

### Istruttoria prefallimentare

**Cassazione Civile, Sez. I, 22 agosto 2018, n. 20957 - Pres. R.M. Di Virgilio - Rel. E. Campese - Mecom di T. M. & c. S.a.s. c. Fallimento Mecom di T. M. & c. S.a.s. et al.**

*Fallimento - Convocazione del debitore - Diritto di difesa - Anticipazione della prima udienza - Mancata comunicazione al debitore - Mancata partecipazione - Giudizio d'impugnazione - Declaratoria di nullità e decisione nel merito*

*(Legge fallimentare artt. 10, 15; cod. proc. civ. artt. 101, 353, 354; cod. proc. civ. disp. att. art. 82)*

**Nel caso in cui il debitore, non costituitosi nel processo per la dichiarazione di fallimento in cui sia stato ritualmente evocato, impugni la decisione resa all'esito dello stesso per non essergli stata comunicata o notificata l'istanza di anticipazione della sua prima udienza, non consentendogli, così, di partecipare ad esso, il giudice dell'impugnazione, esulando una tale fattispecie da quelle previste dagli artt. 353 ss. c.p.c., deve decidere la causa nel merito, dopo aver dichiarato la nullità del procedimento di primo grado ed aver consentito le attività della stessa impedita (massima non ufficiale).**

*Fallimento - Convocazione del debitore - Diritto di difesa - Fissazione dell'udienza - Rinvio di ufficio - Comunicazione al debitore - Mancanza - Inapplicabilità dell'art. 82 disp. att. c.p.c. - Nullità*

*(Legge fallimentare artt. 10, 15; cod. proc. civ. artt. 101, 353, 354; cod. proc. civ. disp. att. art. 82)*

**Nei procedimenti di cui all'art. 15 l.fall., introdotti successivamente alle novelle di cui al D.Lgs. n. 5 del 2006 ed al D.Lgs. n. 169 del 2007, qualora il Tribunale abbia disposto la convocazione dell'imprenditore innanzi al giudice designato per procedere all'istruttoria prefallimentare, e la fissata udienza sia stata rinviata d'ufficio senza che risulti annotato sul ruolo d'udienza alcun provvedimento di rinvio, deve essere data comunicazione della nuova udienza all'imprenditore, a pena di nullità dell'intero procedimento, dovendo ritenersi inapplicabile l'art. 82 disp. att. c.p.c. - in virtù del quale, se il giudice istruttore non celebra udienza nel giorno fissato, essa deve intendersi rinviata d'ufficio alla prima udienza successiva - poiché la disposizione non può trovare applicazione nel procedimento camerale per la dichiarazione di fallimento, in quanto caratterizzato da regole procedurali diverse dal rito ordinario, in considerazione delle esigenze di speditezza che lo connotano e della sua natura inquisitoria.**

#### La Corte (omissis).

1. La (Omissis) s.a.s. (già cancellata dal registro delle imprese dal 25 novembre 2011) ed il suo (ex) socio accomandatario T.M. ricorrono per cassazione, affidandosi a tre motivi, ulteriormente illustrati da memoria ex art. 380 bis c.p.c., comma 1, esclusivamente di quest'ultimo (quella di Equitalia Sud s.p.a., infatti, risulta essere stata depositata tardivamente, sicché non se ne terrà conto), resistiti dalla curatela del loro fallimento e da Equitalia Sud s.p.a., avverso la sentenza della Corte di appello di Catanzaro del 10 luglio/1 agosto 2013, n. 1129, non notificata, reiettiva del reclamo da essi proposto contro la pronuncia dichiarativa del loro fallimento resa dal Tribunale di Cosenza il 24 ottobre 2012.

1.1. Per quanto qui di interesse, ed in estrema sintesi, quella corte ritenne: a) infondata la sollevata eccezione di difetto di legittimazione attiva di Equitalia Sud s.p.a. rispetto ai crediti di natura previdenziale da essa azionati, rimarcandone, comunque, l'irrelevanza atteso che l'istanza di fallimento contemplava anche crediti erariali per circa Euro 580.000,00 (cui se ne erano aggiunti altri Euro 650.000,00 documentati in sede di reclamo); b) parimenti immeritevole di accoglimento la censura di nullità della sentenza impugnata per asserito vizio di instaurazione del contraddittorio, evidenziando, in proposito, che il ricorso

di fallimento ed il decreto di fissazione della originaria udienza erano stati ritualmente notificati alla società, presso il suo amministratore, sicché, in assenza di loro costituzione in giudizio, dopo il rinvio di ufficio della udienza predetta non gli era dovuta la notifica dell'istanza di anticipazione di quella così differita, notifica, peraltro, vanamente tentata tramite la Guardia di Finanza. In ogni caso, il vizio invocato, quand'anche sussistente, avrebbe determinato non la regressione del procedimento davanti al tribunale, ma, esclusivamente, l'obbligo di sua decisione nel merito, previo esperimento dell'attività istruttoria impedita in prime cure, da ciò derivandone l'assorbimento della doglianza (in ogni caso giudicata infondata da quella corte) riguardante le modalità di notifica del decreto della predetta anticipazione di udienza; c) infondati, infine, gli ulteriori assunti riguardanti la pretesa inidoneità dell'estratto di ruolo a fornire la prova dei crediti complessivamente azionati e la contestazione della regolarità della notifica delle cartelle esattoriali avvenuta a mezzo raccomandate A/R anziché tramite messo notificatore.

2 (Omissis)

2.1. Il secondo motivo, recante "Violazione e falsa applicazione della l.fall., art. 15 - Omessa convocazione dei fallendi - Nullità della notifica Improcedibilità del ricorso per dichiarazione di fallimento - Nullità degli atti e provvedimenti conseguenti - Violazione del diritto di difesa",

lamenta l'omessa ed irregolare instaurazione del contraddittorio, assumendo che il rinvio d'ufficio dell'originaria udienza di comparizione l.fall., ex art. 15 e/o la comunicazione dell'anticipazione di quella così differita, non erano stati portati a conoscenza dei fallendi, con conseguente nullità dell'intero procedimento prefallimentare e della sua sentenza conclusiva.

(*Omissis*)

5. Il secondo motivo è fondato.

5.1. Invero, la ricostruzione della corrispondente vicenda procedimentale rinvenibile, in termini sostanzialmente uniformi, nel ricorso e nel controricorso di Equitalia Sud s.p.a. (così superandosi le incertezze riguardanti l'indicazione delle date - di udienza e dell'istanza di sua anticipazione - invece nascenti dalla sentenza impugnata), consente agevolmente di ritenere che: a) con ricorso del 6/19 luglio 2012, Equitalia Sud s.p.a. propose, innanzi al Tribunale di Cosenza, ricorso per dichiarazione di fallimento in danno della (*Omissis*) s.a.s., già cancellata dal registro delle imprese dal 25 novembre 2011, sulla base di un estratto di ruolo; b) l'adito tribunale dispose la convocazione della debitrice per l'udienza del 18 ottobre 2012; c) il tentativo di notifica del ricorso e del pedissequo decreto di fissazione di detta udienza ebbe esito negativo presso la sede della indicata società, mentre, invece, andò a buon fine presso la residenza dell'amministratore (e socio accomandatario) T.M.;

d) l'udienza del 18 ottobre 2012, con riferimento alla quale nessun deposito di documentazione, ai sensi della l.fall., art. 15, comma 4, avvenne da parte della predetta società e del suo amministratore, fu differita, di ufficio, al 7 febbraio 2013, e poi anticipata al 23 ottobre 2012 su istanza di Equitalia Sud s.p.a., evidentemente interessata ad ottenere una pronuncia sul proprio ricorso entro il termine annuale, l.fall., ex art. 10, dalla già intervenuta cancellazione della società fallenda dal Registro delle imprese;

e) la notifica dell'istanza di anticipazione recante la data della nuova udienza (23 ottobre 2012), benché autorizzata dal giudice delegato tramite la Guardia di Finanza e da effettuarsi entro il 20 ottobre 2012, non aveva avuto buon esito, "per irrintracciabilità del destinatario e dei suoi parenti", nonostante le ricerche effettuate da quest'ultima presso l'abitazione di residenza del T., "risultata per altro disabitata ed in vendita", ed i numerosi tentativi effettuati dalla stessa Guardia di Finanza anche a mezzo telefono; f) né la società, né il suo amministratore presenziarono all'udienza tenutasi il 23 ottobre 2012.

5.2. I ricorrenti lamentano, oggi, l'omessa ed irregolare instaurazione del contraddittorio nei loro confronti, assumendo che, diversamente da quanto affermato dalla corte a quo, il rinvio d'ufficio, ad altra udienza, di quella originaria di comparizione l.fall., ex art. 15, e/o la comunicazione dell'anticipazione di quella, nuova, indicata, non erano pervenute ai fallendi perché non validamente effettuate, con conseguente nullità dell'intero procedimento prefallimentare e della sua sentenza conclusiva. Un siffatto assunto merita condivisione nei termini appresso specificati.

5.2.1. Invero, nessun dubbio può sussistere in ordine al fatto che la descritta notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'originaria udienza, l.fall., ex art. 15, (nel testo, qui applicabile *ratione temporis*, anteriore alla modifica apportata, al suo comma 3, dal D.L. n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 221 del 2012), fissata per il 18 ottobre 2012 si fosse ritualmente perfezionata nei confronti della (*Omissis*) s.a.s. La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha sancito che la previsione di cui alla l.fall., art. 10, per il quale una società cancellata dal registro delle imprese può essere dichiarata fallita entro l'anno dalla cancellazione, implica che il procedimento prefallimentare e le eventuali successive fasi impugnatorie continuano a svolgersi, per  *fictio iuris*, nei confronti della società estinta, non perdendo quest'ultima, in ambito concorsuale, la propria capacità processuale: ne consegue che pure il ricorso per la dichiarazione di fallimento può essere validamente notificato alla società cancellata alla stregua di quanto sancito dall'art. 145 c.p.c., comma 1, (cfr. Cass. n. 5253 del 2017; Cass. n. 24968 del 2013), il cui testo, qui applicabile *ratione temporis*, modificato dalla L. n. 263 del 2005, consente che la notifica alla persona giuridica avvenga, in alternativa alla sua esecuzione presso la sede (nella specie rimasta senza esito perché non rinvenuta al corrispondente indirizzo), a norma degli artt. 138, 139 e 141 c.p.c., alla persona fisica - nella specie T.M. - che rappresenta l'ente (come concretamente avvenuto). È evidente, peraltro, che, avendone il T. conosciuta l'indicata qualità, l'istanza di fallimento della (*Omissis*) s.a.s. così notificata doveva, per ciò solo, intendersi ormai nota anche alla stessa società (cfr. Cass. n. 20170 del 2013; Cass. n. 8924 del 1992).

