonio al fallito e poi fosse stata caducata in cassazione i creditori avrebbero potuto essere pregiudicati dagli atti di disposizione compiuti.

[527] Art. 53, comma 2, 3 e 4, Codice della crisi.

e il controllo del curatore si protrarranno finché la sentenza di revoca non passa in giudicato.

Certamente anticipare alcuni degli effetti della revoca della liquidazione giudiziale, restituendo al debitore l'amministrazione del suo patrimonio e l'esercizio dell'impresa, di cui era stato privato con la sentenza di apertura della procedura[528], e disponendo allo stesso tempo il controllo costante da parte del curatore e del tribunale, attenua i gravi ed irreversibili effetti che il debitore poteva subire precedentemente attendendo il tempo necessario per il prodursi dell'efficacia della sentenza di revoca, durante il quale avrebbe visto continuare indisturbata la procedura fallimentare e avrebbe visto compromessa ogni capacità di continuare l'attività di impresa[529]. Nulla è detto sugli altri effetti della sentenza che revoca la liquidazione giudiziale, come l'improcedibilità delle liti che presuppongono in atto la procedura, per cui si ritiene che si producano al momento del suo passaggio in giudicato[530].

È vero che ancora oggi la revoca fa salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura[531] per la basilare esigenza di garantire la certezza del diritto, e quindi gli atti di liquidazione già realizzati, così come lo scioglimento dei rapporti contrattuali,

---

[528] Che ha gli stessi effetti del regime previgente nei confronti dei creditori, del debitore e dei terzi. Lo spossamento del debitore è oggi previsto dall'art. 142, Codice della crisi.

[529] Per i gravi effetti determinati dalla sentenza di fallimento, oggi di liquidazione giudiziale, e dall'efficacia della sentenza di revoca solo al momento del suo passaggio in giudicato si rimanda al Capitolo Secondo, paragrafo 2.2.2.

[530] Probabilmente dovranno poter continuare le liti attive e passive pendenti fino al passaggio in giudicato della revoca, anche perché per quelle azioni volte a recuperare beni all'attivo c'è il rischio che si produca la prescrizione o la decadenza, secondo quanto evidenziava F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 528. Si evita così un'altalena di effetti di difficile soluzione, anche se certamente si rischia di andare in direzione di una diseconomia di quei giudizi, però del resto nulla dice del resto la nuova disposizione in merito ai rapporti e alla legittimazione processuale, né agli altri effetti prodotti dalla revoca, come la possibilità per i creditori di esercitare azioni esecutive e cautelari. Per gli effetti della revoca vedi C. CECCHELLA, *Il processo per la dichiarazione …,* cit., p. 179. Per l'altalena di effetti che si determinerebbe con l'efficacia immediata della revoca vedi G. BETTAZZI, *L'efficacia e gli effetti della riforma della sentenza …,* cit.

[531] Come attualmente previsto dall'art. 53, comma 1, Codice della crisi.

automatico o disposto dal curatore, e le obbligazioni già assunte, dal momento che il giudizio di reclamo contro la sentenza di liquidazione giudiziale non sospende di per sé l'efficacia della sentenza, secondo quanto dettato dall'art.51, comma 4. Tuttavia, se in precedenza poteva essere ottenuta solamente la sospensione della liquidazione dell'attivo nel corso del giudizio di reclamo contro la sentenza di fallimento, un'ulteriore attenuazione dei danni gravi che derivano dagli effetti immediati della sentenza di liquidazione ingiustamente dichiarata è data dalla possibilità della corte di appello di "sospendere, in tutto o in parte o temporaneamente, la liquidazione dell'attivo", ma anche "la formazione dello stato passivo" e in modo più generico[532] "il compimento di altri atti di gestione[533]", su istanza di parte o del curatore. Questa possibilità raggiunge un nuovo punto di equilibrio tra la necessità di portare avanti la risoluzione dell'insolvenza in modo celere, per l'urgenza che porta con sé, e la tutela dell'imprenditore, che durante il giudizio di impugnazione può essere fatalmente danneggiato non soltanto dagli atti di liquidazione dell'attivo ma anche da tutti gli altri atti di gestione compiuti dal curatore. In ogni caso va detto che la sospensione non opera automaticamente, ma può essere ottenuta purché ricorrano gravi e fondati motivi, configurando una misura dunque latamente cautelare[534]. Può sorgere un dubbio sull'utilità di sospendere la formazione dello stato passivo, in quanto procedimento ad efficacia endo-fallimentare, che forse dovrebbe continuare per non perdere tempo e assicurare una rapida risoluzione dello stato di insolvenza se poi fosse riformata la revoca della liquidazione.

---

[532] Resterà da chiarire cosa è ricompreso nella formula generica degli altri atti di gestione e in tal senso escludono che vi rientri la custodia e l'amministrazione dei beni S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza …*, cit.

[533] Art. 52, comma 1, Codice della crisi. L'art. 52 fissa le modalità procedimentali per la decisione sull'istanza. La misura che decide sull'inibitoria speciale non è reclamabile né ricorribile per Cassazione.

[534] Vedi I. PAGNI, op. ult. cit. Per quanto la gravità dei pericoli che discendono dagli effetti della sentenza dichiarativa di liquidazione giudiziale impugnata è in *re ipsa*, come ritiene C. CECCHELLA, *Diritto fallimentare*, Università di Pisa, inedito, 2019.

Certo è che non è stata colta l'occasione per prevedere un rimedio inibitorio nel caso in cui il reclamo contro la sentenza di liquidazione giudiziale si concluda con un rigetto e il provvedimento di rigetto venga impugnato col ricorso in Cassazione, dove la parte non avrà a disposizione nessun tipo di strumento che la tuteli contro i pregiudizi connessi alla liquidazione giudiziale, nonostante potrebbe rivelarsi solo provvisoriamente soccombente[535].

Qualora venga proposto reclamo contro la sentenza di omologa del concordato o dell'accordo il giudice può provvedere allo stesso modo, ordinando l'inibitoria, anche parziale o temporanea, dell'attuazione del piano o dei pagamenti[536] come misura in senso lato cautelare a tutela dei creditori, che nel mentre esperiscono l'impugnazione potrebbero trovarsi pregiudicati dall'adempimento di quanto previsto nella proposta e nel piano o nell'accordo[537]. Giunti all'esito del giudizio di reclamo la corte potrebbe revocare l'omologazione e dichiarare aperta su istanza di parte la liquidazione giudiziale, che spiegherà la sua efficacia sin dalla pubblicazione della sentenza, rimettendo al tribunale i provvedimenti conseguenti. Opportunamente si prevede che in questa situazione il debitore possa ottenere dal tribunale la sospensione dei termini per proporre le impugnazioni dello stato passivo e dell'attività di liquidazione in presenza di gravi e giustificati motivi, finché la sentenza di revoca dell'omologa non passa in giudicato[538], così da non determinare situazioni incompatibili con la sua riforma in Cassazione[539]

---

[535] Anzi l'art. 51, comma 14, Codice della crisi dispone che il ricorso per Cassazione non sospende l'efficacia della sentenza e non prevede nessun rimedio analogo a quello posto dall'art. 373 c.p.c. Anche I. PAGNI, ibidem, mette in evidenza la mancanza di un rimedio in tal senso.

