

NOTE IN DIFESA DELL'INIBITORIA DEGLI EFFETTI ESECUTIVI DELLA SENTENZA DI FALLIMENTO (E DELLA PRONUNCIA SUL RECLAMO CHE LA CONFERMI).

I. Il caso

A séguito del fallimento dichiarato dal Tribunale di Alessandria, la società Orizzonti 3000 S.c.p.a. interponeva reclamo *ex art. 18 l.f.* dinanzi alla Corte d'appello di Torino, territorialmente competente. Quest'ultima rigettava il gravame. Pertanto, la società fallita proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza di rigetto del reclamo e chiedeva alla medesima Corte d'appello di Torino, mediante ricorso *ex art. 373 c.p.c.*, di sospendere l'esecuzione della sentenza di fallimento, confermata in seconde cure, poiché la prosecuzione del processo esecutivo fallimentare – in pendenza del giudizio di legittimità – avrebbe arrecato alla società istante un danno grave ed irreparabile, in particolare *sub specie* di decadenza dall'autorizzazione regionale in capo alla fallita all'esercizio dell'attività di gestione dei servizi e delle strutture socio-assistenziali.

L'adita Corte d'appello dichiarava l'inammissibilità del predetto ricorso, “non essendo applicabili alla sentenza dichiarativa di fallimento i rimedi generali finalizzati alla sospensione dell'esecutività della sentenza oggetto di impugnazione *ex artt. 283 e 373 c.p.c.*”. Per la Corte sabauda, a séguito delle riforme 2006-2007 del diritto fallimentare, il legislatore avrebbe apparecchiato un rimedio specifico (sospensione della sola liquidazione dell'attivo *ex art. 19 l.f.*), “alternativo e sostitutivo del rimedio ordinario della sospensione dell'efficacia della sentenza, sì che non residua alcuno spazio per l'applicabilità del regime ordinario”.

Con riferimento alla sospensione dell'esecutorietà della sentenza di rigetto del reclamo *ex art. 18 l.f.* avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, i giudici torinesi, nell'ordinanza annotata, hanno ritenuto che, in base al diritto positivo esistente, la corte d'appello non abbia il potere di sospendere la liquidazione dell'attivo¹.

Infine, ed in punto di stretto diritto processuale, i giudici torinesi hanno affermato che sarebbe comunque inammissibile la sospensione di una pronunzia di accertamento (*i.e.* quella di rigetto del reclamo *ex art. 18 l.f.* avverso la sentenza di fallimento), poiché insuscettibile di esecuzione, producendosi gli effetti pregiudizievoli per i ricorrenti in forza della sola sentenza dichiarativa di fallimento e non già per effetto delle seconda pronuncia.

II. Sulla inapplicabilità del rimedio ordinario della sospensione (art. 283 c.p.c.) per l'esistenza di un rimedio specifico “alternativo e sostitutivo”: critica.

¹Segnatamente in seguito all'abrogazione del secondo comma dell'art. 19 l.f., da parte del D.lgs. “correttivo” 169/2007, che prevedeva *expressis verbis* la facoltà di domandare alla corte d'appello la sospensione della liquidazione dell'attivo, pendente il ricorso per cassazione.

La Corte d'appello torinese, nel dichiarare l'inapplicabilità dell'inibitoria di diritto comune alla sentenza dichiarativa di fallimento, ha utilizzato uno stilema tipico nelle massime giudiziarie in materia, almeno fino alle riforme del 2006-2007, sulla base, essenzialmente, di due argomenti.

1) In primo luogo, rileva la Corte, già sotto l'egida della disciplina originaria della legge fallimentare gli interpreti, compatti, valorizzando il dato testuale di cui all'allora art. 18, comma quarto, l.f. – (“l'opposizione non sospende l'esecuzione della sentenza”), negavano cittadinanza al rimedio generale della sospensione *ex artt. 283 e 351 c.p.c. in subiecta materia*².

Tanto era sentito come corollario e necessario complemento della immediata esecutività della sentenza dichiarativa di fallimento: si poneva l'esigenza di impedire al fallito di neutralizzare gli effetti – personali e soprattutto patrimoniali – tipici della sentenza medesima, tramite inibitoria o misura cautelare di sorta. Come noto, la stabilità degli effetti scaturenti dalla declaratoria di fallimento era, nella prospettiva efficientista ed acceleratoria della legge del '42, un valore supremo, quasi un dogma intangibile, gemmazione diretta dell'ortodossia della stabilità dei traffici commerciali.

Pertanto, una volta avviato l'*iter* fallimentare con la esecutività immediata della declaratoria di fallimento, tutta la procedura avrebbe dovuto fare la propria strada come un destriero lanciato, a spron battuto e coi paraocchi, verso il traguardo del soddisfo del ceto creditorio. L'unica resistenza contemplata dal sistema, che avrebbe potuto arrestare il destriero, trasformandolo forse in ronzino sciancato, era considerata la sentenza di revoca, passata in giudicato, *ça va sans dire*³.

In altre parole, in considerazione della essenza e della finalità della procedura fallimentare si giustificava, e riteneva pienamente accettabile, una compressione significativa del diritto di difesa del fallito. In un ormai risalente e viepiù superato *milieu* istituzionale, giova rammentarlo, nel quale il fallito era più *oggetto* della procedura che non soggetto, potendo questa, ad es., principiarsi senza che il fallito fosse sentito dal giudice e con l'obbligo, per il primo, di consegnare la contabilità entro ventiquattrore.

Sintomatico di tale “tradizione secolare”⁴ è che la manualistica tradizionale di diritto fallimentare nemmeno si occupasse della eventuale sospensione della sentenza dichiarativa di fallimento, constatando laconicamente che “l'opposizione non ha effetto sospensivo rispetto all'esecuzione della sentenza dichiarativa. Spetterà alla prudenza del Tribunale e del giudice delegato stabilire eventualmente che non si compiano atti irreparabili in pendenza del giudizio di opposizione”⁵. *In summa*, si considerava

² Sembra comunque doveroso rammentare che nessuna disposizione della l. f. impediva *expressis verbis* – né *a fortiori* impedisce oggi, dopo la grande apertura dell'art. 19 l.f. – l'inibitoria della sentenza dichiarativa di fallimento. Inoltre, un conto è predicare – come la legge fa – che il gravame non implica la sospensione *ex lege* del provvedimento; altro è trarne un divieto assoluto di sospensione *ope iudicis* (operante finanche nei casi di più grave e conclamata ingiustizia sostanziale). Per riflessioni assai interessanti, v. G. DELUCA, *Sulla sospensione della provvisoria esecutorietà della sentenza dichiarativa di fallimento*, nota a Trib. Bari, ord., 15 aprile 1996, in *Dir. Fall.*, 1996, 927 ss.