5.3. L'indicata udienza del 18 ottobre 2012, però, non si tenne per impedimento del Giudice e fu differita d'ufficio al 7 febbraio 2013, poi anticipata al 23 ottobre 2012 su istanza di Equitalia Sud s.p.a., evidentemente interessata ad ottenere una pronuncia sul proprio ricorso entro il termine annuale, l.fall., ex art. 10, dalla già intervenuta cancellazione della società fallenda dal Registro delle imprese: la pur disposta notificazione di detta anticipazione non ebbe, come si è già riferito, esito positivo per irrintracciabilità del T.

5.3.1. Orbene, ad avviso di questo Collegio, nella fase che precede la dichiarazione di fallimento il diritto di difesa dell'imprenditore insolvente è oggi garantito, alla stregua dell'iter procedimentale disegnato, nella l.fall., art. 15, dai D.Lgs. n. 5 del 2006, e D.Lgs. n. 169 del 2007, dalla necessità della convocazione dell'imprenditore medesimo innanzi al tribunale o al giudice delegato per l'istruttoria prefallimentare, sicché, qualora l'udienza fissata a detto fine sia rinviata d'ufficio, senza che risulti annotato sul ruolo d'udienza alcun provvedimento di rinvio, allo stesso deve essere data comunicazione della nuova udienza stabilita per l'audizione, dovendo ritenersi inutilizzabile l'art. 82 disp. att. c.p.c., poiché quest'ultima norma non è applicabile al procedimento camerale per la dichiarazione di fallimento, improntato a regole procedurali diverse dal rito ordinario di cognizione, cui non può essere assimilato

in toto avendo proprie e specifiche caratteristiche tuttora improntate alla massima celerità e speditezza.

5.3.1.1. Le peculiarità del procedimento prefallimentare di cui alla l.fall., art. 15, emergono, invero, dalla tipologia di procedimento che si svolge in camera di consiglio, dalle particolari modalità di notificazione di cui alla l.fall., art. 15, comma 3, dalla possibilità per il debitore di difendersi personalmente, senza l'ausilio della difesa tecnica, dall'eventuale abbreviazione dei termini processuali, dall'adozione di misure cautelari e conservative a tutela del patrimonio dell'impresa. Proprio la non necessaria difesa tecnica del debitore fa sì che questi confidi nella circostanza che l'organo procedente, nel rispetto della procedura seguita, lo metta in condizione di esplicitare le proprie ragioni a difesa.

5.3.2. In tal caso, la mancata riconvocazione crea un effettivo e sostanziale ostacolo a tale esercizio, non potendo presumersi che il debitore, proprio in quanto non necessariamente fornito di assistenza tecnica, sia a conoscenza dell'alternativa possibilità di rappresentare le proprie ragioni tramite la presentazione di memorie e la produzione di documenti, come espressamente previsto dalla l.fall., art. 15, comma 4, fino a sette giorni prima dell'udienza. Le conseguenze di tale equivoca situazione sono, del resto, estremamente gravi poiché il debitore che confida di essere riconvocato può, nel frattempo, essere dichiarato fallito a sua insaputa.

5.3.3. Orbene, nella specie l'anticipazione dell'udienza prefallimentare dal 7 febbraio 2003 (data cui era stata differita - senza che sia stato dedotto che ciò era stato annotato sul ruolo di udienza - per impedimento del giudice, anche in tal caso senza la corrispondente comunicazione alla debitrice, quella del 18 ottobre 2012 originariamente fissata) al 23 ottobre 2012 non risulta essere stata notificata (avendo avuto comunque esito negativo il pur disposto relativo adempimento tramite la Guardia di Finanza), né comunicata, agli odierni ricorrenti. Non potendo, allora, ragionevolmente sostenersi che un provvedimento di anticipazione dell'udienza predetta (quella, cioè del 7 febbraio 2013, la prima, peraltro, in senso cronologico) avrebbe potuto essere emesso d'ufficio dal giudice, è evidente che, in tale situazione, la (Omissis) s.a.s. ed il T., benché non costituitisi nel termine, l.fall., ex art. 15, comma 4, riferito all'originaria udienza del 18 ottobre 2012, non furono concretamente posti in condizione di espletare tempestivamente le proprie difese, non potendo certamente essergli imposto l'obbligo di verificare, periodicamente e frequentemente, la non disposta anticipazione dell'udienza di comparizione come differita al 7 febbraio 2013 - anche a volersi ammettere che, per questo differimento, non gli fosse dovuta alcuna comunicazione - per non incorrere nelle decadenze stabilite dalla legge.

5.3.4. D'altronde, questa Suprema Corte, sebbene con riferimento a giudizi prefallimentari anteriori alla novella di cui al D.Lgs. n. 5 del 2006, già ebbe modo di chiarire che "nel caso in cui il Tribunale abbia disposto la convocazione dell'imprenditore innanzi al giudice designato per l'istruttoria prefallimentare, qualora l'udienza fissata a detto fine sia stata rinviata d'ufficio, senza che risulti

annotato sul ruolo d'udienza alcun provvedimento di rinvio, all'imprenditore deve essere data comunicazione della nuova udienza fissata per l'audizione, dovendo ritenersi inapplicabile l'art. 82 disp. att. c.p.c. - in virtù del quale, se il giudice istruttore non tiene udienza nel giorno fissato questa deve intendersi rinviata d'ufficio alla prima udienza successiva - poiché quest'ultima norma non è applicabile al procedimento camerale per la dichiarazione di fallimento, improntato a regole procedurali diverse dal rito ordinario, in considerazione delle esigenze di speditezza che lo connota e della sua natura inquisitoria" (cfr. Cass. n. 17185 del 2003). Tale principio deve, a maggior ragione, ritenersi operante oggi, per i procedimenti prefallimentari instaurati, come quello di cui si discute, successivamente alla suddetta novella (ed a quella di cui al D.Lgs. n. 169 del 2007), nei quali, benché risulti largamente attenuato il loro carattere inquisitorio (essendo stata eliminata, tra l'altro, la declaratoria di fallimento di ufficio), la convocazione del debitore fallendo è obbligatoria (prima, invece, essa era solo una delle modalità volte ad assicurare a quest'ultimo il diritto di difesa, esplicitabile anche con differenti modalità, quale quella dell'attribuzione allo stesso della facoltà di presentare scritti difensivi e documenti. Cfr. la citata Cass. n. 17185 del 2003).

5.3.5. La giurisprudenza di legittimità, inoltre, seppure in relazione a procedimenti che iniziano con la notifica dell'atto di citazione, ha sancito che le disposizioni dell'art. 175 c.p.c., comma 2, e art. 168 bis c.p.c., commi 4 e 5, non consentono che l'udienza fissata nell'atto introduttivo sia anticipata d'ufficio, sicché il provvedimento anticipatorio, se non notificato al convenuto, impedisce l'instaurazione di un rapporto processuale tra le parti ed è nullo e la nullità travolge gli atti successivi per violazione del contraddittorio nei riguardi del convenuto non costituitosi (cfr. Cass. n. 26361 del 2011). Non vi è ragione, dunque, per escludere che il medesimo principio possa applicarsi alle ipotesi di processi (come quello prefallimentare l.fall., ex art. 15) introdotti con ricorso allorché l'anticipazione non notificata/comunicata alla controparte investa proprio quella che, cronologicamente, deve comunque considerarsi come la sua prima udienza (benché fissata nel decreto di convocazione del tribunale), e ciò non senza dimenticare, da un lato, che la l.fall., art. 15, comma 4, laddove fissa il termine (pacificamente da ritenersi ordinatorio, mancandone l'espressa qualificazione come perentorio) non inferiore a sette giorni prima di quest'ultima, "per la presentazione di memorie ed il deposito di documenti e relazione tecniche", non determina, ove rimanga inosservato, alcuna preclusione a carico delle parti (e quindi anche del debitore resistente), in assenza di specifica diversa previsione legislativa; dall'altro che, come si è già anticipato, non è ragionevole pensare di imporre alla parte ritualmente evocata in giudizio per una determinata udienza, poi differita di ufficio ad altra data su cui la stessa abbia confidato per essersene diligentemente accertata (pur in mancanza della relativa comunicazione), l'onere/obbligo di verificare, periodicamente e frequentemente, la sua non disposta anticipazione.

5.3.6. Ne consegue, pertanto, che ove un soggetto, non costituitosi nel processo (nella specie prefallimentare) in cui sia stato ritualmente evocato, impugni la decisione resa all'esito dello stesso per non essergli stata comunicata/notificata l'istanza di anticipazione della sua prima udienza, non consentendogli, così, di partecipare ad esso, il giudice dell'impugnazione, esulando una tale fattispecie da quelle previsti dall'art. 353 c.p.c. e ss., deve decidere la causa nel merito, dopo aver dichiarato la nullità del procedimento di primo grado ed aver consentito le attività della stessa impedita.

5.4. Alla stregua di tali principi, dunque, l'accertato esito negativo della notifica dell'istanza di anticipazione di udienza di cui si è detto avrebbe dovuto comportare, nella fattispecie de qua, la revoca della dichiarazione di fallimento della (Omissis) s.a.s. e del socio illimitatamente responsabile, ad opera della corte distrettuale, attesi: i) la nullità, per violazione del principio del contraddittorio, del procedimento l.fall., ex art. 15, svoltosi innanzi al tribunale, essendo irrilevante che il descritto esito negativo fosse da ascrivere alla verificata (da parte della Guardia di Finanza) irrintracciabilità del T.; ii) la impossibilità di applicare il disposto di cui all'art. 354 c.p.c.; iii) l'ormai integrale decorso, alla data della decisione oggi impugnata, del termine annuale l.fall., ex art. 10.

5.4.1. Da un lato, infatti, costituisce orientamento consolidato che, nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, l'avvenuta procedimentalizzazione del giudizio e delle attività di trattazione ed istruttoria, a seguito della riforma di cui ai D.Lgs. n. 5 del 2006, e D.Lgs. n. 169 del 2007, implica che la notificazione al debitore del ricorso e del decreto di convocazione all'udienza sia la regola anche quando il debitore, rendendosi irreperibile, si sia sottratto volontariamente o per colpevole negligenza al procedimento, restando la notificazione un adempimento indefettibile (cfr., *ex multis*, Cass. n. 5258 del 2018; Cass. n. 2014 del 2014; Cass. n. 22218 del 2013; Cass. n. 22151 del 2010). Dall'altro, occorre tener conto che, come già ritenuto da questa Corte, quando la revoca del fallimento preclude la rinnovazione della sua dichiarazione (come, appunto, nel caso in esame per essere ormai trascorso il termine annuale di cui alla l.fall., art. 10), il giudice del reclamo non può rimettere la causa al primo giudice (argomentando da Cass. n. 18339 del 2015; Cass. n. 17205 del 2013; Cass. n. 25218 del 2013).