[536] Art. 52, comma 1, Codice della crisi.

[537] Vedi S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza …*, cit.

[538] Art. 53, comma 5 e 6, Codice della crisi. Il comma 5 prevede in particolare che restano salvi gli atti compiuti legittimamente dal debitore e dagli organi della procedura prima della revoca.

[539] Come evidenzia I. PAGNI, op. ult. cit.

e tenuto conto che nel corso del giudizio in Cassazione non si avrebbe a disposizione alcun tipo di misura inibitoria.

Se questo è quanto avviene nel giudizio di reclamo ex art. 51 e ss., Codice della crisi, nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale, come anche del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione, a tutela delle parti è stata riproposta la possibilità per il tribunale di adottare misure cautelari, contenuta previamente nell'art. 15, l. fall. La formula generica contenuta nella legge fallimentare, che si esprimeva in termini di "provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del procedimento" aveva consentito di applicare misure dal contenuto più vario, da quelle tradizionali fino alla nomina di un amministratore che affiancasse l'imprenditore nella gestione del patrimonio[540]. La formulazione del Codice della crisi si riferisce espressamente ai "provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti[541]", che potranno essere emessi dal giudice monocratico, sentite le parti, procedendo nel modo più opportuno, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio oppure anche *inaudita et altera parte* per poi essere modificati, revocati o confermati nel contraddittorio tra le parti, secondo quanto dispone l'art. 55, Codice della crisi[542].

---

[540] Vedi M. FABIANI, *Le misure cautelari nel codice della crisi*, in *Foro.it*, 2019, V, col. 188.

[541] Art. 54, comma 1, Codice della crisi. Dovrà sempre essere rispettato il principio della domanda.

[542] L'art. 55, Codice della crisi, delinea il procedimento per l'adozione delle misure cautelari e prevede che il giudice in caso di concessione della misura *inaudita et altera parte* fissi l'udienza davanti a sé per la conferma, revoca o modifica del provvedimento. Per le misure protettive il suddetto articolo prevede che il giudice provveda alla conferma o alla revoca entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese, stabilendone la durata.

La riforma chiarisce l'atipicità dei provvedimenti[543] che potranno essere richiesti, dal sequestro conservativo fino alla specificazione di poter richiedere la nomina di un custode, che taluni leggono più come la nomina di un amministratore giudiziario, seppure le sue attribuzioni debbano essere in ogni caso delimitate dal tribunale[544], e che potranno intervenire per "la conservazione del valore dell'impresa funzionalizzato a garantire il migliore interesse dei creditori[545]".

Un'ulteriore novità sta nel porre le misure come strumentali non solo alla dichiarazione di insolvenza, ma anche alle procedure di regolazione concordata della crisi e così potranno essere richieste dal debitore quando domanda l'accesso al concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione, insieme o in alternativa alle misure protettive, che evitano che le azioni esecutive o cautelari di singoli creditori possano pregiudicare l'esito delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, disgregando il patrimonio. Le misure protettive, efficaci dal momento di pubblicazione della domanda di accesso alla procedura nel registro delle imprese, sono attualmente soggette a conferma da parte del tribunale in veste monocratica e non si esclude che possano essere domandate dal debitore anche nel procedimento di liquidazione giudiziale, per inibire "la potenziale disgregazione patrimoniale o aziendale che potrebbe aversi, nelle more del giudizio, se i beni e i valori che l'impresa esprime fossero esposti al rischio di iniziative individuali da parte dei creditori.[546]"

---

[543] Così ritiene anche I. PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Società*, 2019, 4, p. 438.

[544] Propende per tale soluzione M. FABIANI, op. ult. cit., pur riconoscendo la difficoltà insita nella nomina di un amministratore del patrimonio e dell'impresa quando ancora il debitore si trova *in bonis.* In senso contrario I. PAGNI, ibidem. Le misure non potranno comunque giungere fino al punto di anticipare gli effetti costitutivi della sentenza che apre la liquidazione o omologa il concordato o gli accordi, per esempio dichiarando provvisoriamente aperta la liquidazione giudiziale, secondo l'opinione dottrinale formatasi fino ad oggi. Così anche I. PAGNI, ibidem.

[545] M. FABIANI, ibidem.

[546] I. PAGNI, op. ult. cit. Anche M. FABIANI, ibidem, ritiene che siano concedibili nel procedimento di apertura della liquidazione giudiziale. Del resto l'art. 54, comma 2 si limita a prevedere che possano essere richieste con la domanda di cui all'art. 40.

Ambedue le misure, cautelari e protettive, possono essere accordate anche dalla corte di appello nel procedimento di reclamo contro il decreto che ha rigettato l'istanza di liquidazione giudiziale[547], come strumento per evitare che nel frattempo vi sia una dispersione del patrimonio ad opera degli atti di disposizione dell'imprenditore o delle azioni intraprese dai suoi creditori.

3.1.3. Le soluzioni (problematiche) in tema di accertamento del passivo

In merito al processo di accertamento del passivo, regolato oggi dagli artt. 200 – 210 del Codice della crisi, è stato riprodotto il principio di esclusività dell'accertamento per tutti i creditori, nonché i titolari di diritti reali o personali, mobiliari o immobiliari, che vogliano vedere riconosciuta la propria pretesa all'interno della procedura di liquidazione giudiziale[548].

La legge delega del 2017 in materia di riforma delle procedure concorsuali si proponeva di improntare il procedimento ad una maggiore snellezza, rapidità e concentrazione, non solo ma anche tramite l'agevolazione della presentazione telematica delle domande di verifica, la limitazione dell'ammissibilità delle domande tardive, l'introduzione di preclusioni davanti al giudice delegato, la previsione di forme semplificate per le domande di minore complessità e la stabilità delle decisioni relative ai diritti reali immobiliari[549].

---

[547] Secondo l'art. 55, comma 5.

[548] L'art. 151, comma 1, Codice della crisi, sancisce l'apertura del concorso tra i creditori con la sentenza che dichiara la liquidazione giudiziale, mentre il comma 2 prevede che "Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o prededucibile, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo III del presente titolo, salvo diverse disposizioni della legge."

[549] Art 7, comma 8, lettere a) – g), legge delega n. 155/2017.