³ V. Cass., 14 novembre 2003, n. 16505, in *Foro it.*, 2004, I, 2843, con nota di M. FABIANI e in *Fall.*, 2004, 895. Ovviamente, il fatto che l'ostacolo potesse insorgere tempo dopo, ovvero, per assecondare la metafora, quando il destriero fosse già nella stalla a godersi il proprio meritato fieno, destava numerose perplessità. Evidentemente un giudicato di revoca formatosi tempo dopo la liquidazione dell'attivo, agli effetti pratici era *inutiliter datum*. Assai diversa, invece, la soluzione accolta sul punto dalla legge fallimentare olandese (l. 30 settembre 1893): ai sensi dell'art. 13, la proposizione dell'impugnazione non sospende la provvisoria esecutività, tuttavia non è possibile procedere alla liquidazione senza il consenso del debitore: v. L. MORUZZI, *Legge fallimentare olandese 30 settembre 1893 e successive modifiche*, Padova, 1978, 10 ss.

⁴ L'espressione è di M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, in *Commentario* diretto da A. JORIO, Bologna, 2006, 394.

⁵ Così S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, 84. Similmente, altra autorevole dottrina affermava che “vuoi l'art. 16 comma 3, vuoi l'art. 18 comma 4... vanno intesi nel senso che l'idoneità della sentenza dichiarativa a produrre gli effetti, che le sono propri, prescinde dalla sua immutabilità” – V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI,

del tutto normale e fisiologico che, onde arrivare al traguardo del soddisfo concorsuale, si potesse sacrificare il diritto di difesa del fallito fino a tal segno.

2) In secondo luogo, e la considerazione è dirimente nell'economia del ragionamento dell'ordinanza annotata, anche dopo la riforma del diritto fallimentare e la previsione del nuovo e specifico rimedio *ex art. 19 l.f.* (sospensione della liquidazione dell'attivo) permarrebbe l'inammissibilità, in generale, della sospensione della sentenza dichiarativa di fallimento. E per simmetria e *a fortiori* la inammissibilità della sospensione della sentenza che definisca il reclamo. Ciò, ancora, in considerazione della specialità della materia fallimentare, protesa per definizione a privilegiare gli interessi generali dei creditori a scapito del fallito. Ed infatti, le riforme del 2006-2007 non avrebbero inciso i capisaldi dell'immediata esecutività della sentenza dichiarativa di fallimento (art. 16, comma secondo, l.f.), non inibita dalla interposizione del reclamo (art. 19, comma terzo, l.f.).

Quasi in chiusura del ragionamento, che in parte è tratto dalla viva voce del giudice di legittimità⁶, la Corte torinese considera che ad oggi sia possibile solamente sospendere la liquidazione dell'attivo, ai sensi dell'art. 19 l.f.: "...il rimedio *ex art. 19 l.f.* costituisce strumento alternativo e sostitutivo del rimedio ordinario della sospensione dell'efficacia della sentenza, sicché non residua alcuno spazio per l'applicabilità del regime ordinario; anzi, proprio la previsione dello specifico strumento di cui all'art. 19 l.f. - limitato come è noto alla sola fase di liquidazione dell'attivo - e la coesistenza di tale strumento con la previsione di cui all'art. 16, II comma, l.f. dimostra come non possa farsi ricorso alla generale sospensione della esecutività della sentenza di cui all'art. 283 c.p.c.”.

Ora, assumiamo pure come premessa la generale inapplicabilità, *sic et simpliciter*, alla sentenza dichiarativa di fallimento della inibitoria *ex art. 283 c.p.c.* (torneremo sul punto con qualche riflessione critica al § V).

In tale cornice di senso, sarebbe da condividere la prima parte del ragionamento della Corte d'appello. Permangono talune ragioni di diritto positivo e, ancor prima, di opportunità per concludere nel senso sopra detto. In ordine sparso: evitare una sequenza di mutamenti sullo *status* del debitore, balletti poco opportuni di sospensione e ripresa della procedura fallimentare, che il debitore utilizzi indiscriminatamente l'inibitoria a fini dilatori e/o dilapidatori in pregiudizio degli interessi della massa e, non ultimo, evitare un sicuro *vulnus* al principio della stabilità dei traffici commerciali⁷.

Milano, 1967, 343. Ad elementari ed intuitive ragioni pratiche (i.e. evitare che il debitore sottragga/disperda il proprio patrimonio nelle more dell'impugnazione) riconduceva la *ratio* della disciplina speciale, che non conosceva inibitoria di sorta, E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992, 135. Ancóra per l'idea tralattizia e "scontata" che non fosse possibile arrestare o rallentare la macchina fallimentare fino all'eventuale giudicato di revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, senza che si problematizzasse il punto, v. in tempi recenti S. PACCHI PESUCCI, *Diritto Fallimentare*, coordinato da A. MAFFEI ALBERTI, Bologna, 2002, 83. Per la giurisprudenza di legittimità, pacifica sul punto, v. *ex multis* Cass., 9 luglio 2003, n. 10792, per la quale: "gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento la cui esecutività in via provvisoria, disposta dall'art. 16, comma 3, l. fall., non è nemmeno suscettibile del rimedio generale della sospensione *ex art. 351 c.p.c.*, in considerazione dell'essenza e della finalità della procedura fallimentare - possono essere rimossi soltanto col passaggio in giudicato della successiva sentenza di revoca, resa in sede di opposizione, per cui, anteriormente a tale momento, è preclusa la restituzione dei beni, mentre il tribunale fallimentare può provvedere, in via esclusivamente discrezionale, alla sospensione dell'attività liquidatoria”.

⁶ Cass., 27 maggio 2013, n. 13100.

⁷Su tali giuste preoccupazioni v. analiticamente M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, op. cit., 397 s.

Ciò che non convince è l'asserto che predica la radicale inammissibilità, in materia fallimentare, di una inibitoria *ex art. 283 c.p.c.* quand'anche, in ipotesi, limitata alla mera sospensione della liquidazione dell'attivo, secondo i confini delineati dal novellato art. 19 l.f.

Ciò per le seguenti ragioni.

α) *L'inibitoria ordinaria non era applicabile in subiecta materia per una precisa scelta di campo del legislatore storico.* Tuttavia, con la riforma del 2006 il *conditor legum*, in armonia con una complessiva ridefinizione delle procedure concorsuali, a partire dalla *ratio* economico-giuridica delle medesime, ha mutato la propria sensibilità, introducendo un'inibitoria speciale. Ossia lo strumento della sospensione, totale o parziale, anche limitata per un dato periodo di tempo, della liquidazione dell'attivo *ex art. 19 l.f.*: senz'altro l'effetto più pregiudizievole ed irreversibile tra quelli che allignano nella dichiarazione di fallimento⁸.