6. (Omissis)

7. Il ricorso va, dunque, accolto e la sentenza impugnata deve essere cassata.

(omissis).

## La tutela del contraddittorio nell'istruttoria prefallimentare di Marcello Gaboardi (\*)

Con la sentenza in commento la Corte di cassazione esamina la questione dell'obbligo di notifica alla società fallenda del provvedimento di anticipazione dell'udienza di comparizione delle parti ai sensi dell'art. 15 l.fall., quando esso sia concesso su istanza del creditore richiedente il fallimento allo scopo di evitare l'impedimento della declaratoria di fallimento dovuto al decorso del termine annuale dalla cancellazione della società dal registro delle imprese ex art. 10 l.fall. ribadendone la necessità.

### Introduzione

Ci si è interrogati a lungo in dottrina e in giurisprudenza sull'attuazione delle garanzie processuali nell'istruttoria prefallimentare. In origine, un dato normativo incurante delle esigenze di tutela del contraddittorio e del diritto di difesa del debitore esprimeva appieno la finalità sanzionatoria della disciplina fallimentare anche sul piano processuale.

Successivamente, l'intervento della Corte costituzionale del 1970 (1) e, ancor più, le riforme del 2006-2007 hanno reso l'istruttoria prefallimentare un giudizio a contraddittorio pieno in cui è ampiamente assicurato il diritto di partecipare all'udienza e di contraddire sulle difese avversarie e sulle risultanze istruttorie. Nondimeno, la resistenza di certe prassi giudiziarie (2) e il susseguirsi di modifiche al riformato art. 15 l.fall. hanno finito per conservare un

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Il riferimento, come noto, è a Corte cost. 16 luglio 1970, n. 141, in *Foro it.*, 1970, I, 2038 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del previgente art. 15 l.fall. "nella parte in cui esso non prevede[va] l'obbligo del tribunale di disporre la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio per l'esercizio del diritto di difesa nei limiti compatibili con la natura di tale procedimento". Sul

punto v. anche Corte cost. 27 giugno 1972, n. 110, *ivi*, 1972, I, 1902 ss.; Corte cost. 16 luglio 1970, n. 142, *ivi*, 1970, I, 2037.

(2) Come quella basata sulla malcelata convinzione che l'udienza prefallimentare rappresenti un passaggio sostanzialmente superfluo in presenza di una manifesta inammissibilità o infondatezza della domanda di fallimento: v. Cass. 23 settembre 1997, n. 9367, in questa *Rivista*, 1998, 1222 ss.; Trib. Napoli 6 novembre 2006, *ivi*, 2007, 560 ss., con nota di M. Montanari, *La*



certo grado di incertezza rispetto all'effettiva attuazione della garanzia processuale del contraddittorio nell'istruttoria prefallimentare.

La vicenda da cui ha avuto origine la sentenza della Corte di cassazione qui commentata è assai indicativa del fatto che questo tipo di incertezza continua, per così dire, ad essere sottesa a molte decisioni della giurisprudenza di merito. Infatti, l'occasione per comprendere *se e quanto* il vigente ordinamento abbia incrementato le garanzie del contraddittorio nell'istruttoria prefallimentare è stata offerta dal ricorso di una S.a.s. e del suo socio accomandatario, dichiarati entrambi falliti *ex art. 147 l.fall.* su istanza dell'agente della riscossione delle imposte, al fine di ottenere l'annullamento - poi effettivamente concesso dal giudice di legittimità - della sentenza con cui la Corte d'Appello di Catanzaro aveva rigettato il reclamo *ex art. 18 l.fall.* avverso la declaratoria del loro fallimento. La decisione del ricorso ha richiesto - per quanto qui rileva - la soluzione di una questione processuale tutto sommato abbastanza semplice, qual è quella relativa all'obbligo di notificare al debitore fallendo il decreto di anticipazione dell'udienza per l'audizione delle parti nell'eventualità in cui la stessa sia stata già precedentemente rinviata d'ufficio per impedimento del giudice. Nella vicenda in esame, inoltre, l'interesse dell'ente pubblico ricorrente ad ottenere l'anticipazione dell'udienza si giustificava con la necessità di prevenire il decorso del termine annuale dalla cancellazione della S.a.s. dal registro delle imprese e, quindi, la sopravvenienza di un impedimento alla declaratoria di fallimento ai sensi dell'*art. 10 l.fall.*

La soluzione di una questione apparentemente modesta come quella dell'obbligo di notifica al debitore fallendo del decreto di anticipazione dell'udienza (ed insieme ad essa, come si vedrà, quella ulteriore della notifica del decreto con cui sia disposto il rinvio officioso dell'udienza) viene così ad acquistare una significativa importanza, in quanto dipende dal modo in cui la legge ha inteso attuare il contraddittorio nel corso dell'istruttoria prefallimentare. La soluzione di tali questioni richiede, cioè, di inquadrare l'attuale disciplina del contraddittorio *ex art. 15 l.fall.* alla luce del suo recente sviluppo storico, e di valutare se l'assetto che essa ha conseguito comporti o meno il riconoscimento di un diritto "forte" del debitore a conoscere la data dell'udienza di audizione delle parti.

### L'istruttoria prefallimentare e l'attuazione del contraddittorio in udienza

Non pare il caso di indugiare qui a lungo per rendere conto dell'evoluzione di una simile disposizione o delle reazioni, notoriamente contrastanti, che essa ha destato, essendo sufficiente ricordare che l'applicazione del rito camerale, prescritta dalla riforma del 2006, si è accompagnata al carattere contenzioso del procedimento (3) e alla natura piena della cognizione (4). A prescindere dal grado di compatibilità col precetto costituzionale del "giusto processo regolato dalla legge" (5), la disciplina dell'odierna istruttoria prefallimentare prevede, infatti, un *procedimento* sommario - o, più esattamente, "informale o deformalizzato" (6) - avente ad oggetto la

*nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento: questioni aperte in tema di istruzione e giudizio di fatto. Contra v. però App. Venezia 4 novembre 2011, in questa Rivista, 2012, 201 ss.*

(3) Sul carattere contenzioso dell'istruttoria prefallimentare riformata *v.*, per tutti, F. De Santis, *Sub art. 15*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, I, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, 303 ss. ove ampi riferimenti. In giurisprudenza *v.* Cass. 28 ottobre 2010, n. 22110, in *Giust. civ.*, 2011, I, 87; Cass. 7 ottobre 2010, n. 20836, in *Foro it.*, 2011, I, 460 ss., in cui si parla di "un procedimento contenzioso svoltosi in contraddittorio".

(4) Sulla natura piena della cognizione prefallimentare conviene una larga parte della dottrina e della giurisprudenza (*v.*, in dottrina, F. De Santis, *Sub art. 15*, cit., 307; *Id.*, *Istruttoria prefallimentare e diritto di difesa*, in questa *Rivista*, 2008, 329 ss.; A. Carratta, *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 12 ss.; M. Ferro, *Sub art. 15*, in *La legge fallimentare*<sup>3</sup>, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, 238 ss. ove ampi riferimenti; in senso non troppo difforme anche M. Fabiani, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, 225 ss., ove si parla di cognizione sommaria deformalizzata; in giurisprudenza *v.* Cass. 24 maggio 2012, n. 8227; Cass. 2 aprile 2012, n. 5257, in *Foro it.*, 2012, 7-8, I, 2080). *Contra v.* soprattutto M. Montanari, *La nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento*, cit., 564; *Id.*, *In tema di giudicato e decreto di rigetto dell'istanza di fallimento*, in questa *Rivista*, 2008, 970 ss.

(5) Il dibattito sul punto è così risalente ed estremamente ricco di opinioni che non può essere riassunto, nemmeno in minima parte, in una nota di richiami bibliografici. Giova soltanto rilevare che la principale contrapposizione vede schierati, da un lato, quanti accolgono l'idea di una correlazione necessaria tra il rito ordinario e l'idoneità della sentenza al giudicato sostanziale, ossia l'incidenza del procedimento sui diritti soggettivi (così, in particolare, pur con notevoli differenze, A. Cerino Canova, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 449 ss.; L. Montesano, *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, *ivi*, 598 ss.; e più recentemente anche L. Lanfranchi, *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino, 2001, 16 ss., 40 ss.), e dall'altro lato, quanti invece contrastano questa necessaria correlazione (così, in particolare, V. Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 599 ss.; N. Trocker, *Il valore costituzione del giusto processo*, in *Il nuovo art. 111 cost. e il "giusto processo civile"*, Atti del convegno dell'Elba (9-10 giugno 2000), Milano, 2001, 40 ss.).

(6) L'espressione è tratta da S. Chiarloni, *Giusto processo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 493 ss., in part. 512, che l'ha coniata con riguardo all'istruttoria prefallimentare quando il lungo periodo riformatore della materia era ancora di là da venire.

cognizione piena delle condizioni di fallibilità del debitore (7).

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, alla luce anche dell'inegabile connotazione pubblicistica degli interessi coinvolti e delle evidenti esigenze di tempestività sottese alla pronuncia della decisione. Il carattere pieno della cognizione è ricavabile, invece, anzitutto dall'assenza di qualsiasi concessione legislativa alla sommarietà dell'accertamento giurisdizionale; sommarietà che è invece altrove ricavabile dall'espressa attribuzione del potere del giudice di "procede[re] nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto" (art. 669 *sexies*, comma 1, c.p.c.) ovvero in relazione, senz'altro, "all'oggetto del provvedimento richiesto" (art. 702 *ter*, comma 5, c.p.c.). Ma la pienezza dell'attività cognitoria è postulata anche dalla perdurante centralità dell'audizione delle parti nella struttura costituzionalmente orientata dell'istruttoria prefallimentare. Il ricordato intervento della Corte costituzionale ha mostrato, infatti, che il vero limite di compatibilità del previgente art. 15 l.fall. con il dettato costituzionale era dato dall'assenza di un obbligo, compatibile con la natura del procedimento, di audizione del debitore fallendo.