Quanto alle domande di minore complessità, alle preclusioni e alle modalità telematiche la disciplina è rimasta invariata rispetto al regime fissato dalla legge fallimentare[550], non avendo dato il Governo del tutto attuazione al disegno contenuto nella legge delega, mentre tra le innovazioni apportate dalla riforma è stata introdotta la possibilità di insinuarsi al passivo – non sempre riconosciuta invece dalla giurisprudenza formatasi in precedenza, non trattandosi di creditori diretti del fallito[551] – anche per i creditori garantiti da ipoteca su beni compresi nel fallimento per debiti altrui, che potranno domandare di partecipare alla ripartizione delle somme ricavata dalla liquidazione del bene[552], e probabilmente la stessa possibilità potrà essere estesa ai creditori garantiti da pegno per debiti altrui[553].

Nell'ottica di imprimere una maggiore accelerazione al procedimento di verifica del passivo sono stati poi ridotti i termini per presentare domande tardive e ultratardive, così il creditore o il titolare di diritti reali o personali potrà fare domanda di insinuazione tardiva oltre il termine di trenta giorni anteriori all'udienza fissata per l'accertamento, ma non oltre il termine di sei mesi dal deposito del decreto che dà esecutività allo stato passivo[554], a meno che non provi che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile, potendo in tal caso presentare domanda ultratardiva fino al momento in cui non sono esaurite le ripartizioni dell'attivo, ma entro sessanta giorni dalla cessazione della causa del

---

[550] Come rileva G. BILÒ, *Codice della crisi di impresa: l'accertamento del passivo nella liquidazione giudiziale*, in *Quotidiano giuridico*, 2019.

[551] Vedi ibidem, che riporta l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione in tal senso.

[552] Secondo l'art. 201, comma 1, Codice della crisi. Vedi S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, Capitolo V, La liquidazione giudiziale*, cit., che precisano che così il creditore avrà modo di partecipare all'attivo solo sul bene coperto dalla garanzia.

[553] Vedi A. SALETTI, *La tutela giurisdizionale nella liquidazione giudiziale*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 3/4, 2018, p. 635, che estende la stessa possibilità anche al creditore garantito da pegno su un bene dell'imprenditore per debito altrui.

[554] Il termine di sei mesi può essere prorogato a 12 mesi da parte del tribunale, secondo l'art. 208, comma 1, Codice della crisi.

ritardo[555]. Non sarà più sufficiente allora che il creditore provi che il ritardo sia dipeso da causa a lui non imputabile per essere ammesso in via ultratardiva al passivo, bensì "gli si impone anche un obbligo di diligenza, quello di attivarsi entro un termine decadenziale[556]".

La novità più rilevante è stata in ogni caso apportata all'efficacia del decreto che dà esecutività allo stato passivo e dei provvedimenti assunti in sede di impugnazione, opposizione e revocazione, con una soluzione che non va esente da dubbi.

Anche la disciplina contenuta nel Codice della crisi[557] dispone che il decreto e le decisioni assunte dal tribunale in esito ai giudizi impugnatori producono effetti solamente ai fini del concorso, riprendendo così l'art. 96, ultimo comma, della legge fallimentare e confermando che il procedimento di accertamento del passivo, avendo ad oggetto un diritto processuale, non conduce alla incontrovertibilità propria del giudicato, ma solamente ad un'efficacia endo-procedimentale. Dovrà allora pur sempre ritenersi che il provvedimento di rigetto o di accoglimento del diritto dei creditori di partecipare al concorso non produca efficacia vincolante al di fuori della procedura di liquidazione giudiziale, potendo ridiscutersi dell'esistenza e dell'ammontare del credito una volta che l'imprenditore sia tornato *in bonis*[558].

L'art. 204, comma 5, tuttavia aggiunge che l'efficacia endoconcorsuale si produce "limitatamente ai crediti accertati ed al diritto di partecipare al riparto quando il debitore ha concesso ipoteca a garanzia di debiti altrui", nell'evidente intento di assicurare la stabilità delle decisioni in materia di diritti reali e personali[559].

---

[555] Art. 208, comma 1 e comma 3, Codice della crisi. Vedi S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, op. ult. cit.
[556] A. SALETTI, op. cit.
[557] Art. 204, comma 5, Codice della crisi.
[558] Le conclusioni sono le stesse che potevano essere dedotte dal regime della legge fallimentare, pertanto si rimanda al Capitolo Secondo, Paragrafo 2.1.3 e 2.1.4.
[559] Vedi S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, op. ult. cit.

La relazione illustrativa del d.lgs. rende manifesta l'intenzione di assicurare autorità di cosa giudicata alle pronunce sulle domande di rivendica o restituzione che hanno ad oggetto diritti reali o personali, su beni mobili o immobili[560], circoscrivendo all'accertamento dei crediti l'efficacia meramente endoconcorsuale del decreto e dei provvedimenti delle fasi impugnatorie[561].

Se questa è l'intenzione non si può non rimanere fortemente perplessi dal garantire l'efficacia di giudicato sostanziale del provvedimento solo per alcuni soggetti e non per altri, distinguendo l'efficacia a seconda del tipo di diritto in esame, tenuto conto che si tratta pur sempre per tutti di un decreto emanato all'esito di un procedimento a cognizione sommaria, per quanto ricostruibile in secondo grado nelle forme della cognizione piena[562].

La vera criticità rimane però nel prospettare che la pronuncia faccia stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa sul diritto reale o personale fatto valere e quindi anche nei confronti del debitore, che seppur parte del rapporto controverso non può partecipare al giudizio di verifica, se non in veste di informatore, né è rappresentato dal curatore, il cui compito principale è la tutela della massa dei creditori, e tantomeno è legittimato a proporre impugnazione o revocazione[563].

Sotto il regime precedente non a caso si osservava che "non svolgendosi alcun contraddittorio nei suoi confronti riconoscere forza di giudicato extra-concorsuale alle pronunce cui tale procedimento venga a mettere capo sarebbe stato in contrasto con i principi del giusto processo[564]".

---

[560] Andando anche oltre quanto disposto dalla delega, che si riferiva solamente ai diritti reali su beni immobili, vedi A. SALETTI, op. cit.

[561] A fronte delle due soluzioni che si contrapponevano in materia, riconoscere sempre efficacia esterna o riconoscere sempre efficacia endoconcorsuale ai provvedimenti sullo stato passivo, ne è stata scelta una terza, come evidenzia A. SALETTI, *La tutela giurisdizionale nella liquidazione giudiziale,* cit.

[562] Si rimanda al Capitolo Secondo, paragrafo 2.1.3. essendo rimasta invariata la disciplina del procedimento in primo grado e nei gradi successivi.

[563] Vedi le considerazioni espresse in base alla legge fallimentare di M. FABIANI, *L'efficacia dello stato passivo ...,* cit. e F. DE SANTIS, *La c.d. degiurisdizionalizzazione ...,* cit.