Inoltre, è radicalmente cambiato il quadro dei rapporti esistenti tra inibitoria generale e materia fallimentare. Oltre alla novella "ordinaria" di cui sopra, come noto, anche il processo fallimentare è stato inciso e conformato, *medio tempore*, dall'art. 111 Cost. sul *giusto processo* (come riformato dalla l. cost. 23 novembre 1999 n. 2). Processo da svolgersi nel contraddittorio tra le parti, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale e, per quel che qui interessa, *in condizioni di parità*. In tanto si può compromettere il diritto di difesa di una parte in una fase processuale (per ragioni iperindividuali) in quanto si apparecchi un ragionevole sistema di contrappesi, che consentano la tendenziale parità voluta dal testo costituzionale.

Già all'indomani della novella costituzionale era stato autorevolmente osservato che "il rispetto del principio delle «condizioni di parità» rend[e] oggi definitivamente incostituzionale la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 18 l. fall., nella parte in cui prevede in modo tassativo che «l'opposizione (alla sentenza di fallimento) non sospende l'esecuzione della sentenza». Non vi sono più ragioni (se mai ve ne sono state) per difendere questa norma. Se il giudice dell'opposizione *ex art. 624 c.p.c.* o il giudice dell'appello *ex art. 283 c.p.c.* può sospendere per «gravi motivi» (ovvero per la sussistenza dei presupposti di *fumus boni iuris* e di *periculum in mora*) addirittura sentenze emanate al termine di processi a cognizione piena, non si vede per quali motivi il giudice dell'opposizione ad una sentenza di cognizione solo sommaria, qual è quella che dichiara il fallimento, non possa mai, anche per le ragioni più gravi e più fondate, sospendere l'efficacia esecutiva di una simile decisione. Si tratta, infatti di una norma che infrange il principio di trattamento paritario delle parti, e come tale si tratta dunque di una norma in palese contrasto con il nuovo art. 111 Cost.”⁹.

Sì che, a fronte dei mutati indici normativi citati nonché della stessa (nuova) assiologia delle procedure concorsuali, non sembra giustificabile la riproposizione *telle quelle* di una massima che neghi accesso all'inibitoria dell'esecutorietà, giustificabile forse in un ambiente economico-giuridico paleoindustriale, ma che non trova, oggi, appigli né nel diritto posto né *aliunde*¹⁰.

⁸ Come è stato lucidamente osservato da F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012, 528, "in sostanza, rimane in piedi la procedura fallimentare, ma si sterilizza la liquidazione (immunizzando così il patrimonio del fallito dal rischio della dispersione), nell'attesa che la corte d'appello si pronunzi nel merito del reclamo *ex art. 18 l. fall.*".

⁹G. SCARSELLI, *Brevi note sul giusto processo fallimentare*, nota a Cass. 19 settembre 2000, n. 12410, in *Foro it.*, 2001, 118.

¹⁰ Si consideri che financo il diritto veneziano del '700, ragionevole e mite in materia fallimentare (se paragonato a quello coevo degli altri stati peninsulari), offriva la protezione del tribunale al fallito, mostrando di valorizzare il di lui diritto di

β) *L'inibitoria fallimentare è costruita esattamente sull'archetipo del rimedio generale ex art. 283 c.p.c.*¹¹. Non è revocabile in dubbio che il rimedio di cui all'art. 19 l.f. configuri un'inibitoria speciale¹²; tuttavia predicare, come fa il provvedimento annotato, che proprio l'introduzione del rimedio speciale testimonierebbe – da sé sola – l'inammissibilità del rimedio generale non persuade.

Un orientamento della Corte regolatrice, se pur in un *obiter dictum*, ha correttamente ricompreso la fattispecie in parola “nel paradigma del combinato disposto degli artt. 283 e 351 c.p.c., che regola il caso in cui venga chiesta al giudice d'appello la sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione impugnata”¹³. A ben vedere, la differenza risiede soltanto nella più ridotta operatività della prima: stando alla mera lettera dell'art. 19 l.f., il giudice dell'inibitoria fallimentare non ha la discrezionalità di paralizzare questo o quell'altro effetto in considerazione del pregiudizio temuto o *in fieri* dalla parte provvisoriamente soccombente (*alias* il fallito)¹⁴. La norma gli consente espressamente di modulare l'inibitoria solamente in relazione alla liquidazione dell'attivo patrimoniale.

Se questo è vero, non sembra corretto sostenere che il rimedio fallimentare sia *alternativo* a quello ordinario. Come la teoria degli insiemi insegna al giurista, “nel più sta il meno”, indi all'interno del rimedio generale *ex art. 283 c.p.c.* esiste un'area di operatività che coincide perfettamente con quella ritagliata dal legislatore fallimentare, che ha forgiato il rimedio speciale.

In altre parole, il giudice fallimentare del reclamo ben potrebbe utilizzare il rimedio di cui al citato art. 19 l.f. (di gran lunga l'ipotesi più frequente e “normale”), ma potrebbe anche utilizzare l'inibitoria

difesa. In C. GOLDONI, *La bancarotta, o sia il mercante fallito*, in “*Tutte le opere*” di Carlo Goldoni, G. Ortolani (a cura di), vol. II, II ed., Milano, 1955, atto primo, scena tredicesima, il Dottore spiega a messer Pantalone la procedura fallimentare: “si chiamerà il *consorzio* dei creditori, per formare la *graduatoria* col bilancio dei debiti e dei crediti e dei capitali, *destractis detrahendis*; avremo un *salvacondotto* in pendenza di tal giudizio. Poi si farà l'esibizione di un trenta o di un quaranta per cento ai creditori, da pagarsi a tempo; procureremo di pagare la prima rata, e poi, siccome è il solito di simili aggiustamenti, sarà facile tirar di lungo, senza che più se ne parli”. V. l'interessante studio di G. CABRAS, *Il diritto fallimentare nel teatro di Carlo Goldoni*, in www.dircomm.it, VI.1– gennaio-giugno 2007.

¹¹ *Contra* F. MARELLI, *Stabilità ed ultrattività del provvedimento di sospensione della liquidazione fallimentare*, in *Fall.*, 2012, 669 e M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, op. cit., 401 che rileva la “diversità dell'ampiezza dello spettro del provvedimento” dichiarativo del fallimento. Per conseguenza, ed in considerazione della pervasività del medesimo nonché della pluralità di interessi coinvolti, a tale A. sembra opportuno consentire la garanzia ulteriore del reclamo cautelare presso altra sezione della corte d'appello. Tuttavia, i caratteri di peculiarità del rimedio speciale (art. 19 l.f.) non paiono – per quantità e qualità – tali da portare il medesimo nell'orbita di un rimedio *diverso*, per genere, dall'inibitoria di diritto comune (artt. 283 e 373 c.p.c.). Entrambi i rimedi fanno parte del *genere lato sensu* cautelare, che è connotato dai seguenti caratteri: α) la *neutralizzazione* del pericolo, e β) la *strumentalità* della cautela rispetto alla tutela finale; v. diffusamente S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, 10 ss. Prevale l'identità di *ratio* dei due rimedi: impedire un pregiudizio irreparabile alla parte provvisoriamente soccombente, già penalizzata dal vantaggio dato a controparte dalla immediata esecutività *ex lege* della sentenza.