Ecco dunque affiorare la funzione dell'udienza come momento di garanzia della cognizione in sede prefallimentare. L'obbligo del tribunale di disporre la "comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio" (8) rispondeva non solo alla necessità di assicurare che la dichiarazione di fallimento conseguisse alla possibilità del contraddittorio e, pertanto, della difesa processuale del fallendo (9), ma anche in una certa misura alla esaustività della cognizione giudiziale. Beninteso: la natura bifasica del procedimento di primo grado introdotta dal legislatore del 1942 comportava una naturale distinzione tra il minor grado di esaustività della cognizione nella fase sommaria e quello maggiore (*rectius* pieno) della fase oppositiva. Vero è però che l'obbligo di convocazione

del debitore nella fase sommaria finiva per assumere anche la funzione di garanzia di quello che potrebbe definirsi come il *livello minimo* costituzionalmente richiesto della sommarietà della cognizione prefallimentare. Una funzione, questa, che appariva tanto più essenziale nei casi in cui alla declaratoria del fallimento non seguisse l'avvio di un giudizio di opposizione, con il conseguente recupero del contraddittorio e della cognizione piena. Del resto, per quanto la decisione di non opporsi alla sentenza di fallimento fosse un'eventualità piuttosto infrequente nella pratica, vi era pur sempre da osservare che quel livello minimo della sommarietà imposto dalle garanzie costituzionali - e consistente, appunto, nella "comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio" - veniva a costituire una salvaguardia generale della *fairness* del processo prefallimentare e, pertanto, un argine al rischio di abuso del libero convincimento, cioè dell'imparzialità, del giudice fallimentare (10).

La successiva abolizione della natura bifasica del procedimento e l'introduzione di un'unica fase di primo grado imperniata sul contraddittorio e sull'udienza di convocazione delle parti ha contribuito - in assenza, come detto, di indici normativi contrari - a qualificare la cognizione prefallimentare come cognizione necessariamente piena ancorché assoggettata a forme processuali semplificate. L'obbligo di convocare le parti non garantisce infatti soltanto il loro diritto alla difesa e alla prova, ma anche la pienezza della cognizione del giudice. Ciò che rende sommaria (o, viceversa, piena) la cognizione giudiziale non risiede tanto nella forma processuale prescritta per lo svolgimento del giudizio, quanto invece nel grado di convincimento del giudice, e cioè nel grado di probabilità della ricostruzione fattuale contenuta nella decisione. La cognizione è, quindi, sommaria quando la legge consente al giudice di pronunciare la decisione sulla scorta di un convincimento che si è formato in modo superficiale. Beninteso: poiché il grado di convincimento del giudice dipende dal materiale probatorio a sua disposizione, va da sé che le forme processuali del giudizio ordinario, contraddistinte da ampi spazi per l'attività di trattazione e

(7) Per la ricostruzione dell'oggetto del processo prefallimentare v., per tutti, le osservazioni di M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 161 ss.

(8) In questi termini, come detto, Corte cost. 16 luglio 1970, n. 141, cit.

(9) Sulla centralità dell'udienza nell'istruttoria prefallimentare v., nella vigenza della legge fallimentare del 1942, P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, 94 ss.; E.F. Ricci, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992, 112 ss.; Cass. 24 novembre

2000, n. 15187, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Fallimento*, n. 283; Cass. 30 ottobre 1979, n. 5684, in *Giust. civ.*, 1980, II, 2279 ss. Sulla persistente centralità dell'udienza camerale anche nel riformato regime normativo, v. invece F. De Santis, *Sub art. 15*, cit., 302, 314; D. Plenteda, *Il diritto di difesa del debitore nel procedimento prefallimentare*, in questa *Rivista*, 2009, 729 ss.

(10) Così espressamente S. Chiarloni, *Giusto processo e fallimento*, cit., 512.

istruzione della causa, tendono ad incrementare le probabilità di cognizione piena della causa. Nondimeno, la natura deformalizzata del rito non implica, di per sé, una cognizione necessariamente sommaria; anzi, la semplificazione delle forme si risolve normalmente nella attribuzione al giudice di maggiori poteri officiosi di direzione e svolgimento dell'attività istruttoria (si pensi all'art. 739, comma 3, c.p.c.), con conseguente ampliamento delle possibilità di una cognizione esaustiva.

Il *punctum dolens* diviene allora quello del bilanciamento tra l'attribuzione di poteri officiosi del giudice (in funzione della semplificazione delle forme processuali) e la salvaguardia delle garanzie processuali delle parti (in funzione della attuazione delle tutele costituzionali). Un adeguato bilanciamento sembra quello che, in funzione delle esigenze di tutela sostanziale sottese a ciascun tipo di procedimento, riduce i casi di cognizione sommaria a quelle situazioni speciali che siano contraddistinte dell'importanza della celerità della decisione e che, al contempo, assicurino l'adeguata partecipazione delle parti alle attività di trattazione e istruzione della causa. Laddove cioè l'esigenza di perseguire celermente la tutela giurisdizionale giustifica l'adozione di forme camerale ed, in particolare, l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice, il rischio di rendere in tal modo eccessivamente sommaria la cognizione è prevenuto da un rafforzamento delle garanzie processuali rispetto alle forme camerale tradizionali. La disciplina riformata dell'art. 15 l.fall. sembra offrire un simile bilanciamento; e sembra offrirlo in una misura proporzionata alle contrapposte esigenze della tempestiva (ma piena) emersione dell'insolvenza e dell'adeguata difesa processuale del debitore fallendo (11).

Questi cambiamenti inducono allora a riconoscere la possibilità di ricadute sul giudizio prefallimentare di attività processuali che sono proprie del rito ordinario. Ma la possibilità di simili ricadute non dipende da ciò che la cognizione richiesta al tribunale fallimentare è una cognizione piena, né dipende da ciò che il rito prefallimentare è diventato un rito ordinario: la prima affermazione, infatti, è vera ma irrilevante, in quanto il grado di esaustività della cognizione non è conseguenza diretta delle forme processuali prescritte; la seconda affermazione, invece, non corrisponde al vero, dal momento che il legislatore del

2006-2007 ha introdotto il richiamo espresso alle forme del rito camerale. Le ricadute tipiche del rito ordinario dipendono semplicemente dal fatto che quello che non è ammesso nel rito camerale tipico va consentito nel rito camerale prefallimentare, in cui, ad esempio, l'introduzione di un potere difensivo pieno a favore del debitore fallendo (onere di costituzione, onere della prova, ecc.) (12) può consentire l'esercizio di poteri processuali che sono ad esso connaturati, come la domanda di condanna del creditore istante per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. (13), anche se pur sempre entro il limite della *compatibilità* con la natura degli interessi coinvolti.

### **La notifica del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione: il rinvio officioso dell'udienza**

Torniamo ora alla funzione dell'udienza come momento di garanzia della cognizione (piena) in sede prefallimentare. La necessaria convocazione in udienza dell'imprenditore e la possibilità di costituirsi in giudizio, mediante un proprio difensore, per lo svolgimento delle attività difensive rendono l'udienza il fulcro del contraddittorio e della cognizione piena del tribunale fallimentare. Il modello del rito ordinario che contrappone la domanda dell'attore alla memoria del convenuto si riflette solo in parte nella logica sottostante al rito camerale speciale dell'art. 15 l.fall., nel quale il richiamo alla fissazione di "un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie e il deposito di documenti e relazioni tecniche" - come recita il comma 4 - sembra garantire più la possibilità di un approfondimento del *thema decidendum* ad opera di entrambe le parti (seppure nei limiti imposti dall'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento) che la possibilità di costituzione in giudizio dell'imprenditore per l'esercizio del diritto di difesa in forme analoghe a quelle previste nel rito ordinario.

Come detto, la specialità del rito camerale prefallimentare dipende in larga misura dall'introduzione di un potere difensivo pieno del debitore fallendo. Tuttavia, l'attribuzione di un tale potere processuale è cosa assai diversa rispetto all'attribuzione di tale potere al convenuto nel rito ordinario, in quanto,

(11) Sul punto v. F. De Santis, *Istruttoria prefallimentare ed onere della prova*, in questa *Rivista*, 2009, 1145 ss.

(12) Il consolidamento di una posizione processuale autonoma del debitore nell'istruttoria prefallimentare riformata sembra confermata dall'espressa previsione dell'onere della prova in ordine ai requisiti di non fallibilità come fatti impeditivi della dichiarazione di

fallimento: sul punto v., per tutti, M. Fabiani, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, cit., 227.

(13) Così, sulla scorta del principio enunciato da Corte cost. 20 luglio 1999, n. 328, in questa *Rivista*, 2000, 359 ss., Cass. 28 febbraio 2000, n. 2216, *ivi*, 2001, 189 ss.

se quest'ultimo è costruito attorno all'onere di costituzione e prova del convenuto (art. 167 c.p.c.), il rito prefallimentare, pur contemplando - e, dunque, garantendo - questa stessa prerogativa, consente di soddisfare le esigenze del contraddittorio anche mediante la semplice audizione personale dell'imprenditore in udienza indipendentemente dalla sua costituzione in giudizio. In questa conclusione è agevole rinvenire le tracce della ricordata giurisprudenza costituzionale sul previgente art. 15, oltre che una delle principali manifestazioni - accanto al rafforzamento dei poteri istruttori del giudice - di quella deformalizzazione del rito che contraddistingue la moderna istruttoria prefallimentare.

Va da sé che l'audizione dell'imprenditore fallendo è resa possibile dalla notifica del decreto con cui il tribunale, investito del ricorso per la dichiarazione di fallimento, fissa la data della predetta udienza. In particolare, il comma 3 dell'art. 15, derogando al principio generale valevole ogni qualvolta la domanda assume la forma del ricorso (14), pone l'onere notificatorio a carico della cancelleria in luogo della parte istante, con la conseguenza che soltanto quando l'imprenditore è posto nelle condizioni di conoscere il predetto decreto a seguito del perfezionamento della notifica, si rende possibile attuare la garanzia del contraddittorio in udienza (mediante la mera audizione del debitore o la sua formale costituzione in giudizio). La vicenda esaminata dalla S.C. con la sentenza qui commentata ha posto il problema del mancato perfezionamento della notifica avente ad oggetto (non già il decreto di fissazione dell'udienza, ma bensì) l'istanza di anticipazione dell'udienza - recante anche la data della nuova convocazione - che era stata presentata dal creditore procedente a seguito del differimento d'ufficio della prima udienza. Il punto è, dunque, quello concernente la nullità o meno del procedimento e della sentenza di fallimento a seguito della mancata notificazione dell'istanza di anticipazione dell'udienza che era già stata rinviata *ex officio* dal tribunale a fronte non solo dell'avvenuta notifica

dell'originario decreto apposto in calce al ricorso, ma anche dell'assenza di qualsiasi notificazione del rinvio officioso della prima udienza.