[564] M. MONTANARI, *Appunti sul processo di fallimento*, cit., p. 33.

Se si considera anche che la legge non sancisce espressamente il giudicato per l'accertamento dei diritti reali o personali vantati dai terzi su beni del fallito, più convincente e più adeguato per salvaguardare l'esigenza di certezza del diritto per i terzi, senza creare un intollerabile *vulnus* al diritto di azione e di difesa del debitore, appare ritenere che il decreto abbia un'efficacia extra-concorsuale non nei confronti dell'imprenditore tornato *in bonis,* ma nei confronti dell'aggiudicatario, a cui "il decreto di accoglimento del ricorso del titolare di un diritto reale immobiliare dovrebbe essere opponibile[565]".

Pertanto, se la domanda presentata dal terzo nell'accertamento del passivo è stata debitamente trascritta e non è stata sospesa la liquidazione del bene, l'aggiudicatario che acquista a titolo derivativo[566] sarà un successore nel diritto controverso e potrà essergli opposta la pronuncia di accoglimento ottenuta, allo stesso modo si dovrà probabilmente ritenere che lui stesso in quanto successore nel diritto controverso possa opporre al terzo la decisione che ha rigettato la domanda di rivendica o restituzione[567].

3.1.4. Il procedimento di chiusura in presenza di giudizi pendenti

Relativamente alle controversie esterne alla procedura di liquidazione giudiziale o extra-concorsuali non si registrano nel Codice della crisi interventi meritevoli di attenzione, pertanto ci limitiamo a segnalare che è stato del tutto riprodotto l'art. 72, comma 5, l. fall. in merito all'azione di risoluzione contrattuale promossa prima dell'apertura della

---

[565] A. VILLA, *La nuova liquidazione giudiziale: effetti per i creditori …,* cit. In senso contrario propendono per l'efficacia di giudicato sostanziale S. DELLA ROCCA, F. GRIECO, op. ult. cit.

[566] Trattandosi di beni mobili, la vendita forzata perfeziona invece un acquisto a titolo originario, vedi A. MOTTO, S. MENCHINI, op. cit., p. 557.

[567] In questo ultimo caso anche quando la domanda non sia stata debitamente trascritta dall'attore. Le stesse considerazioni erano proposte da A. MOTTO, S. MENCHINI, ibidem., in precedenza e possono considerarsi alla luce della riforma ancora attuali.

liquidazione giudiziale, per cui oggi come allora l'azione spiegherà i suoi effetti nei confronti del curatore e dovrà essere proseguita in sede ordinaria, mentre le conseguenti pretese restitutorie dovranno essere domandate in sede di accertamento del passivo, e la stessa soluzione sarà applicabile in generale alle domande costitutive da cui nascono pretese restitutorie o risarcitorie, sulla base dell'elaborazione dottrinale precedente[568].

Se non ci si è adoperati in tema di procedimenti che si innestano nella procedura concorsuale e seguono i tempi del rito ordinario o speciale loro proprio, è stata però mantenuta e integrata dal legislatore la disciplina della chiusura della liquidazione giudiziale in presenza di giudizi pendenti, in base alla convinzione che possa garantire effettivamente la ragionevole durata della procedura ed evitare le condanne risarcitorie per violazione della ragionevole durata[569].

Così l'art. 234, Codice della crisi, detta una regolamentazione dettagliata, superando alcuni dubbi interpretativi nati sotto la corrispondente disposizione della legge fallimentare: innanzitutto è ripetuto che la chiusura della procedura per compiuta ripartizione finale dell'attivo "non è impedita dalla pendenza di giudizi o procedimenti esecutivi, rispetto ai quali il curatore mantiene la legittimazione processuale[570]" ai sensi dell'art. 143, quindi dai giudizi relativi a rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento e poi viene precisato dall'art. 236, comma 2, che per effetto della chiusura non proseguiranno

---

[568] Oggi è disposto dall'art. 172, comma 5, Codice della Crisi. Si rimanda al Capitolo Secondo, paragrafo 2.3.2.

[569] Come si legge in L. FANTOZZI, *Metamorfosi della liquidazione giudiziale attraverso la nuova chiusura anticipata ex art. 234 CCII,* in https://www.osservatorioooci.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=728:metamorfosi-della-liquidazione-giudiziale-attraverso-la-nuova-chiusura-anticipata-ex art-234-ccii&Itemid=1106.

[570] Art. 234, comma 1, Codice della crisi. La chiusura della procedura ancora oggi deve ritenersi possibile anche in pendenza di liti attinenti alla formazione definitiva dello stato passivo, secondo quanto disposto oggi dall'art. 232, comma 2, Codice della crisi.

le azioni esperite dal curatore per l'esercizio dei diritti derivanti dalla procedura, tranne che nel caso di chiusura previsto appunto dall'art. 234. I giudizi in presenza dei quali è ammessa la chiusura della liquidazione giudiziale per ripartizione finale dell'attivo, pertanto, saranno non solo i giudizi che potevano essere rinvenuti nel patrimonio del fallito a prescindere dall'apertura della procedura concorsuale – pacificamente ammessi anche in passato – ma anche i giudizi di pertinenza della massa[571], conformemente a quanto richiesto dalla legge delega n. 155/2017, che chiedeva di integrare la disciplina relativa alla chiusura con giudizi pendenti al fine di accelerare la procedura "specificando che essa concerne tutti i processi nei quali è parte il curatore, comprese le azioni per l'esercizio dei diritti derivanti dalla liquidazione giudiziale[572]."

Posto che in precedenza taluni erano orientati nell'escludere la chiusura del fallimento in caso di giudizi che avrebbero potuto portare ad acquisire un bene all'attivo e ad una successiva attività di liquidazione del bene, per poi ripartire il ricavato tra la massa dei creditori, il regime attuale ha ulteriormente puntualizzato che la legittimazione del curatore concerne anche i procedimenti, compresi quelli cautelari ed esecutivi, strumentali ad attuare le decisioni favorevoli alla liquidazione giudiziale[573] e che possono rendersi necessarie ulteriori attività liquidatorie[574].