¹² Nel senso del testo v. F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, op. cit., 520 ss.

¹³ Cass., 15 dicembre 2011, n. 27087, in *Fall.*, 2012, 667 ss., con nota adesiva di F. MARELLI, *cit.* Nel medesimo senso cfr. F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, op. cit., 520, per il quale la sospensione in parola “va inquadrata nell'ambito del sistema dell'inibitoria, sia pure *sui generis*, in quanto avente ad oggetto gli effetti immediatamente esecutivi di una sentenza assai peculiare, qual è la sentenza dichiarativa di fallimento”.

¹⁴ Invero, in dottrina è stato avanzato uno spunto critico interessante (quantunque non del tutto condivisibile), per il quale il rimedio della sospensione *ex art. 19 l.f.* integrerebbe addirittura “una forma di inibitoria a contenuto certamente più ampio di quella prevista dall'art. 283 c.p.c., in quanto idonea ad inibire la prosecuzione della liquidazione concorsuale, ma che – mutuando la natura e la funzione dell'inibitoria di diritto comune – si sottrae alle regole del procedimento cautelare uniforme...”: così F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, op. cit., 523.

Inoltre, si consideri che per R. AMATORE, *Le dichiarazioni di fallimento*, Milano, 2014, 447, l'inibitoria fallimentare, a differenza di quella generale, richiederebbe soltanto una valutazione del *periculum in mora* non essendo necessaria pure una delibazione sulla fondatezza del gravame (*fumus*).

generale offerta dal codice di rito con l'ovvio limite di modularla in relazione alla liquidazione dell'attivo, non potendo egli sospendere gli altri effetti della declaratoria di fallimento. Ci si potrà domandare dell'utilità di una simile opzione teorica e pratica. Ma altro è domandarsi dell'utilità di una soluzione, altro è postularne *in apicibus* l'inammissibilità.

γ) *La competizione fra i rimedi traccia la via per l'effettività della tutela*¹⁵: stella polare cui mirare quando si voglia far sortire la nave dei diritti dal porticciolo delle mere dichiarazioni formali. Sul punto, autorevole dottrina ha osservato che il giudice italiano, quantunque in misura minore rispetto al proprio omologo di *common law*, è sostanzialmente “libero di offrire il rimedio più adeguato alle specifiche circostanze del caso. Non esiste in alcun luogo del nostro diritto positivo un principio di tipicità dei rimedi giurisdizionali. Un tale principio contrasterebbe con la Costituzione”¹⁶.

Inoltre, la dottrina ha ben rilevato l'elasticità dell'approccio rimediale evocando un *piano mobile* degli strumenti di protezione, “immediatamente a ridosso del bisogno di tutela... ora espressamente predicato dal diritto positivo, ora ricavato dall'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale”¹⁷.

Il cardine di un discorso che voglia tentare una sintesi tra la dogmatica dei diritti ed il piano rimediale è il seguente: un ordinamento può scegliere se rimanere fideisticamente fedele alle opzioni compiute dal legislatore ovvero ammettere correttivi, anche di un certo momento, da parte della giurisprudenza. In altre parole, un ordinamento deve scegliere se concentrarsi solamente sul momento dell'attribuzione del diritto soggettivo oppure se considerare, anche, la dimensione del suo esercizio.

Chi scrive propende per la seconda opzione, atteso che, invero e al di là delle formule declamatorie, il nostro ordinamento *civilian* già esperisce una velata conciliazione tra la ortodossia dei diritti e le ragioni dei rimedi. Conciliazione che traspare, ad esempio, da peculiari clausole generali e nozioni come *buona fede* - “vero e proprio «collante» del sistema rimediale”¹⁸ -, *culpa in contrahendo*, *exceptio doli generalis*, *abuso del diritto*, dottrina della *presupposizione* e, non da ultimo, *equo indennizzo* e *ius moderandi*¹⁹.

¹⁵ In tal senso U. MATTEI, *Il Diritto Soggettivo*, in Trattato di diritto civile, R. Sacco (a cura di), Torino, 2001, 121 ss.

¹⁶ U. MATTEI, *ibidem*, 121. Una prova empirica della bontà di tale assunto è offerta da Cass., 19 agosto 2003, n. 12100, per la quale, “ove l'attore chieda il *risarcimento* del danno per fatto illecito e risulti che il convenuto abbia agito in stato di necessità, il giudice deve applicare d'ufficio l'art. 2045 c.c., essendo implicita nella domanda di risarcimento quella di *corresponsione* di un equo *indennizzo*” (corsivo nostro). In relazione al rapporto corrente tra il rimedio *risarcitorio* e quello *indennitario*, nel quadro dell'ordinamento positivo, sia consentito un rinvio a A. PISANI, *Indennizzo, risarcimento e i confini mobili della proprietà*, Torino, 2015, in www.turinlawreview.blogspot.it. Il discorso vale, *mutatis mutandis*, per il rapporto che corre tra l'inibitoria di diritto comune (art. 283 c.p.c) e inibitoria speciale (art. 19 l.f.).

¹⁷ Così F. PIRAINO, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Riv. dir. econ. tras. e ambiente*, VIII, 2010, 57. V. A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 341; parla di “diritto mobile” pure G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, 75. V. inoltre S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012. È appena il caso di precisare che si rifugge la contrapposizione manichea tra diritti e rimedi: si arriverebbe all'assurdo di dire, ad esempio, che affermare la esistenza di un diritto è solo un modo per dire che l'ordinamento concede il rimedio. Se questo è vero, lo è altresì la considerazione che il mondo contemporaneo ha visto una superfetazione di declamazioni e carte dei diritti più o meno inviolabili, i quali sovente restano lettera morta. Insomma, i due idealtipi – rimediale puro *vs* dogmatica dei diritti – ove considerati a sé non aiutano ad inquadrare quella che, soprattutto nella realtà giudiziale, è un'interazione dinamica. Sul dato empirico che ciascun sistema – di *common* o di *civil law* – presenta dei tratti dei due idealtipi evocati, cfr. G. SMORTO, *Sul significato di “rimedi”*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2014, 165 s.

¹⁸ L'espressione è di G. SMORTO, *ibidem*, 171.