La questione sottoposta alla S.C. non investe, invece, il tema della notifica del decreto alla società estinta, sebbene - come ricordato - la ragione concreta dell'istanza di anticipazione svolta dal creditore istante fosse legata proprio alla prevenzione del decorso del termine annuale dell'art. 10 l.fall. Analogamente, l'oggetto della decisione non coinvolge il fatto che la prima notifica - vale a dire: quella del decreto apposto in calce alla domanda di fallimento - si fosse perfezionata, ai sensi del combinato disposto degli artt. 139 e 145 c.p.c., nella residenza della persona fisica che, in qualità di socio accomandatario, rappresentava la società fallenda (15). Queste circostanze, infatti, sono state sì esaminate incidentalmente dalla Corte, ma non rilevano ai fini della questione sopra ricordata, dal momento che nessun dubbio sussiste - nemmeno nella vicenda all'esame della S.C. (16) - sia in ordine al riconoscimento della persistente capacità processuale "per *factio iuris*" (17) della società cancellata dal registro delle imprese nell'ambito dell'istruttoria prefallimentare (e, più in generale, nell'ambito concorsuale) (18), sia in merito al riconoscimento della validità della notifica alla società presso la persona fisica del suo legale rappresentante (19).

La vicenda investe dunque un problema che può essere così sintetizzato: vi è un obbligo del creditore istante di notificare al debitore fallendo l'anticipazione dell'udienza di audizione *medio tempore* rinviata d'ufficio? Ed in particolare: tale obbligo permane anche se è già intervenuta la notifica del decreto di fissazione dell'udienza originaria, in rapporto alla quale tuttavia il debitore non ha svolto alcuna attività difensiva (*rectius*: non si è costituito nel termine di sette giorni prima dell'udienza)? Se la risposta a queste domande è positiva, allora la sentenza di fallimento - come rilevato dalla S.C. - è da ritenersi nulla in caso di omessa notifica dell'istanza di anticipazione.

(14) Sugli effetti conseguenti alle diverse modalità di proposizione della domanda v., per maggiori riferimenti, M. Gaboardi, *La domanda di reclamo prefallimentare e la garanzia del giusto processo*, in questa *Rivista*, 2017, 1292 ss.

(15) Cfr. la ricostruzione della complessa vicenda notificatoria svolta dalla S.C. al punto 5.1 della sentenza in commento.

(16) Ed infatti, a quanto risulta dalla lettura della sentenza in commento, nessun motivo di impugnazione o rilievo critico è stato sollevato su questi punti né dal ricorrente né dal controricorrente.

(17) Le parole tra virgolette sono tratte dalle sentenze in commento: cfr. punto 5.2.

(18) Sul punto v. Cass. 1° marzo 2017, n. 5253; Cass. 6 novembre 2013, n. 24968, richiamate anche nella sentenza in

commento: le pronunce traggono la comune conseguenza secondo cui "il ricorso per la dichiarazione di fallimento può essere validamente notificato presso la sede della società cancellata, ai sensi dell'art. 145, comma 1, c.p.c.". Cfr. in questo senso anche Cass. 13 settembre 2013, n. 21026.

(19) Sul punto la S.C. richiama, nella sentenza in commento, quell'orientamento giurisprudenziale che assicura la regolare instaurazione del contraddittorio nei confronti della società e del socio illimitatamente responsabile (esposto, come tale, al rischio di fallimento in proprio per ripercussione) a seguito della notifica della domanda di fallimento alla persona fisica del legale rappresentante: Cass. 3 settembre 2013, n. 20170; Cass. 24 luglio 1992, n. 8924, in questa *Rivista*, 1993, 48 ss.



Per rispondere a questi interrogativi la Corte ha seguito un ragionamento sostanzialmente condivisibile, ma che sotto alcuni profili sembra provare troppo.

Anzitutto, i giudici di legittimità osservano che la specialità del rito camerale prefallimentare e l'importanza della convocazione dell'imprenditore per la realizzazione del contraddittorio impongono il riconoscimento di un obbligo di notifica della nuova udienza conseguente al *differimento officioso* della prima. La Corte ritiene, in particolare, che una simile conclusione sia resa necessaria dall'inapplicabilità al rito prefallimentare del principio del rinvio automatico dell'udienza di comparizione delle parti se nel giorno originariamente fissato il giudice non tiene udienza (art. 82, comma 1, disp. att., c.p.c.), trattandosi di un principio dettato per il solo rito ordinario e, pertanto, incompatibile con la struttura e con le esigenze di celerità e concentrazione dell'istruttoria prefallimentare. La Corte precisa, però, che l'obbligo di notificare il differimento officioso vale quando esso sia stato disposto dal tribunale fallimentare "senza che risulti annotato sul ruolo d'udienza alcun provvedimento di rinvio" (20), lasciando così intendere, se non erro, che, in presenza dell'annotazione, quell'obbligo notificatorio verrebbe sostanzialmente meno.

In effetti, la centralità dell'udienza di comparizione - anche solo al fine di consentire l'audizione personale dell'imprenditore - e comunque l'assenza di un obbligo di difesa tecnica del debitore fallendo inducono a ritenere che il regime informativo del differimento (tanto più se disposto officiosamente) debba derogare a qualunque logica presuntiva ed assicurare al debitore la conoscenza diretta della nuova data dell'udienza. Non è difficile, però, conciliare questa conclusione con la deroga all'obbligo di notifica che sembra essere consentita dalla Corte nell'eventualità in cui il provvedimento di rinvio sia stato annotato sul ruolo d'udienza. Questa circostanza si rivela, infatti, adeguata a consentire l'effettiva conoscenza del differimento anche da parte del debitore fallendo, il quale, avendo ricevuto la notifica del decreto di fissazione della prima udienza (e avendo, quindi, conoscenza del procedimento), non può nemmeno ignorare il differimento di tale udienza in caso di annotazione del provvedimento di rinvio. Se è vero, infatti, che il

debitore fallendo conserva il diritto di essere sentito e, quindi, di difendersi nella *nuova* udienza anche senza l'assistenza di un difensore, può ammettersi tuttavia che tale diritto non sia pregiudicato dall'omessa notifica del provvedimento di rinvio officioso ogni qualvolta non solo questo è stato, per l'appunto, annotato sul ruolo d'udienza, ma il debitore è stato posto anche nelle condizioni di presenziare all'udienza *originaria*. Risulta, invece, difficile comprendere esattamente la portata della decisione in commento nella parte in cui, dopo aver raggiunto questa conclusione, osserva che la "mancata riconvocazione" - vale a dire: l'omessa notifica del differimento della prima udienza - impedisce al debitore di avere "conoscenza dell'alternativa possibilità di rappresentare le proprie ragioni ... fino a sette giorni prima dell'udienza", comportando addirittura il rischio che il debitore sia dichiarato fallito "a sua insaputa" (21). Ora, se l'imprenditore ha ricevuto la notifica del decreto di fissazione della prima udienza ed è stato così posto a conoscenza del procedimento prefallimentare, si può ritenere che egli sia consapevole, per lo meno, di due fatti processuali: la pendenza dell'istruttoria prefallimentare nei suoi confronti con convocazione personale all'udienza, e altresì, a me pare, il diritto di depositare memorie e documenti entro un termine - appositamente fissato nel decreto - anteriore all'udienza stessa. Se così è, allora la mancata riconvocazione del debitore è certamente illegittima, ma non già, io credo, perché il debitore non ha conoscenza della possibilità di rappresentare le proprie ragioni prima dell'udienza. Infatti, tale possibilità - e, con essa, fra l'altro, quella di conoscere l'eventuale declaratoria del fallimento - è garantita proprio dalla notifica del decreto di fissazione della prima udienza. Essa permette al debitore di decidere se comparire all'udienza per l'audizione personale e difendersi per iscritto, se del caso tramite un difensore, prima dell'udienza. Qualora, nonostante la notifica del decreto di fissazione, l'imprenditore scelga di non svolgere alcuna attività difensiva prima dell'udienza, allora - e solo allora - si pone il problema della violazione del diritto di difesa mediante memoria scritta, posto che l'omessa notifica del differimento dell'udienza impedirebbe al debitore di esercitare un potere che, a seguito del differimento, viene rinviato in rapporto alla nuova udienza (*rectius*: a sette giorni prima della nuova udienza) (22).

(20) Le parole tra virgolette sono tratte dalla sentenza in commento (cfr. punto 5.3.1). In questo senso v. già Cass. 14 novembre 2003, n. 17185, in questa *Rivista*, 2005, 140 ss.

(21) Le parole tra virgolette sono tratte dalla sentenza in commento (cfr. punto 5.3.2).

(22) Questa conclusione presuppone evidentemente che il differimento della prima udienza debba comportare - alla stessa

stregua di quanto previsto dall'art. 168 *bis*, comma 5, c.p.c. - lo spostamento del termine anteriore all'udienza per il deposito di memorie scritte e documenti. Sebbene si propenda per l'attribuzione di una natura non decadenziale al termine di cui all'art. 15, comma 4, l.fall. (v. anche il punto 5.3.5 della sentenza in commento), sembra ragionevole ritenere che il differimento dell'udienza prefallimentare non costituisca un semplice rinvio della

**(segue): l'anticipazione dell'udienza rinviata d'ufficio**

La stessa motivazione che ha indotto la Corte a ritenere obbligatoria la notifica del differimento dell'udienza giustifica la nullità del procedimento e della sentenza anche nel caso dell'omessa notifica dell'anticipazione dell'udienza che sia stata precedentemente rinviata d'ufficio.

Qui la violazione del diritto al contraddittorio si palesa in una forma ancora più evidente e grave, posto che, da un lato, l'anticipazione dell'udienza è un'eventualità che dipende per lo più dall'iniziativa di parte e, dall'altro lato, l'onere di verificare periodicamente la mancata anticipazione dell'udienza supera senza dubbio quel normale dovere di diligenza che deve contraddistinguere l'agire processuale delle parti. Il carattere obbligatorio della convocazione (e dell'audizione) dell'imprenditore nella rinnovata disciplina dell'istruttoria prefallimentare impone, infatti, di valutare con rigore le condizioni minime necessarie per assicurare la conoscenza della predetta convocazione e, quindi, l'effettiva partecipazione del debitore all'udienza.

Anzitutto, l'obbligo di notificare l'anticipazione dell'udienza discende, come detto, dal fatto che tale provvedimento non può che conseguire ad un'istanza di parte. Come rileva la stessa S.C. alla luce della propria giurisprudenza, il combinato disposto degli artt. 175, comma 2 e 168 bis, commi 4 e 5, c.p.c. impedisce di riconoscere un generale potere di anticipazione d'ufficio della prima udienza (23). Da queste disposizioni emerge, infatti, che i poteri officiosi di direzione del processo sono assegnati al giudice istruttore in funzione della natura procedimentale del giudizio, vale a dire: in funzione del suo necessario *procedere* verso la sentenza definitiva; di talché, come lo svolgimento del processo può attuarsi soltanto mediante "udienze successive" (art. 175, comma 2),

così la comparizione delle parti e, comunque, la prima udienza possono essere soltanto rimandate o differite dal giudice istruttore (art. 168 bis, commi 4 e 5). In un simile contesto, la stessa logica dell'anticipazione dell'udienza si rivela, dunque, difficilmente conciliabile con l'esercizio di un potere officioso e, in generale, con la struttura stessa del procedimento giurisdizionale, senza che, sotto questo profilo, assuma peraltro rilevanza il fatto che il procedimento si svolga secondo le forme del processo ordinario ovvero quelle del processo camerale (24).