Il tribunale con il decreto di chiusura dovrà stabilire le modalità per effettuare i riparti supplementari delle somme ottenute dal curatore e le disposizioni necessarie per il deposito di rapporti riepilogativi del curatore, che contengono le attività svolte, il conto della sua gestione e gli estratti conto della procedura e dovranno essere presentati al giudice

[571] Su cui in passato si registravano opinioni dissenzienti, perché il precedente art. 120, comma 2, l. fall. si limitava a stabilire che con la chiusura non potevano proseguire le azioni di massa, senza stabilire un'eccezione per il caso di chiusura in presenza di giudizi pendenti. Oggi, invece, dovranno essere ammessi, vedi L. FANTOZZI, op. cit.
[572] Art. 7, comma 10, lettera b), legge n. 155/2017.
[573] Vedi L. FANTOZZI, op. cit.
[574] Art. 234, comma 6, ultima parte, Codice della crisi.

delegato, di un supplemento di rendiconto, del riparto supplementare e del rapporto riepilogativo finale.
Si conferma così l'ultrattività degli organi della procedura di liquidazione giudiziale, in quanto il curatore e il giudice delegato resteranno in carica ai fini di quanto previsto per la prosecuzione dei giudizi pendenti e per svolgere le ulteriori attività liquidatorie e le ulteriori ripartizioni che si rendano necessarie all'esito di quei giudizi. La riprova del fatto che la procedura in realtà è ancora in essere, nonostante la finzione giuridica ottenuta col decreto di chiusura, sta nel fatto che si prevede un provvedimento ulteriore, il decreto di archiviazione, che verrà emesso dal tribunale su istanza del curatore, una volta definiti i giudizi e i procedimenti pendenti ed effettuati i riparti, e che stavolta sì sancirà la vera e propria conclusione della procedura[575].

3.2. Considerazioni conclusive

In conclusione la ricerca del "punto di congiunzione tra l'esigenza di un processo rapido ed efficiente (…) e l'esercizio effettivo del diritto di difesa e del contraddittorio[576]" portata avanti dal Codice della crisi e dell'insolvenza ha seguito il percorso tracciato in precedenza dalla legge fallimentare e non ha abbandonato il processo semplificato per la realizzazione della tutela decisoria, né lo ha consapevolmente inserito in una vicenda cognitiva più ampia a cognizione piena o si è posta coscientemente il problema della correlazione imprescindibile tra cognizione piena e giudicato, lasciando ancora una volta all'interprete la quadratura del sistema.

[575] Riconosce che la conclusione ed estinzione della procedura si produca con il decreto di archiviazione e non con quello di chiusura nel caso dell'art. 234 L. FANTOZZI, op. cit. Niente è stabilito sulla sua reclamabilità.
[576] F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 21.

È l'ulteriore conferma della convinzione del legislatore che forme processuali duttili e snelle possano portare ad un intervento giurisdizionale celere e tempestivo, al contrario delle formalità che identificano il processo a cognizione piena, in particolare il rito ordinario di cognizione, e che il legislatore non si avvede essere sintomo di garanzie per le parti e per il giudice, perché la vera garanzia deve essere il processo e non il singolo giudice alla cui discrezionalità rimettere la conduzione del procedimento[577].

Per di più non si comprende perché a fronte della crisi del processo a cognizione piena non intervenire direttamente su quel giudizio, invece di creare una moltitudine di modelli processuali sommari – di cui sono solamente un esempio il rito sommario di cognizione del codice di rito, la cameralizzazione del giudizio sui diritti e i riti fallimentari – ancor più dal momento che il giusto processo correlato alla cognizione piena ed esauriente si lega alla predeterminazione legale delle forme e dei termini in cui si snoda l'*iter* processuale e non tanto al contenuto di questa predeterminazione.

Se sono imprescindibili le garanzie sottese al giusto processo regolato dalla legge soprattutto laddove si giunga all'incontrovertibilità propria del giudicato, anche per i riti in materia concorsuale allora occorrerà pur sempre ricostruire il procedimento secondo il massimo di contraddittorio, di prova, di accertamento laddove impartiscano una tutela decisoria, come accade per il processo che apre la liquidazione giudiziale e l'applicazione di un regime giuridico nuovo, quello concorsuale. Rimangono tuttavia pur sempre delle criticità che originano da questa tendenziale semplificazione e deformalizzazione delle modalità di svolgimento del processo, seppure qualche apprezzabile miglioramento si è recentemente registrato nel bilanciamento tra la necessità di garantire la certezza del diritto, la

[577] Come ritiene F. CIPRIANI, *I problemi del processso* …, cit., perché il singolo giudice non è infallibile, tutt'altro.

tempestiva risoluzione della situazione di insolvenza e le esigenze di tutela e garanzie delle parti e dei terzi, soprattutto in merito all'efficacia eccezionale ed *erga omnes* dei provvedimenti che aprono la liquidazione giudiziale e all'efficacia di quelli che la revocano.

D'altra parte il processo semplificato di accertamento del passivo non pone grandi preoccupazioni perché e finché è configurabile come procedimento sommario con efficacia endoprocessuale, nondimeno queste preoccupazioni si ridestano di fronte all'intenzione di inquadrarlo in termini di giudizio parzialmente decisorio, calpestando il diritto di azione e di difesa dell'imprenditore pur di giungere ad una tutela stabile il più rapidamente possibile.

Se l'utilizzo di procedimenti semplificati di cognizione vuole dare risposta all'esigenza primaria di realizzare la ragionevole durata del processo e così è anche per il processo per il processo di fallimento o liquidazione giudiziale e per l'accertamento del passivo, non si può tacere poi che la speditezza, l'accelerazione dei tempi della tutela giurisdizionale non sembra essere stata raggiunta tramite questo espediente, perché perdura il problema dei tempi in cui si snodano le controversie che si innestano nella procedura di liquidazione giudiziale e perché permettere la chiusura della procedura quando ancora pendono giudizi di cui è parte è niente di più e niente di meno che una *fictio iuris.*

In sostanza le criticità dei processi semplificati fallimentari non sono state del tutto ben fronteggiate dal legislatore dell'ultima riforma concorsuale, che anzi in certa misura ne ha create di nuove, ciononostante è vero che i decreti correttivi ed integrativi, che il Governo è stato legittimato ad emanare dalla nuova legge delega 8 marzo 2019, n. 20[578], potrebbero giungere a riequilibrare l'esigenza di far bene e quella di far presto.