¹⁹ Ancòra, considerare la dimensione dell'esercizio del diritto, praticamente, significa dare ingresso, nel momento attuativo del giudizio, a ragioni e fini altri e diversi rispetto a quelli che hanno guidato la determinazione *ex ante* dei diritti; e ciò in funzione integratrice e correttiva. Un ingresso sì fatto non implica una deriva centrifuga della certezza del diritto: ammetterlo significherebbe, a tacer d'altro, considerare governati dalla incertezza tutti i sistemi giuridici di *common law*. A ben guardare, significa prediligere, o perlomeno affiancare seriamente, nel processo di interpretazione, il

Si può dunque sostenere che la configurazione più desiderabile, tanto per l'attore, quanto per le finalità equitative cui tende l'ordinamento giuridico, è quella che appaia una rosa di rimedi, diversi e plastici, concretamente azionabili dal titolare di una posizione giuridica.

III. Sulla asserita impossibilità, per la corte di appello, di sospendere la liquidazione dell'attivo, pendente il ricorso per cassazione contro la sentenza che abbia definito il reclamo: critica.

Il cuore del dispositivo dell'ordinanza annotata è riassunto nel titolo appena *supra*. In tale assunto risiede la ragione della dichiarata inammissibilità dell'istanza di sospensione promossa dalla parte ricorrente (*i.e.* il fallito).

Per i giudici dell'ordinanza annotata, nel diritto processual-fallimentare vigente, la corte d'appello non avrebbe alcun potere di inibitoria della liquidazione dell'attivo²⁰, pendente il ricorso per cassazione della sentenza di rigetto del reclamo *ex art.* 18 l.f.

Tanto essenzialmente per le seguenti ragioni:

α) per la intervenuta eliminazione del secondo comma dell'art. 19 l.f. - operata dal legislatore del d.lgs "correttivo" del 2007 - che si riferiva *expressis verbis* all'inibitoria speciale in pendenza del ricorso per cassazione²¹;

β) per contrasto logico con i principi che governano l'esecutività della sentenza dichiarativa di fallimento e le impugnazioni della medesima. Se non è suscettibile di sospensione (in generale) la sentenza dichiarativa di fallimento col rimedio *ex art.* 283 c.p.c., argomenta la Corte sabauda, non può coerentemente predicarsi la sospensione (in generale) del provvedimento che definisce il reclamo nella fase processuale successiva.

Quanto alla prima argomentazione, essa non pare dirimente. In difetto di indici positivi che vietino l'inibitoria della sentenza dichiarativa di fallimento (cfr. § V *infra*) e in difetto di indicazioni esplicite sull'intenzione del legislatore sottesa all'abolizione del suddetto comma, occorre rifarsi al criterio analogico (art. 12 preleggi).

Le ragioni che hanno portato alla eliminazione del secondo comma dell'art. 19 l.f. possono essere le più varie: contingenza politica, momentanea schizofrenia che talvolta pur affligge il *conditor* (specie in schemi legislativi sì fatti: legge delega-decreto legislativo-decreto "correttivo") ovvero razionale e lucida valutazione di superfluità della norma abrogata²².

Tale ultima ipotesi è quella più accreditata in dottrina fra coloro che ritengono (ed è la tesi preferibile) l'inibitoria *ex art.* 19 un'ipotesi speciale degli ordinari strumenti di sospensione apparecchiati

criterio teleologico a quello logico sistematico.

²⁰ Ed *a fortiori* di inibitoria di effetti della sentenza dichiarativa di fallimento diversi dalla liquidazione dell'attivo.

²¹ La norma recitava: "Se è proposto ricorso per cassazione i provvedimenti di cui al primo comma o la loro revoca sono chiesti alla corte d'appello".

²² Per una panoramica delle opzioni, anche ideologiche, veicolate dal c.d. "decreto correttivo" v. M. FABIANI, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.* 2007, parte V-12, 225 ss., ove l'A. afferma, tra l'altro, che "il decreto correttivo sembra premiare, ancora una volta, quanti nel *match* economia vs. diritto sostengono che il diritto debba essere servente rispetto alle esigenze dell'economia". Si v. pure Trib. Lucca, 12 settembre 2012, n. 4410, in banca dati *Dejure*.

dal codice di rito (agli artt. 283 e 373 c.p.c.)²³. Il legislatore non avrebbe affatto inteso escludere l'operatività dell'inibitoria in pendenza del ricorso per cassazione – opzione difficilmente giustificabile sul piano logico-sistematico come vedremo *infra* –, quanto affidare la relativa disciplina alla norma di diritto comune *ex art. 373 c.p.c.*, ritenendo quindi la superfluità dell'art. 19, secondo comma, l.f.²⁴.

Ancóra, è stata avanzata la plausibile ipotesi che il legislatore abbia voluto rimuovere un'ambiguità interpretativa, atteso che la disposizione abrogata “involuta nella forma... lasciava intendere che la sentenza d'appello [oggi a esito di reclamo, *nda*] non fosse provvisoriamente esecutiva e che il provvedimento di sospensione adottato dalla corte d'appello non venisse assorbito dalla decisione di tale giudicante”²⁵.

Sia come sia in punto di *intentio conditoris*, l'uso del criterio analogico appare provvidenziale e dirimente. La spendita di quest'ultimo criterio ermeneutico evoca tosto l'art. 373 c.p.c. deputato a governare, in via generale, l'inibitoria della sentenza d'appello. Si tratta, come noto, del fisiologico contrappeso dovuto alla parte provvisoriamente soccombente per equilibrare il *favor* legislativo recato alla parte provvisoriamente vittoriosa dal principio della immediata esecutività (*ipso iure*) della sentenza.

Ovviamente l'inibitoria passa per lo scrutinio di ragionevolezza del giudice ed è subordinata al *periculum* di un grave ed irreparabile danno²⁶; inoltre essa è alternativa al rimedio (ingiustamente sottovalutato) della cauzione²⁷.

²³ Si rammenti, inoltre, la citata Cass., 15 dicembre 2011, n. 27087.