Del resto, se è vero che non mancano nella prassi i casi di provvedimenti anticipatori dell'udienza e finanche della prima udienza, è altrettanto vero che essi conseguono, di regola, ad un'istanza di parte e vanno necessariamente concessi con particolare prudenza al di fuori delle poche ipotesi in cui sono consentiti dalla legge (25). Peraltro, non varrebbe obiettare in contrario che, grazie alla possibilità di anticipazione dell'udienza, si può favorire l'accelerazione dei tempi processuali, atteso che un esercizio diffuso dell'istanza di anticipazione dell'udienza finirebbe per comprimere il potere di direzione dello svolgimento del processo da parte del giudice. Inoltre, non può trascurarsi, a questo proposito, che l'ordinamento processuale consente alla parte di agire per una più celere definizione del giudizio mediante il più congruo potere di chiedere la riduzione dei termini processuali; un potere, quest'ultimo, che è significativamente previsto anche nella disciplina dell'istruttoria prefallimentare con riguardo, in particolare, al decorso dei cc.dd. termini a difesa di cui all'art. 15, commi 3 e 4 (*id est* il termine minimo di quindici giorni tra la notifica del ricorso e la data dell'udienza ed il termine minimo di sette giorni prima dell'udienza per il deposito di memorie e documenti) (26). Di qui la convinzione che, se è vero - come è vero - che l'anticipazione dell'udienza dev'essere concessa su istanza di parte e per ragioni

comparizione delle parti, ma per l'appunto uno spostamento dell'udienza e, pertanto, dei poteri processuali che sono ad essa collegati. Vi è da chiedersi, se la conclusione raggiunta nel testo debba essere disattesa nel caso in cui il differimento dell'udienza sia adottato dal giudice successivamente al deposito - anteriore, come detto, all'udienza - della memoria scritta e dei documenti offerti in comunicazione da parte del debitore. In questo caso, infatti, sarebbe difficile sostenere che la mancata notifica del rinvio dell'udienza comprime il diritto di difesa dell'imprenditore, dal momento che questo sarebbe esercitato proprio attraverso la memoria e i documenti depositati. Vero è, tuttavia, che l'omessa notifica impedirebbe comunque la convocazione del debitore, limitando così la garanzia processuale del contraddittorio rispetto al momento dell'audizione da parte del giudice.

(23) Così, in particolare, Cass. 7 dicembre 2011, n. 26361, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 1753 (citata anche nella sentenza in

commento); Cass. 22 febbraio 1996, n. 1402, *ivi*, *Mass.*, 1996, 237.

(24) V. in questo senso la sentenza in commento (punto 5.3.3).

(25) L'ipotesi senza dubbio più rilevante è quella delineata nell'art. 163 bis, commi 2 e 3, c.p.c. (che sarà richiamata anche *infra* nel testo), nella quale, tuttavia, accanto all'eventualità - analoga a quella dell'art. 15 l.fall. - in cui l'attore chiede l'anticipazione dell'udienza per ragioni di urgenza, è prevista la possibilità che l'istanza di anticipazione non sia formulata da chi ha agito per la fissazione dell'udienza originaria (l'attore, appunto), ma da chi, per così dire, ha subito la determinazione di tale udienza per iniziativa della controparte (il convenuto).

(26) Si tratta di termini abbreviabili anche d'ufficio quando ricorrono particolari ragioni d'urgenza ai sensi dell'art. 15, comma 5, l.fall., alla stessa stregua del termine di quarantacinque giorni tra la data dell'udienza e quella del deposito del ricorso (sulla abbreviabilità d'ufficio di tutti questi termini v. Cass. 5 febbraio

di particolare gravità (come quella concernente l'impedimento alla declaratoria di fallimento per il decorso del termine annuale dalla cancellazione dal registro delle imprese), allora devono essere assicurate le condizioni per consentire alla parte non richiedente la conoscibilità della nuova data di udienza. E ciò si rende appunto possibile soltanto attraverso l'imposizione, a pena di nullità del procedimento, di un obbligo di notifica del provvedimento anticipatorio a cura della parte istante, così da condizionare la validità del procedimento al rispetto della garanzia del contraddittorio in relazione alla nuova udienza.

D'altra parte, se si esclude l'obbligo di notifica del provvedimento di anticipazione, si finirebbe per imporre alla parte che non ha richiesto il provvedimento anticipatorio un gravoso onere di verifica periodica in merito alla persistenza dell'udienza nella data originariamente fissata dalla controparte o dal giudice. Tale conseguenza, che sarebbe intollerabile quand'anche l'anticipazione fosse disposta officiosamente dal giudice, va contrastata soprattutto perché promana da un'iniziativa di parte che contrasta con il normale andamento del processo e, pertanto, con la legittima aspettativa della controparte a veder confermata l'udienza originariamente fissata o, al più, a vederla rinviata ad una data successiva. Ciò è ben dimostrato - io credo - dal fatto che quando la legge processuale consente una richiesta di anticipazione dell'udienza (come sembra accadere, ad esempio, nel caso del termine a comparire eccedente il minimo indicato dall'art. 163 *bis* c.p.c.) (27), essa mira a tutelare un interesse di quella parte che non ha contribuito alla fissazione della data dell'originaria udienza: ed infatti, è il convenuto che ha scelto di costituirsi prima della scadenza del termine minimo ad essere legittimato a chiedere che "l'udienza per la comparizione delle parti sia fissata con congruo anticipo su quella indicata dall'attore" (art. 163 *bis*, comma 3, c.p.c.). Trova così applicazione un fondamentale principio di *autoresponsabilità* processuale (28), in forza del quale le conseguenze

dell'anticipazione possono considerarsi legittime solo quando sono consapevolmente volute - o, per lo meno, accettate - dalla parte che ha richiesto l'anticipazione. Un tale principio è destinato a trovare applicazione anche nel procedimento prefallimentare, in quanto, se la proposizione della domanda nelle forme del ricorso comporta che la data della prima udienza sia fissata *ex officio* dall'organo giudiziario (29), il provvedimento anticipatorio, derivando normalmente da un'iniziativa della parte ricorrente, dev'essere comunque notificato alla controparte per informarla delle differenti tempistiche di esercizio del suo diritto di difesa. E qualora la controparte sia un debitore fallendo, tale obbligo notificatorio risulta ancora più stringente, considerata l'obbligatorietà dell'audizione dell'imprenditore e la centralità dell'udienza per l'esercizio del diritto al contraddittorio in sede di istruttoria prefallimentare. Nella prospettiva dell'autoresponsabilità un controllo periodico e frequente in ordine alla non anticipazione dell'udienza prefallimentare si tradurrebbe in un onere insostenibile per l'imprenditore, il quale, non essendosi ancora costituito in vista della prima udienza o di quella differita *ex officio* né avendovi ancora partecipato personalmente, non è neppure in grado di conoscere la richiesta di anticipazione e l'esito decisorio del giudice. Soltanto l'obbligo di notifica del provvedimento che concede l'anticipazione - a cura della parte istante - può quindi legittimamente liberare il debitore fallendo da un improprio onere processuale, a cui peraltro sarebbe condizionata l'attuazione della garanzia del contraddittorio nell'istruttoria prefallimentare. Questa conclusione - rileva inoltre la Corte nella sentenza in commento - va ribadita anche quando la notifica del provvedimento di anticipazione non si sia potuta realizzare per irreperibilità del debitore che "si sia sottratto volontariamente o per colpevole negligenza al procedimento" (30). E questo è quanto accaduto - come si è sopra rilevato - anche nella vicenda oggetto della pronuncia in esame, nella quale la notifica del decreto di fissazione della prima udienza si è

2014, n. 2561; *contra* invece F. De Santis, Sub art. 15, cit., 318 che limita - forse troppo rigorosamente rispetto al dettato legislativo - l'attuazione del potere di abbreviare i termini alle sole ipotesi in cui l'abbreviazione sia stata richiesta da una delle parti).

(27) Per questa ipotesi cfr. C. Mandrioli - A. Carratta, *Diritto processuale civile*<sup>20</sup>, II, Torino, 2017, 17-18.

(28) Sul principio di autoresponsabilità v., in generale, S. Pugliatti, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 463 ss.; con riferimento all'attuazione di questo principio nel processo civile v. soprattutto A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in L. Marafioti - R. Del Coco (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2012, 17

ss.; S. Menchini, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 979 ss.

(29) Sia il creditore che il debitore fallendo non hanno, dunque, possibilità di incidere sulla determinazione della data della prima udienza, con la conseguenza che in astratto entrambi possono vantare un interesse all'anticipazione di tale udienza senza violazione del principio di autoresponsabilità.

(30) Le parole tra virgolette sono tratte dalla sentenza in commento: cfr. punto 5.4.1. Ma v. già Cass. 19 maggio 2014, n. 10954; Cass. 27 settembre 2013, n. 22218, in questa *Rivista*, 2014, 702 ss. (*contra*, invece, Cass. 7 gennaio 2008, n. 32, *ivi*, 2008, 775 ss., secondo cui, in forza del necessario contemperamento del diritto di difesa e dell'esigenza di celerità del procedimento,

perfezionata presso la residenza del legale rappresentante (e socio accomandatario) della fallita, mentre la notifica del provvedimento anticipatorio - disposta dal giudice delegato entro un congruo termine prima della nuova data d'udienza - ha avuto esito negativo "per irrintracciabilità del destinatario e dei suoi parenti", "nonostante le ricerche effettuate ... presso l'abitazione di residenza" del legale rappresentante ("risultata per altro disabitata ed in vendita") e "i numerosi tentativi effettuati ... anche a mezzo telefono" (31).

La Corte, confermando i propri numerosi precedenti conformi, rileva che l'obbligo di notifica della data d'udienza è divenuto un "adempimento indefettibile" a seguito della "procedimentalizzazione del giudizio e delle attività di trattazione ed istruttoria" introdotta con la riforma dell'art. 15 l.fall. (32). Sebbene i precedenti richiamati nella sentenza in commento riguardino la notifica del decreto di fissazione della prima udienza, il principio che sancisce l'inderogabilità della notifica concernente il provvedimento di fissazione dell'udienza anche nei casi in cui il mancato perfezionamento della notifica dipenda dalla *colpevole negligenza* o, addirittura, dal comportamento *volontario* del debitore fallendo può trovare applicazione anche in rapporto al provvedimento di anticipazione della predetta udienza (o di quella rinviata d'ufficio). In entrambi i casi, infatti, l'omissione della notifica finisce per ostacolare la regolare instaurazione del rapporto processuale, così da determinare un'analoga violazione della garanzia del contraddittorio.