[578] L. 8 marzo 2019, n. 20, contenente Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155, che ha legittimato il Governo ad adottare disposizioni correttive

Bibliografia

- ALLORIO ENRICO, Sul doppio grado del processo civile, in Riv. dir. civ., 1982, p. 317.
- ARIETA GIOVANNI, Il rito semplificato di cognizione, in Aperta Contrada, 2009.
- BACCAGLINI LAURA, Revoca del fallimento ed improcedibilità delle liti passive pendenti, in Fallimento, 2018, 11, 1290.
- BALENA GIAMPIERO, Istituzioni di diritto processuale civile, vol. II, Cacucci, 2015.
- BALENA GIAMPIERO, Alla ricerca del processo ideale, tra regole e discrezionalità, in Il giusto processo civile, II, 2018.
- BETTAZZI GIANNINO, L'Efficacia e gli effetti della riforma della sentenza dichiarativa di fallimento, in Fallimento, 2014, 2, p. 163.
- BILÒ GIOVANNA, Codice della crisi di impresa: l'accertamento del passivo nella liquidazione giudiziale, in Quotidiano giuridico, 2019.
- BOCCHINI ROBERTO, Le cessioni in funzione della chiusura anticipata della procedura fallimentare, in Dir. Fall., 2017, 3-4, p. 685.
- BOZZA GIUSEPPE, I principi della formazione dello stato passivo, in Trattato delle procedure concorsuali, II, Milano, 2014.
- CAIAFA ANTONIO, Sulla contestata natura contenziosa del giudizio di opposizione allo stato passivo, in Dir. Fall., 2011.
- CAPONI REMO, Rigidità e flessibilità del processo civile, in Riv. Dir. Proc., 2016, 6, p. 1442.
- CARRATTA ANTONIO, La procedura camerale come contenitore neutro e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori, in Giur. It., 1996, 7.
- CARRATTA ANTONIO, Le condizioni di ammissibilità del nuovo procedimento sommario di cognizione, in Giur. It., 2010, 3.

entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo decreto legislativo adottato in attuazione della l. 155/2017, sempre nel rispetto dei principi e criteri direttivi individuati dalla legge delega del 2017.

- CARRATTA ANTONIO, Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposti dell'istruzione sommaria: prime applicazioni, in Giur. It., 2010, 4.
- CARRATTA ANTONIO, Tutela sommaria come alternativa al processo ordinario ed al giudicato, https://www.academia.edu/20674242/Tutela_sommaria_come_alternativa_al_processo_ordinario_e_al_giudicato.
- CECCHELLA CLAUDIO, Il processo per la dichiarazione di fallimento, Un rito camerale ibrido, Cedam, 2012.
- CECCHELLA CLAUDIO et al., Il processo di fallimento, vol. II, Giappichelli, Torino, 2014.
- CECCHELLA CLAUDIO, Diritto fallimentare, Cedam, Vicenza, 2015.
- CECCHELLA CLAUDIO, Diritto fallimentare, Università di Pisa, inedito, 2019.
- CHIOVENDA GIUSEPPE, Sulla natura contenziosa e sui conseguenti effetti dei provvedimenti emessi dal Tribunale in base all'art 153 del Cod. di Comm., in CHIOVENDA GIUSEPPE, Saggi di diritto processuale civile, I, Roma, 1931.
- CIPRIANI FRANCO, I problemi del processo di cognizione tra passato e presente, in Riv. Dir. Civ., 2003, I.
- COSTANTINO GIORGIO, L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali, Relazione al XXVI Convegno della Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Napoli, 2007.
- COSTANTINO GIORGIO, La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza, in Riv. Dir. Proc., 2015, 3, 646.
- COSTANTINO GIORGIO, Tutela dei diritti e regole del processo, in Riv. Dir. Proc., 2017, 6, p. 1418.
- DE LUCA MICHELE, Giudizio di Cassazione sui vizi processuali, in Lavoro nella Giur., 2018, 4.
- DE SANTIS FRANCESCO, Sulla c.d. degiurisdizionalizzazione del concorso collettivo e sui limiti dei giudicati endofallimentari dopo le riforme, in Riv. Dir. Proc., 2008, 2, p. 367.
- DE SANTIS FRANCESCO, Il processo per la dichiarazione di fallimento, Cedam, Padova, 2012.

- DE SANTIS FRANCESCO, Sull'onere di provare l'ammontare minimo dei debiti per l'apertura della liquidazione giudiziale, in Fallimento, 2018, 1, p. 53.
- DE SANTIS FRANCESCO, Giudizio di verifica del passivo e pretese di tutela dichiarativa e costitutiva, in Fallimento, 2018, 6, p. 665.
- DEL LINZ MANUEL, Post riforme spetta ancora ai portatori di un interesse morale la legittimazione a proporre il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento? in Dir. Fall., 2014, 5, 20448.
- DELLA ROCCA SERGIO, GRIECO FRANCESCO, Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019, Capitolo II, Cedam, Milano, 2019.
- DELLE DONNE CLARICE, I provvedimenti che incidono sull'istanza di fallimento ed il loro regime di impugnazione, in Esecuzione forzata, 2015, 3, p 333.
- DONZELLI ROMOLO, La tutela dei diritti processuali violati nei procedimenti ablativi e limitativi della potestà parentale, in Famiglia e Diritto, 2004, 2, p. 165.
- DONZELLI ROMOLO, Sul giusto processo civile regolato dalla legge, in Riv. Dir. Proc., 2015, 4-5, p. 942.
- FABIANI MASSIMO, L'oggetto del processo per la dichiarazione di fallimento, in Riv. Dir. Proc., 2010, 4, p. 766.
- FABIANI MASSIMO, L'efficacia dello stato passivo, in Fallimento, 2011, 9, p. 1093.
- FABIANI MASSIMO, Le misure cautelari nel codice della crisi, in Foro.it, 2019, V, col. 188.
- FANTOZZI LUCIA, Metamorfosi della liquidazione giudiziale attraverso la nuova chiusura anticipata ex art. 234 CCII, in https://www.osservatoriooci.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=728:metamorfosi-della-liquidazione-giudiziale-attraverso-la-nuova-chiusura-anticipata-ex art-234-ccii&Itemid=1106.
- FERRI CORRADO, La formazione dello stato passivo: procedimento di primo grado e impugnazioni, in Riv. Dir. Proc., 2007, 5, p. 1253.
- FINOCCHIARO GIUSEPPE, Sul reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, in Riv. Dir. Proc., 2016, 6, p. 1660.

- GABOARDI MARCELLO, La tutela del contraddittorio nell'istruttoria prefallimentare, in Fallimento, 2019, 1, p. 30.
- GAMBI LORENZO, La chiusura anticipata del fallimento ex art. 118, comma 2, terzo periodo, legge fallim., in pendenza delle c.d. "azioni di massa", in Dir. Fall., 2017, 5, 1232.
- GHIGNONE FILIPPO, La revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, in Fallimento, 2011, 12, p. 1437.
- IANNELLO EMILIO, Il punto su rito camerale contenzioso e giusto processo civile, in Diritto.it, 2002.
- LANFRANCHI LUCIO, La roccia non incrinata, Costi sociali della crisi della giustizia civile e degiurisdizionalizzazione neoliberista, Giappichelli, Torino, 2004.
- LANFRANCHI LUCIO, La roccia non incrinata, I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali, Giappichelli, Torino, 2004.
- LANFRANCHI LUCIO, La roccia non incrinata, Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti, Giappichelli, Torino, 2004.
- LANFRANCHI LUCIO, La roccia non incrinata, La cameralizzazione del giudizio sui diritti, Giappichelli, Torino, 2004.
- LANFRANCHI LUCIO, La roccia non incrinata, Procedimenti decisori sommari, Giappichelli, Torino, 2004.
- LANFRANCHI LUCIO, La roccia non incrinata, Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari, Giappichelli, Torino, 2004.
- LATELLA DARIO, La cessione delle azioni di pertinenza della massa nel sistema di realizzazione concorsuale dell'attivo, in Dir. Fall., 2014, 1, 10024
- LIEBMAN ENRICO TULLIO, Manuale di diritto processuale civile, Principi, Giuffrè, Milano, 2007.
- LO CASCIO GIOVANNI, Il nuovo fallimento: riflessioni sugli aspetti processuali e sulla disciplina transitoria, in Fallimento, 2006, 7, p. 751.
- LO CASCIO GIOVANNI, Introduzione: una lettura del fallimento in una chiave di efficiente e rapida scansione temporale, in Fallimento, 2010, 9, p 1013.
- LO CASCIO GIOVANNI, L'accertamento del passivo nel fallimento: lineamenti generali, in Fallimento, 2011, 9, p. 1021.