²⁴ Tale sembra essere l'opinione maggioritaria in dottrina. Pur con le diverse sfumature v. F. MARELLI, in Alberto Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, I, Torino, 2016, 798; F. CANAZZA, in G. Lo Cascio (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, sub art. 19, Milano, 2015, 244, per il quale, poiché a séguito dell'abrogazione dell'art. 19, comma secondo, l.f. “la norma ora in vigore nulla dice in merito alle possibili iniziative cautelari una volta chiusa la fase di reclamo... occorre riconoscere, conformemente a quanto disposto dall'art. 373 c.p.c. la possibilità di attivare un procedimento cautelare avanti la corte d'appello, nella sua qualità di giudice di merito”; G.M. NONNO, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, sub art. 19, Padova, 2014, 334 s.; non ha dubbi R. AMATORE, *Le dichiarazioni di fallimento*, op. cit., 451 s., per il quale “la sentenza resa dalla corte d'appello ben può essere governata dalle regole generali e dunque anche dal sistema dell'inibitoria di cui all'art. 373 c.p.c., con l'effetto che ancora la corte d'appello potrebbe provvedere in via, sostanzialmente cautelare, a regolare la situazione in modo provvisorio sino alla formazione del giudicato”; A. ZACCARIA-S. TROIANO, in Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub art. 19, Padova, 2013, 122; F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012, 533; F. SANTANGELI, *Le modifiche introdotte dal decreto correttivo 169/2007 al processo per la dichiarazione di fallimento ad alla fase di accertamento del passivo*, in *Dir. fall.*, 2008, 162. *Contra* e nel senso dell'ordinanza annotata v. N. RASCIO- C. DELLE DONNE, *Introduzione generale. Il fallimento*, in A. Jorio-B. Sassani (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2014, 590, per i quali laconicamente, a fronte dell'abrogazione del secondo comma art. 19 l.f. “non potrebbe immaginarsi la riproposizione dell'istanza [di inibitoria] in pendenza del giudizio di cassazione”; P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008, 175 s., secondo cui a fronte della citata abrogazione la liquidazione si potrebbe sospendere solamente nel corso del giudizio di reclamo non essendo, quindi, applicabile l'inibitoria di diritto comune in pendenza del ricorso in cassazione; e App. L'Aquila 17 luglio 2012, riportata in G.M. NONNO, *ibidem*, 335, per la quale i due rimedi (art. 19 l.f. ed art. 373 c.p.c.) sarebbero tra loro alternativi avendo diverse finalità (*sic*).

²⁵ Tale il pensiero di R. AMATORE, *Le dichiarazioni di fallimento*, op. cit., 451.

²⁶ Si ritiene tradizionalmente che lo scrutinio del giudice debba operarsi esclusivamente sul piano del *periculum in mora*, senza che possa avere rilevanza qualsivoglia valutazione in ordine al *fumus boni iuris* dell'impugnazione proposta. *Contra*, tuttavia, C. CONSOLO, *È sempre grave ed irreparabile – ex art. 373 c.p.c. – il danno conseguente al rilascio forzato di un immobile (o di un fondo) adibito ad attività di impresa?*, *Giur. It.*, 1986, I, 2, 183.

²⁷ V. l'analisi di G. IMPAGNATIELLO, *Inibitoria e cauzione per l'esecuzione della sentenza d'appello*, nota ad App. Bari, ord., 30 settembre 2010 e App. Torino, ord., 23 marzo 2010, in *Foro it.*, 2011, 226 ss. L'A. riporta, fra l'altro, interessanti rilievi comparativi sulle potenzialità operative della cauzione.

Orbene, è interessante osservare come vi sia *piena identità* tra l'ipotesi paradigmatica di danno irreparabile rilevante ai sensi dell'art. 373 c.p.c. - ossia la sentenza contenente l'ordine di demolizione di un immobile, impugnata in Cassazione²⁸ - ed il caso di specie della possibile distribuzione dell'attivo fallimentare, sempre pendente il ricorso per cassazione²⁹.

In entrambi i casi, l'esecuzione della sentenza di primo grado determina effetti irreversibili sul piano fenomenico, in grado di attentare in misura altrettanto irreversibile ai diritti della parte provvisoriamente soccombente, quand'anche si dovesse invece formare un giudicato ad essa favorevole, che inverta il segno della prima pronuncia. Giudicato che sarebbe, all'evidenza, *inutiliter datum* (sinonimo di sgargiante ingiustizia)³⁰.

Né si dica che in materia processual-fallimentare non si possa far ricorso all'analogia. Infatti, come è stato osservato, se da un lato quello fallimentare è un sistema processuale a sé stante ed autonomo, che "non sopporterebbe e tosto rigetterebbe deformazioni e trapianti", dall'altro restano imprescindibili "prestiti e innesti di regole generali del rito ordinario soltanto nella misura strettamente necessaria a colmare lacune o a porre rimedio a incongruenze palesi"³¹. Né si dimentichi che i vari settori dell'ordinamento giuridico sono pur sempre tra loro comunicanti e collegati da principi generali nonché dalla "mano invisibile" dell'ermeneutica costituzionale³².

Quanto alla seconda argomentazione, s'è detto al § II della applicabilità, in materia fallimentare, del rimedio di diritto comune *ex art. 283 c.p.c.*, pur con operatività e cautele diverse a seconda della prevalenza che si voglia accordare all'argomento letterale oppure all'argomento sistematico-costituzionale.

Ma anche ove si volesse sostenere l'inoperatività del rimedio generale, durante il giudizio di reclamo, giusta la presenza di quello speciale *ex art. 19 l.f.*³³, non si potrebbe traslare sì fatto ragionamento, per una cieca simmetria, alla fase processuale successiva di legittimità. In tale fase processuale non è più azionabile il rimedio speciale (posta l'abrogazione del secondo comma dell'art. 19 l.f.).

²⁸ Parla di fattispecie paradigmatica M. DE CRISTOFARO, in Consolo (diretto da), *C.p.c. Commentato*, II, sub art. 373, Milano, 2013, 1059.

²⁹ Atteso il noto principio di irripetibilità del distribuito *ex art. 114 l.f.*: v. M. MONTANARI, *Appunti sul processo di fallimento*, Torino, 2015, 83 ss.

³⁰ Si consideri, inoltre, la paradossale possibilità evocata da F. MARELLI, *Stabilità ed ultrattività del provvedimento di sospensione della liquidazione fallimentare* cit., 671: se la decisione sul merito del reclamo non ha efficacia immediatamente esecutiva - dovendo attendersi la cosa giudicata - essa non sarebbe in grado di assorbire gli effetti positivi del provvedimento provvisorio sull'inibitoria; "si potrebbe quindi verificare che la sospensione disposta in via provvisoria venga meno proprio in caso di accoglimento del reclamo e quindi di revoca del fallimento, con il risultato che la liquidazione concorsuale dovrebbe essere riattivata".

³¹ A. TEDOLDI, *L'effetto (non) devolutivo nel reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento*, nota a Cass., 28 ottobre 2010, n. 22110, in *Fall.*, 3/2011, 299. E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, op. cit., parlava opportunamente della "utilità del riferimento alla disciplina di altri istituti, quando emergano problemi senza riscontro nell'esecuzione individuale, ovvero relativi a particolari fasi o aspetti della procedura".

³² Sull'importanza dei principii in un mondo giuridico che, pur avendo disperato bisogno di certezza giuridica, séguita a moltiplicare i rivoli del particolarismo v. la bella prosa di M. AUSIELLO, *Dal principio*, in *Turin Law Review*, versione online, 17 gennaio 2013, www.turinlawreview.blogspot.it.

Si consideri pure che il Codice di commercio del 1882, libro terzo, *Del fallimento*, all'art. 685 faceva un esplicito rinvio proprio al Codice di procedura civile, nella opportuna consapevolezza di non stare creando un rito fallimentaristico autosufficiente.