La conclusione è da ritenersi assolutamente pacifica (33). Vi è solo forse da fare qualche osservazione in merito al fatto che persista il diritto al ricevimento della notifica anche in capo all'interessato che assuma un contegno colpevolmente o intenzionalmente ostantivo alla sua ricezione. La legge processuale dà pieno rilievo alla condizione di irreperibilità del destinatario, assumendola come una condizione in cui può venirsi legittimamente a trovare la parte nei cui confronti sia diretto un atto processuale soggetto ad obbligo di notifica. Che l'irreperibilità consegua o meno ad

una causa imputabile al destinatario è invece un aspetto che non muta il carattere doveroso della notifica, essendo questa posta a salvaguardia del valore del contraddittorio, e cioè di un valore che è certamente superiore a quello - soltanto ipotizzabile - di una maggiore efficienza del procedimento in conseguenza della sua regolare prosecuzione (e conclusione) nonostante l'omessa notifica imputabile al comportamento del suo destinatario. D'altra parte, l'impossibilità di notifica al destinatario nelle forme degli artt. 138 e 139 c.p.c. (e, trattandosi del legale rappresentante di una società, anche dell'art. 141 c.p.c.), se è determinata dall'irreperibilità della persona, non impedisce il ricorso alle forme residuali della notifica *ex art.* 143 c.p.c.; una modalità di notifica, quest'ultima, che non è stata invece presa in considerazione nella vicenda all'esame della Corte di cassazione. Per quanto, infatti, la sentenza in commento ometta ogni riferimento sul punto, viene fatto di pensare che la ragione per cui nessun tentativo *ex art.* 143 sia stato esperito dal ricorrente risieda nel fatto che *medio tempore* sarebbe spirato il termine annuale previsto dall'art. 10 l.fall. e, con esso, l'ammissibilità della domanda di fallimento. In questa circostanza, però, finisce per manifestarsi una sostanziale responsabilità del ricorrente - richiedente l'anticipazione dell'udienza - per il mancato perfezionamento della notifica. Una responsabilità, quest'ultima, di cui potrebbe anche scorgersi un ulteriore profilo nella scelta dello stesso ricorrente di chiedere un'anticipazione dell'udienza rinviata in luogo dell'abbreviazione dei termini processuali di cui all'art. 15, comma 5, l.fall., con la quale lo spirare del termine annuale dalla cancellazione della società dal registro delle imprese si sarebbe forse potuto prevenire.

Giova infine notare che i termini della questione non sembrano mutare nemmeno in rapporto al "procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza" introdotto dalla recente legge delega per la (nuova) riforma del diritto concorsuale (L. 19 ottobre 2017, n. 155) (34). La più

l'adempimento di ulteriori formalità notificatorie non è necessario "allorquando l'irreperibilità dell'imprenditore debba imputarsi a sua negligenza ed a condotta non conforme agli obblighi di correttezza di un operatore economico").

(31) Le parole tra virgolette sono tratte ancora dalla sentenza in commento: cfr. punto 5.1.

(32) Le parole tra virgolette sono tratte dalla sentenza in commento: cfr. punto 5.4.1. (ove anche l'indicazione dei precedenti conformi).

(33) Cfr., *ex multis*, Cass. 29 ottobre 2010, n. 22151, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1387; in questo senso anche Cass. 27 settembre 2013, n. 22218, cit. Per maggiori riferimenti, v. anche M. Ferro, *Sub art. 15*, cit., 246-247.

(34) Per un primo esame della normativa contenuta nella legge delega e dei lavori preparatori della Commissione Rordorf, v. M. Fabiani, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2017, *passim*, nonché G. D'Attorre, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. Società*, 2017, 517 ss.; S. Ambrosini, *La nuova crisi d'impresa*:



recente versione della bozza del primo decreto legislativo attuativo di tale delega, contenente il c.d. “codice della crisi e dell’insolvenza” (35), prevede infatti che la fase processuale - comune ed unitaria (36) - di accertamento della crisi o dell’insolvenza si debba svolgere secondo forme processuali che, senza più richiamare il rito in camera di consiglio, riflettono molte delle caratteristiche dell’ancora vigente istruttoria prefallimentare (artt. 40 e 41). In particolare, l’instaurazione del contraddittorio continua ad esigere la notifica, “a cura dell’ufficio”, del ricorso depositato e del decreto di convocazione del debitore, che nel procedimento di “liquidazione giudiziale” - moderna denominazione dell’ormai obsoleto fallimento - “può stare in giudizio personalmente” (art. 40, commi 4 e 5) (37). La persistente centralità dell’udienza (e della presenza del debitore) per l’attuazione del contraddittorio preconcorsuale e la conservazione delle medesime scadenze processuali di cui al vigente art. 15 l.fall. (38) rendono ancora insostituibile la notifica al debitore del decreto di convocazione, come pure quella dell’eventuale provvedimento di anticipazione dell’udienza o, in assenza di un’apposita iscrizione sul ruolo d’udienza, anche quella del suo differimento officioso.

### Revoca del fallimento e rimessione della causa al primo giudice

Da ultimo, viene ad emergere un punto della sentenza in commento che merita qualche specifica

considerazione con riferimento alle ricadute processuali dell’accertamento della nullità della sentenza di fallimento per omessa notifica dell’anticipazione dell’udienza.

Mi riferisco, in particolare, alla conclusione secondo cui la disciplina riformata del procedimento per la dichiarazione di fallimento consente la regressione della causa in primo grado anche al giudice del reclamo che, in accoglimento dell’impugnazione avverso la sentenza fallimentare, abbia accertato un vizio di nullità del procedimento e, dunque, della sentenza. La conclusione, che è ormai condivisa da un orientamento giurisprudenziale consolidato (39), disattende l’impostazione affermatasi nel vigore della disciplina previgente, in rapporto alla quale la struttura bifasica del procedimento prefallimentare di primo grado, caratterizzato da una fase sommaria e da una successiva fase oppositiva (ma non impugnatoria) a contraddittorio pieno, rendeva impraticabile al giudice d’appello che avesse accertato un vizio del procedimento la rimessione della causa al giudice di primo grado (40). Secondo questa impostazione, infatti, l’accertamento del vizio processuale e la conseguente declaratoria di nullità della sentenza di fallimento avrebbe comportato soltanto la cessazione della procedura, senza possibilità di decisione nel merito da parte del giudice d’appello, ma soltanto con la possibilità di iniziare “una nuova fase procedimentale prefallimentare ... con riferimento ai fatti ed alle circostanze soggettive ed oggettive esistenti all’epoca della [nuova] dichiarazione” (41).

*l. 132/15 e prossima riforma organica*, Torino, 2016, 139 ss.; v. anche M. Gaboardi, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profili processuali*, in *Riv. Società*, 2018, 137 ss.

(35) L’attuazione della legge delega del 2017 ha prodotto, allo stato, due schemi di decreti legislativi delegati, che hanno visto la luce nella loro prima versione nel dicembre del 2017: l’uno dedicato all’introduzione di un “codice della crisi e dell’insolvenza” e destinato a sostituire ed ampliare il R.D. 16 marzo 1942, n. 267, l’altro destinato a introdurre talune modifiche alla codice civile in materia societaria. Il primo di questi due schemi di decreti legislativi ha subito una profonda trasformazione con la stesura di una seconda bozza nel mese di ottobre 2018: ed è, appunto, a questa più recente (ma non ancora definitiva) versione del provvedimento che ci si richiamerà tra breve nel testo.

(36) La struttura delle procedure concorsuali introdotta dalla legge delega del 2017 ed attuata dal codice della crisi e dell’insolvenza prevede, infatti, un comune *iter* processuale volto all’accertamento della condizione patrimoniale del debitore - in termini, appunto, di crisi o insolvenza - e propedeutico all’accesso a qualsiasi procedura di soluzione patrimoniale del debitore.

(37) Giova rilevare che l’espressa menzione del potere di stare in giudizio personalmente in capo al debitore che potrebbe essere assoggettato alla liquidazione giudiziale non compariva nella prima bozza dello schema di decreto legislativo, sebbene si parlasse anche in quella sede di convocazione del debitore (v. art. 45 del primo schema di decreto legislativo).

(38) E cioè: un termine minimo di quindici giorni tra la data della notifica e quella dell’udienza ed un termine minimo di sette giorni prima dell’udienza per la presentazione di memorie e documenti.

(39) Cfr. Cass. 11 luglio 2013, n. 17205; Cass. 8 novembre 2013, n. 25218; Cass. 18 settembre 2015, n. 18339. Tutti e tre i precedenti, menzionati anche dalla sentenza in commento, sono coerenti nel riconoscere che, “quando la revoca del fallimento non preclude la rinnovazione della dichiarazione di fallimento (come nel caso ... di meri vizi processuali) il giudice del reclamo deve sempre rimettere la causa al primo giudice, poiché non può discendere dalla natura di reclamo del procedimento di gravame l’inapplicabilità dell’art. 354 c.p.c.” (così, in particolare, la sentenza da ultimo richiamata).

(40) In questo senso v., in particolare, Cass. 2 agosto 1990, n. 7760, in questa *Rivista*, 1990, 30 ss.; Cass. 8 gennaio 1994, n. 145, *ivi*, 1994, 587 ss., secondo le quali “la nullità di essa [*id est*: della procedura prefallimentare] ... travolge tutti gli atti consequenziali, ivi inclusi il giudizio di cognizione di primo grado, la sentenza relativa ed il giudizio di secondo grado”. Più recentemente v. anche Cass. 13 settembre 2011, n. 18762 che, nel ribadire tali principi in rapporto ad una vicenda cui era applicabile *ratione temporis* il rito prefallimentare riformato, non sembra considerare le modifiche del giudizio di primo grado ex art. 15 l.fall. introdotte dalle riforme del 2006-2007.

(41) Così Cass. 2 agosto 1990, n. 7760, cit.