- LOCATELLI FRANCESCA, Brevi note sul rito camerale sui generis per le impugnazioni dello stato passivo, in Dir. Fall., 2014, 1, p. 64.
- LUISO FRANCESCO PAOLO, Gli organi preposti alla gestione della procedura – Il tribunale fallimentare, in CECCHELLA CLAUDIO et al., Il processo di fallimento, Giappichelli, Torino, 2014, p. 165-182.
- LUISO FRANCESCO PAOLO, Diritto processuale civile, I, ottava edizione, Giuffrè, Milano, 2015.
- LUISO FRANCESCO PAOLO, Diritto processuale civile, II, ottava edizione, Giuffré, Milano, 2015.
- LUISO FRANCESCO PAOLO, Diritto processuale civile, III, ottava edizione, Giuffrè, Milano, 2015.
- LUISO FRANCESCO PAOLO, Diritto processuale civile, IV, ottava edizione, Giuffré, Milano, 2015.
- FORNACIARI MICHELE, Ammissibilità del ricorso per Cassazione ex art. 360 bis c.p.c., in Riv. Trim. Dir. Proc., 2013, p. 645.
- MACAGNO GIAN PAOLO, La domanda di rivendica/restituzione, in Fallimento, 2011, 9, p. 1049
- MANDRIOLI CRISANTO, Cosiddetti procedimenti camerali su diritti e ricorso straordinario per cassazione, in Riv. Dir. Proc., 1988, p. 921.
- MARTINO ROBERTO, Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato, in Riv. Dir. Proc., 2015, 4-5, 916.
- MENCHINI SERGIO, I limiti oggettivi del giudicato civile, Milano, 1987, p. 190-191.
- MENCHINI SERGIO, Il giudicato civile, Utet, Torino, 2002.
- MENCHINI SERGIO, Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato, in Riv. Dir. Proc., 2006.
- MENCHINI SERGIO, L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione, in Corriere Giur., 2009, 8, p. 1025.
- MENCHINI SERGIO, Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto, in Foro it., 2015, I, 931.

- MINARDI MIRCO, Il processo sommario di cognizione, in Altalex.com, 2009.
- MONROY GALVEZ J., MONROY PALACIOS J.J., Dal mito del processo ordinario alla tutela differenziata, in Riv. Dir. Proc., 2004, 1, p. 71.
- MONTANARI MASSIMO, Istruttoria prefallimentare e giudicato di rigetto – in tema di giudicato e decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, in Fallimento, 2008, 8, p. 953.
- MONTANARI MASSIMO, Controversie endo- ed extraconcorsuali: durata e prospettive, in Fallimento, 2010, 9, p. 1038.
- MONTANARI MASSIMO, Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma, in Giurisprudenza commerciale, 2015, p. 94.
- MONTANARI MASSIMO, Chiusura anticipato del fallimento ai sensi dell'art. 118, comma 1, n. 4, l. fall.?, in Fallimento, 2016, 11, p. 1250.
- MONTANARI MASSIMO, Fallimento e concordato preventivo (I parte) – la novità della chiusura del fallimento in pendenza di cause, in Giur. It., 2017, 1, 230.
- MONTANARI MASSIMO, Appunti sul processo di fallimento, Giappichelli, Torino, 2018.
- MONTANARI MASSIMO, Il cosiddetto procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, in Fallimento, 2019, 5, p. 563.
- MOTTO ALESSANDRO, Azione costitutiva (dir. proc. civ.), in Enciclopedia Treccani, 2013.
- MOTTO ALESSANDRO, MENCHINI SERGIO, L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni, in CECCHELLA CLAUDIO et al., Il processo di fallimento, Vol. 2, Giappichelli, Torino, 2014, p. 376-642.
- NAZZINI RENATO, La provvisoria esecutività della sentenza di revoca del fallimento, in Giur. It., 1997, 4.
- PAGNI ILARIA, L'accertamento del passivo nella riforma della legge fallimentare, in Foro.it, 2006, V, 188.
- PAGNI ILARIA, La tutela cautelare del patrimonio e dell'impresa nell'art. 15 l. fall., in Fallimento, 2011, 7, p. 852.

- PAGNI ILARIA, Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza, in Società, 2019, 4, p. 438.
- PAGNI ILARIA, L'accesso alle procedure di regolazione nel codice della crisi e dell'insolvenza, in Fallimento, 2019, 5, p. 549.
- PAJARDI PIERO, in Manuale di diritto fallimentare, Giuffré, Milano, 2008.
- PATTI ADRIANO, Le impugnazioni: natura e struttura, in Fallimento, 2011, 9, p.1105.
- PERAGO CARMELA, I pagamenti nel fallimento, in CECCHELLA CLAUDIO et al., Il processo di fallimento, Giappichelli, Torino, 2014, p. 745-808.
- PICARDI NICOLA, voce Processo (dir. Moderno), in Enc. Dir., vol XXXVI, Milano, 1987.
- PISANI ANDREA, Note in difesa dell'inibitoria degli effetti esecutivi della sentenza di fallimento (e della pronuncia sul reclamo che la confermi), in Esecuzione forzata, 2017, 4, p. 706.
- PORRECA PAOLO, Il procedimento sommario di cognizione, Giuffré, Milano, 2011, p. 64 e ss.
- PROTO PISANI ANDREA, Giusto processo e valore della cognizione piena, in Riv. Dir. Civ., 2002, 2, p. 10265.
- PROTO PISANI ANDREA, Tutela sommaria, in Foro It., anno 2007, parte V, col. 241.
- PROTO PISANI ANDREA, Crisi della giustizia civile: intervenire è possibile ma servono capacità tecniche e buon senso, in Foro it., 2013, V, col. 229.
- PROTO PISANI ANDREA, Quattro brevi lezioni sul processo civile, in Riv. Dir. Proc., 2016, 4-5, p. 926.
- RICCI EDOARDO, Formazione del passivo e decisione sul credito, Giuffrè, 1988.
- RICCI EDOARDO, Lezioni sul fallimento, Giuffrè, Milano, II, 1998.
- SALETTI ACHILLE, La tutela giurisdizionale nella liquidazione giudiziale, in Diritto fallimentare e delle società commerciali, 3/4, 2018, p. 635.