³³ Opzione interpretativa non condivisa ma costituzionalmente legittima.

Il che significherebbe lasciare una parte (solo provvisoriamente soccombente) gravata dal peso degli effetti esecutivi di una sentenza di primo grado suscettibile di essere cassata, senza offrire in contrappeso una forma di inibitoria *ope iudicis*³⁴. Uno sfregio inaccettabile ai principi di tutela del *contraddittorio* e di *parità delle armi* di cui all'art. 111 Cost., a tacer d'altro³⁵. Le finalità della procedura ed i legittimi interessi della massa dei creditori non possono spingersi fino a comprimere a tal segno il diritto di difesa costituzionalmente garantito del fallito³⁶.

Pertanto, in punto di inibitoria del provvedimento di seconde cure, pendente il ricorso per cassazione, l'unica interpretazione sistematicamente e costituzionalmente accettabile è quella che ritenga applicabile la sospensione di diritto comune *ex art. 373 c.p.c.*, quand'anche ad oggetto vincolato (o a rime obbligate, se si preferisce) e quindi riferibile solamente alla liquidazione dell'attivo fallimentare³⁷.

Ha errato, dunque, la Corte torinese nel negare all'istante la richiesta inibitoria di diritto comune sulla base dei predetti argomenti³⁸. Peraltro, ove ci si ostinasse a ritenere quest'ultima incompatibile col rito cameral-fallimentare (ma proprio non se ne vedono le ragioni) si dovrebbe arrivare, *de plano*, ad una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 19 l.f. nella parte in cui non prevede l'inibitoria in pendenza del ricorso per cassazione, per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 Cost. – con una sentenza manipolativa additiva della Consulta, atteso che “quel che è precluso dal diritto vivente ben può e deve essere realizzato dalla Corte [costituzionale]”³⁹.

Ma v'è di più.

³⁴ G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, 435, ha osservato come “nel regolare il gioco dell'esecuzione provvisoria e dell'inibitoria, il legislatore si lascia guidare di volta in volta dalle sue preferenze verso uno o l'altro degli interessi in contesa, dando prevalenza ora all'esigenza di assicurare alla parte provvisoriamente vittoriosa l'utilità che la sentenza le ha riconosciuto, ora alla contrapposta esigenza di tenere la parte onerata indenne dagli effetti di una decisione che potrebbe non resistere all'esperienza del gravame”. Il giudizio di prevalenza non può, evidentemente, arrivare fino al completo sacrificio di uno degli interessi in contesa.

³⁵ Per M. FABIANI, *La sorte del patrimonio del fallito in presenza di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Il Fall.*, 1/2004, 79, “non può non emergere la contraddizione fra la disposizione che fornisce immediata tutela al creditore all'esito di un procedimento sommario e quella che esclude una analoga tutela al debitore nel corso di un procedimento a cognizione piena”. L'A. svolgeva il discorso quando la l.f. prevedeva l'opposizione come gravame; la considerazione continua tuttavia a spiegare la sua validità.

³⁶ Dovrebbero essere definitivamente spirati i tempi in cui il fallito - come accadde a frate Antonio da Padova, nel 1231 - “veniva costretto a compiere la cessione dei beni sulla pubblica piazza, o nel luogo dove si teneva il consiglio, o nel tribunale, acculattando ripetutamente, a suon di tromba, scalzo e seminudo od anche nudo affatto, la pietra del vituperio con dire: *cedo bonis*... Dopo di che in molti luoghi gli era imposto di portare perpetuamente un berretto giallo, verde o cilestro; cosicché venendo colto senza di esso da uno dei suoi creditori perdeva i vantaggi della cessione e poteva venir tradotto in prigione, a Roma e Napoli persino essere dannato alla fustigazione e alla galera”; così A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, VI-II, II ed., Torino, 1902, 385 ss. Si v. l'interessantissimo articolo di G.B. PORTALE, *Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *www.dircomm.it*, VII.1- gennaio-giugno 2009.

³⁷ Sponsorizzano tale soluzione, se pur con meno enfasi, gli autori citati alla nota 24.

³⁸ In senso, giustamente contrario, si era pronunciata la App. Roma, ord., 23 agosto 2011, riportata in F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, op. cit., 532, nt. 42, la quale aveva statuito che “qualora non fosse consentito, nella fase della pendenza del ricorso di legittimità, al giudice *a quo* di intervenire sull'efficacia esecutiva della pronuncia di riforma della sentenza di primo grado, ogni diritto della parte, già dichiarata fallita, potrebbe essere vanificato dalla prosecuzione della liquidazione dei propri beni”; rilevava inoltre, nel senso da noi sostenuto che l'intervenuta abrogazione dell'art. 19, comma secondo, l.f. “non avrebbe in alcun modo privato la corte d'appello della competenza a decidere sull'istanza di sospensione della liquidazione dell'attivo in pendenza del ricorso in cassazione, ma avrebbe solamente eliminato una norma inutile”.

³⁹ Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190.

L'inibitoria processuale è da tempo considerata un rimedio, almeno *lato sensu*, cautelare⁴⁰. “Essa, infatti, costituisce una misura interinale, si fonda su una cognizione sommaria che comprende *periculum in mora* e *fumus boni iuris* dell'impugnazione e produce effetti di carattere provvisorio, destinati a esaurirsi con il sopraggiungere della decisione dell'impugnazione”; inoltre l'inibitoria, “paralizzando l'efficacia esecutiva della sentenza o inibendo il corso dell'esecuzione forzata, produce *ora per allora* l'effetto caducatorio-ablatorio proprio della sentenza che, in ipotesi, accoglierà l'impugnazione”⁴¹.

Nel nostro sistema giuridico *il momento cautelare è connaturato al diritto di azione costituzionalmente garantito*, consentendone una declinazione effettiva e non meramente declamatoria. Si tratta di una vera e propria componente costitutiva, “essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale”⁴².

In maniera assai eloquente e perentoria il giudice delle leggi, anni or sono, ha stabilito che “esige rispetto il principio, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità desumendola e al contempo confortandola con richiami di disposizioni normative e provocando l'inserzione nel codice di rito civile del '42 dell'art. 700..., che si esibisce quale espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3 comma primo [...] Dall'art. 700 è lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito da *fumus boni iuris* è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”⁴³.

Parimenti, la essenzialità della cautela quale fondamento della giurisdizione trova da lungo tempo riconoscimento nell'*acquis* comunitario. Costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea la facoltà per il giudice nazionale di disapplicare norme di diritto interno che ostacolano l'operatività di misure cautelari tese a dare effettività a diritti di fonte UE⁴⁴.