In particolare, le peculiarità del rito prefallimentare riformato - e cioè: la “natura inquisitoria”, la “sommarietà delle prove acquisibili, tra cui quelle rilevabili e attuabili d’ufficio dal giudice”, la “celerità” e l’assenza della “cognizione piena” (42) - avrebbero dovuto escludere l’applicazione delle norme sull’impugnazione del rito ordinario, ivi compresa la regressione della causa in primo grado per nullità della notifica dell’atto di instaurazione del contraddittorio (art. 354, comma 1, c.p.c.) (43). Ma la distanza esistente tra il rito ordinario e il rito prefallimentare anteriore alla riforma era espressa soprattutto dal carattere potenzialmente officioso della dichiarazione di fallimento, in ragione del quale “il ricorso del creditore poteva essere ricondotto nell’alveo delle iniziative sollecitatorie dell’esercizio del potere officioso” (44), con la conseguenza che la dichiarazione di nullità della sentenza di fallimento rendeva finanche superflua la rimessione della causa al primo giudice poiché “il tribunale - come ha osservato la stessa giurisprudenza di legittimità - era nella condizione, dopo l’annullamento della sentenza, di valutare se promuovere o meno il procedimento per una nuova dichiarazione di fallimento” (45).

Dopo un’attenuazione della officiosità del procedimento a tutela della terzietà ed imparzialità del tribunale fallimentare (46), l’abrogazione della

dichiarazione d’ufficio del fallimento ha consentito di attribuire al ricorso del creditore la natura e lo statuto della domanda giudiziale, mentre il rafforzamento delle garanzie processuali e l’abolizione della struttura bifasica del giudizio prefallimentare di primo grado ha ricondotto il giudizio di impugnazione della sentenza di fallimento nell’ambito dei processi d’appello a cui sia applicabile, nonostante talune peculiarità, quel corollario del carattere *devolutivo* dell’impugnazione che è dato dall’inammissibilità del gravame per motivi di solo rito (o, per lo meno, come osserva la giurisprudenza, per motivi di rito che non si riflettono negativamente sulla decisione di merito) (47). D’altra parte, il carattere devolutivo dell’impugnazione avverso la sentenza di fallimento è confermato, malgrado la qualificazione dell’impugnazione in termini di reclamo (48), dalla rilevanza dei *motivi* e dal rispetto del *contraddittorio* come limite all’assunzione, anche d’ufficio, dei mezzi di prova ritenuti necessari (art. 18, commi 2 e 10, l.fall.). Il conseguente onere dell’impugnante di censurare sempre nel merito la sentenza di fallimento, derivando dal carattere devolutivo dell’impugnazione, deve coordinarsi allora con le ipotesi eccezionali degli artt. 353 e 354 c.p.c. in cui l’impugnazione può essere legittimamente limitata alla denuncia di motivi di nullità specificamente individuati (49). Di qui la conclusione che la

(42) Le parole tra virgolette sono tratte ancora da Cass. 2 agosto 1990, n. 7760, cit.

(43) Per l’analisi delle ipotesi di cui all’art. 354 c.p.c., in rapporto a quella dell’art. 353 c.p.c., v. G. Balena, *La rimessione al primo giudice*, Napoli, 1984, *passim*; G. Olivieri, *La rimessione al primo giudice nell’appello civile*, Napoli, 1999, *passim*.

(44) Così Cass. 11 luglio 2013, n. 17205, cit. Nel senso che, di fronte all’iniziativa officiosa per la dichiarazione di fallimento, il ricorso del creditore degradava ad “una mera denuncia-segnalazione” - per impiegare ancora un’espressione usata nella sentenza citata - v. già G.A. Micheli, *Il processo di fallimento nel quadro della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 17 ss.; E. Garbagnati, *Fallimento ed azioni dei creditori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 361 ss. S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*<sup>6</sup>, Roma, 1966, 37, 55, sul presupposto che “il fallimento non è un processo in contraddittorio”, osservava che “il creditore che domanda il fallimento esercita ... la sua azione esecutiva, trasformata dallo stato di insolvenza [in] un potere di chiedere l’esecuzione nella forma necessaria dell’esecuzione collettiva”. Per maggiori richiami sul punto v. anche M. Fabiani, *Sub artt. 6-7, Il nuovo diritto fallimentare*, I, cit., 110 ss.

(45) Così ancora Cass. 11 luglio 2013, n. 17205 cit.

(46) Il riferimento è all’intervento di Corte cost. 15 luglio 2003, n. 240, in questa *Rivista*, 2003, 1049 ss., la quale, pur ritenendo infondata la questione di legittimità costituzionale dei previgenti artt. 6 e 8 l.fall. in rapporto all’art. 111 Cost., osservava che “[l]’iniziativa officiosa ... non lede il principio di imparzialità terzietà del giudice, quando il procedimento è strutturato in modo che il giudice conservi il requisito di soggetto *super partes* ed equidistante rispetto agli interessi coinvolti, così come accade nel diritto vigente, in forza del quale il giudice, senza alcuna discrezionalità, deve avviare la procedura fallimentare esclusivamente nell’ipotesi in cui abbia acquisito la conoscenza di una situazione di insolvenza

nel corso di un giudizio nel quale sia parte l’imprenditore interessato, dopo aver consentito a questi il pieno esercizio del diritto di difesa in relazione alla *notitia decoctionis*”.

(47) Così, in particolare, Cass., SS.UU., 14 dicembre 1998, n. 12541, in *Giust. civ.*, 1999, I, 394 ss.

(48) Nel senso che l’attribuzione della qualifica di reclamo al mezzo impugnatorio della sentenza di fallimento non ne pregiudica la natura di mezzo devolutivo a cui siano applicabili i principi generali in materia di appello, v., per tutti, F. De Santis, *Le impugnazioni*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio - M. Fabiani, Bologna, 2010, 93 ss.; Id., *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012, 319-320. In senso contrario, v. Cass. 24 maggio 2012, n. 8227, cit. e Cass. 2 aprile 2012, n. 5257, cit., secondo cui il reclamo, “in coerenza con la natura camerale dell’intero procedimento, è caratterizzato, per la sua specialità, da un effetto devolutivo pieno, non soggetto ai limiti previsti, in tema di appello, dagli artt. 342 e 345 c.p.c.”. Con riferimento, invece, all’appello introdotto dalla riforma del 2006, v. M. Fabiani, *Sub art. 18, in Il nuovo diritto fallimentare*, I, cit., 351 ss. ove ampi riferimenti.

(49) Sulla dibattuta questione della tassatività delle disposizioni degli artt. 353-354 c.p.c. v. Cass. 12 aprile 2017, n. 9515; Cass., SS.UU., 19 aprile 2010, n. 9217, in *Foro it.*, 2010, I, 2043 ss. In dottrina, la posizione è stata sostenuta, in particolare, da G. Balena, *La rimessione al primo giudice*, cit., 330 ss.; C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*<sup>2</sup>, Padova, 2008, 160 ss. Sebbene quello della tassatività, rappresenti un principio consolidato in dottrina e in giurisprudenza sulla scorta della tutela del doppio grado di giurisdizione sul merito e, da ultimo, della ragionevole durata del processo, non si può tuttavia trascurare che sono talvolta ammesse interpretazioni estensive delle predette disposizioni (v., ad esempio, Cass. 16 luglio 1998, n. 6954, in *Giust. civ.*, 1999, 921 ss.): in dottrina la posizione più permissiva

dichiarazione di nullità della sentenza fallimentare conseguente all'omessa notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza - come pure, per quanto detto nelle pagine precedenti, la nullità conseguente all'omessa notifica del provvedimento di anticipazione dell'udienza - imporrà alla corte d'appello di annullare la dichiarazione di fallimento per violazione del contraddittorio e di rimettere la causa al tribunale fallimentare, che sarà così (re)investito del compito di pronunciarsi sulla domanda di fallimento. Del resto, la natura camerale del rito prefallimentare non sembra ostacolare l'applicazione dell'art. 354, atteso che - senza entrare nel merito della compatibilità del rito camerale *tout court* con le regole dell'appello ordinario (50) - la specialità del rito prefallimentare rende questo tipo di rito camerale un modello di giudizio (deformalizzato ma) a cognizione piena e soprattutto conforme al principio del contraddittorio anche in sede impugnatoria. È quindi condivisibile la conclusione della S.C. secondo cui, per contro, ogni qualvolta la revoca del fallimento (*rectius* l'annullamento della sentenza di rigetto del reclamo fallimentare) impedisce la rinnovazione della sua dichiarazione e,

quindi, ogni nuova attività istruttoria sui requisiti oggettivi e soggettivi del fallimento, il giudice d'appello non è tenuto alla rimessione della causa in primo grado, ma alla decisione della causa nel merito dopo aver annullato la sentenza di fallimento (51).

Ne consegue, quindi, che anche la Corte di cassazione, quando accoglie il ricorso avverso la sentenza di rigetto del reclamo fallimentare, deve prendere atto che la rinnovazione della domanda di fallimento è definitivamente preclusa in virtù:

- dell'annullamento della sentenza di secondo grado e  
- del fatto che non sono necessari ulteriori accertamenti istruttori per pronunciarsi sulla domanda di fallimento,

così da poter decidere nel merito e revocare la dichiarazione di insolvenza.

Nella specie, poi, l'impedimento alla rinnovazione della domanda di fallimento era reso ben evidente ed inequivoco - tale, cioè, da non rendere necessari ulteriori accertamenti di fatto - dal decorso del termine annuale di cui al menzionato art. 10 l.fall. per la dichiarazione di fallimento della società cancellata dal registro delle imprese.

è stata sostenuta, in particolare, da G. Olivieri, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, cit., 249 ss.; v. anche F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*<sup>7</sup>, II, Milano, 2013, 422 ss. che ammette l'interpretazione estensiva delle sole ipotesi in cui il giudice d'appello ritiene possibile una pronuncia di merito (artt. 353 e 354, comma 2, c.p.c.).

(50) Sebbene la giurisprudenza favorevole all'applicazione degli artt. 353-354 c.p.c. all'istruttoria prefallimentare ammetta *de plano* le regole dell'appello rescindente al rito camerale in assenza di disposizioni contrarie o incompatibili (v. la sentenza citata *supra* alla nota 42), la dottrina processualistica è assai più prudente sul punto, qualificando il reclamo camerale come un mezzo di impugnazione che richiede la formulazione di censure, ma a cui l'estensione delle disposizioni in tema di appello esige il

superamento di un vaglio di compatibilità (v., per tutti, E. Fazzalari, *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 346; v. anche Cass. 18 luglio 2005, n. 15151, secondo cui il reclamo ex art. 739 c.p.c. "non postula la specifica articolazione dei motivi richiesta dall'art. 342 c.p.c., il quale contiene un espresso richiamo alla necessità della allegazione dei fatti e della specificazione delle censure, in coerenza con la natura del provvedimento impugnato, e con la ritualità del procedimento introdotto con l'atto di appello, laddove nel reclamo l'effetto devolutivo è assicurato attraverso la semplice deduzione delle ragioni per le quali si sollecita la revisione del provvedimento reclamato, in un quadro di informalità e speditezza del rito").

(51) Così la sentenza in commento (v., in particolare, i punti 5.3.6 e 5.4.1).