- SANDULLI PIERO, Il diritto alla difesa nel procedimento sommario di cognizione, in Nova itinera, 2011.
- SANDULLI PIERO, Processo civile: funzionalità e riforme, in Riv. Dir. Proc., 2012, 5, p. 1300.
- SANTANGELI FABIO, Inventario e presa in consegna dei beni del fallito, in CECCHELLA CLAUDIO et al., Il processo di fallimento, Giappichelli, Torino, 2014, p. 653-684.
- SCARSELLI GIULIANO, Abolizione del processo civile?, in Questione giustizia, 2016.
- SERGES GIOVANNI, Il valore del giudicato nell'ordinamento costituzionale, in Giur. It., 2009.
- SERRA LEONARDO, Concordato preventivo, https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2019/04/16/concordato preventivo#_Toc314153614
- TARUFFO MICHELE, La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali, Giuffrè, Milano, 1992.
- TEDOLDI ALBERTO, Brevi note sul reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, in Riv. Dir. Proc., 2011, 2, p. 427.
- TEDOLDI ALBERTO, Chiarezza e sintesi tra mito e realtà, in Riv. Dir. Proc., 2018, 3, p. 669.
- TISCINI ROBERTA, Istruttoria prefallimentare e nullità della chiamata – istruttoria prefallimentare e vizi relativi alla vocatio in ius, in Fallimento, 2014, 12, p. 1336.
- TISCINI ROBERTA, Il procedimento sommario di cognizione, fenomeno in via di gemmazione, in Riv. Dir. Proc., 2017, 1, p. 112.
- VASSALLI FRANCESCO, Gli organi preposti alla gestione della procedura – Il curatore, in CECCHELLA CLAUDIO et al., Il processo di fallimento, Giappichelli, Torino, 2014, p. 201-292.
- VILLA ALBERTO, La nuova liquidazione giudiziale: effetti per i creditori e accertamento del passivo, in Il diritto degli affari, 2019.
- VITALONE VINCENZO, CHIMENTI STANISLAO, RIEDI RICCARDO, Il diritto processuale del fallimento, Giappichelli, Torino, 2010.

Giurisprudenza citata

- Corte costituzionale, 9 luglio 1963, n. 118.
- Corte costituzionale, 16 luglio 1970, n. 142, in G.U.
- Corte costituzionale, 16 luglio 1970, n. 141, in Foro.it, 1970, I, p. 2038.
- Corte costituzionale, 10 1uglio 1975, n. 202.
- Corte costituzionale, 27 novembre 1980, n. 151.
- Corte costituzionale, 19 novembre 1985, n. 303.
- Corte costituzionale, 3 luglio 1996, n. 224, in G. U., 1996, 28.
- Corte costituzionale, 23 aprile 1998, n. 141.
- Corte costituzionale, 23 giugno 1998, n. 234.
- Corte costituzionale, 20 luglio 1999, n. 328.
- Corte costituzionale, ordinanza 26 febbraio 2002, n. 35, in G.U.
- Cassazione Sezioni unite civili, 19 giugno 1996, n. 5629.
- Cassazione civile, 2 febbraio 2004, n. 6508.
- Cassazione civile, 6 settembre 2006, n. 19141.
- Cassazione civile, sentenza 11 settembre 2007, n. 19096.
- Cassazione civile, 7 marzo 2008, n. 6191.
- Cassazione civile, sentenza 21 dicembre 2010, n. 25818.
- Cassazione, Sezioni Unite civili, 23 gennaio 2013, n. 1521.
- Cassazione Sezioni Unite Civili, 12 dicembre 2014, n. 26242, in Il Caso.it, 2014.
- Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenze del 15 maggio 2015, n. 9934, 9935 e 9936.
- Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 28 dicembre 2016, n. 27073.
- Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 10 aprile 2017, n. 9146, in Dir. fall., 2017, 1198 ss.

Normativa

- **Costituzione**

Art. 1
Art. 2
Art. 3
Art. 13
Art. 24
Art. 101
Art. 111

- **Codice di procedura civile**

Art 134
Art 137
Art. 156
Art. 159
Art. 161
Art. 163 *bis*
Art 164
Art.186
Art 295
Art 344
Art. 360 *bis*
Art. 360
Art 373
Art 404
Art. 669 *octies*
Art. 669 *decies*
Art. 702 *bis*
Art. 702 *ter*
Art. 702 *quater*
Artt. 737-742 *bis*

- **Codice civile**

Art. 2909
Art. 2697

- **R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa**

Art. 1
Art. 5
Art. 6
Art. 10
Art. 11
Art. 15
Art. 16

Art. 17
Art. 18
Art. 19
Art. 22
Art. 24
Art 42
Art. 43
Art. 44
Art. 45
Art. 51
Art. 52
Art. 64
Art. 65
Art. 67
Art. 69
Art. 72
Art 87 *bis*
Art. 92
Art. 93
Art. 94
Art. 95
Art. 96
Art. 98
Art. 99
Art. 101
Art. 102
Art. 103
Art. 104 *ter*
Art. 106
Art. 112
Art. 114
Art. 117
Art. 118
Art. 120
Art. 142
Art. 217

- **D. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155)**

Art. 1
Art. 2
Art. 7
Art. 40
Art. 41
Art. 44
Art. 45
Art. 47
Art. 48
Art. 49
Art. 50
Art. 51
Art. 52
Art. 53
Art. 54
Art. 55
Art. 142
Art. 151
Art. 172

Art. 201

Art. 204

Art. 208

Art. 234

Art. 236

- Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante il Codice della crisi e dell'insolvenza diffusa nell'ottobre 2018
- Relazione illustrativa del Governo al D.lgs. 169/2007
- L. 24 marzo 2001, n. 89 Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile.
- L. 14 maggio 2005, n. 80, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, art. 1, comma 6, lettera a), nn. 1) e 9).
- D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80.
- D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80.
- L. 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni sullo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, art. 54.
- D. lgs. 1 settembre 2011, n. 150, Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, art. 3.

- D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in legge dalla L. 6 agosto 2015, n. 132.
- L. 19 ottobre 2017, n. 155, Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, art. 2, comma 1, lettere e), a), d) e art. 7 comma 8, lettere a)-g) e comma 10, lettera b).
- L. 8 marzo 2019, n. 20, Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155.