⁴⁰ In tal senso G.M. NONNO, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare commentario teorico-pratico*, op. cit., 327; F. CANAZZA, in G. Lo Cascio (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, sub art. 19, op. cit., p. 242; F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, op. cit., p. 520 ss., che parla di “natura cautelare *sui generis*”; Trib. Roma, 1 ottobre 2012, in banca dati *Dejure*,

⁴¹ G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, op. cit., 432 ss. L'A. aggiunge che “sembra perciò lecito ritenere che in un sistema che, come il nostro, generalizza la regola dell'esecutività *ipso iure*, l'inibitoria acquisisca una rilevanza che certamente non possiede quando essa si inserisce, insieme all'esecutività *ope iudicis*, in un quadro dialettico di «pesi e contrappesi»”.

⁴² A. PROTO PISANI, nota a Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1881 ss. Assume altresì la *necessità* costituzionale della tutela cautelare L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 292 ss.

⁴³ Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190, cit. La quale riprende ed estende l'operatività del *decisum* già espresso in Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 284. In tempi più recenti, la Consulta ha dato continuità a tale orientamento con l'arresto di Corte cost., ord., 26 maggio 1998, n. 193, a mente del quale: “i provvedimenti cautelari adottati dal giudice civile - aventi carattere strumentale, rispetto non già al merito della causa, bensì alla realizzazione del diritto da accertare in tale sede - costituiscono espressione del principio, secondo cui ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare”.

⁴⁴ V. Corte di giustizia, caso *Factortame*, 19 giugno 1990, causa 213/1989, in *Giur. It.*, I, 1122 ss., con nota di C. CONSOLO, *Fondamento “comunitario” della giurisdizione comunitaria*. Notevoli sono le conclusioni dell'Avvocato Generale G. Tesaurò presentate il 17 maggio 1990. Egli dopo un'ampia rassegna comparata di precedenti e dottrina tratti dai diversi ordinamenti osserva, sull'*esigenza* e l'*esistenza* stessa della cautela, al § 18 s. che “la tutela cautelare ha esattamente questo scopo obiettivo, di fare in modo che il tempo necessario all'accertamento del diritto non finisca per svuotare irreversibilmente di contenuto il diritto stesso vanificandone le possibilità di esercizio: in breve, di realizzare quello scopo fondamentale di ogni ordinamento giuridico che è l'effettività della tutela giurisdizionale. La tutela cautelare mira per quanto possibile ad evitare che il danno

Il principio che la durata del processo non deve tornare a danno di chi ha ragione, con tutti i quarti di nobiltà dell'*imperium rationis*, sembra costituire un vero e proprio dato sistemologico della *western legal tradition*. Esempio ne sia un risalente e quasi poetico arresto del Tribunale arbitrale misto tedesco-polacco del 29 luglio 1924: «*par les mesures conservatoires les Tribunaux cherchent à remédier aux lenteurs de la justice, de manière qu'autant que possible l'issue du procès soit la même que s'il pouvait se terminer en un jour*»⁴⁵.

Per tirare le fila del discorso, ritornando alla materia fallimentare e al caso di specie: in tanto può concepirsi un primo grado di giudizio camerale, concentrato e rapido, definito con una sentenza immediatamente esecutiva, in quanto vi sia un secondo grado di giudizio – pur in base alle linee destrutturate del rito camerale-fallimentare – totalmente devolutivo senza limitazioni del *thema decidendum* ed aperto ai *nova*⁴⁶.

Similmente, e qui davvero per *opportuna* simmetria, in tanto può assegnarsi il privilegio dell'immediata esecutività alla parte provvisoriamente vittoriosa, in quanto sia previsto un efficace momento cautelare, *sub specie* di inibitoria, idoneo a controbilanciare le garanzie comprese dal peso degli interessi iperindividuali della massa dei creditori.

E chi dovesse temere per i risvolti pratici di una simile apertura (germinazione incontrollata di inibitorie domandate da falliti animati dal solo scopo di sbevazzare con “sangue di creditori”⁴⁷) potrà trovare pace riflettendo sulla capacità di autodifesa della nostra magistratura dinanzi ad un carico di lavoro biblico, nonché sul generoso autocontrollo di cui pure si sono dimostrate capaci le nostre corti

provocato dalla non contestualità dell'accertamento rispetto all'esistenza del diritto pregiudichi l'effettività e la funzione stessa dell'accertamento, ciò che è stato puntualmente ribadito anche dalla Corte quando ha collegato la tutela cautelare alla piena efficacia della futura pronuncia definitiva; ovvero alla esigenza di «mantenere la situazione impregiudicata in attesa della soluzione della controversia nel merito». Focalizzata la funzione della tutela cautelare, questa si rivela uno strumento fondamentale e ineliminabile di qualsiasi sistema giurisdizionale, mirando a realizzarne in modo puntuale e mai vano lo scopo di accertamento del diritto e più in generale di attuazione della norma giuridica, tutte le volte che la durata del processo è idonea a pregiudicare il raggiungimento di tale scopo e dunque a vanificare l'effetto utile della sentenza”. V. pure M. MARESCA, *Principi generali di diritto comunitario sulla disciplina del processo*, in *Dir. Un. Eu*, 3/1997, 341 ss. ed ivi riferimenti.

⁴⁵ In Rec. dec. TAM, V, 455, come riportato nelle conclusioni dell'AG G. Tesaro cit. alla nota precedente.

⁴⁶ La condivisibile osservazione, sorretta dall'ermeneutica costituzionale, è di A. TEDOLDI, *L'effetto (non) devolutivo nel reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento*, op. cit., 293 ss. Di simile avviso pare F. SANTANGELI, *Le modifiche introdotte dal decreto correttivo 169/2007 al processo per la dichiarazione di fallimento ad alla fase di accertamento del passivo*, op. cit., 161. Conferma che il reclamo debba essere aperto ai *nova* un consolidato orientamento di legittimità, v. *ex multis* Cass., 22 aprile 2015, n. 8226; Cass. 24 maggio 2014, n. 8227. Inoltre, come è stato osservato da G. MINUTOLI- M. ZOPPELLARI, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, sub art. 18, op. cit., 323, la previsione della diretta reclamabilità della sentenza declaratoria di fallimento, con rito camerale, ha oggettivamente ridotto le garanzie per le parti rispetto al giudizio a cognizione piena articolato in più gradi – segnatamente le garanzie pel fallito. Non sembra pertanto eversivo postulare una riespansione del diritto di difesa *sub specie* di tutela “cautelare”.

⁴⁷ La riuscitissima espressione è del Conte Silvio in un dialogo con Pantalone de' Bisognosi (atto terzo, scena settima) in C. GOLDONI, *La bancarotta, o sia il mercante fallito*, op. cit. Di ricorsiva attualità è altro dialogo della medesima commedia (atto secondo, scena quarta), nel quale Pantalone dice al (poco) nobile Conte Silvio: “m'avè dito falio, gh'avè rason. Son andà in desordene per diversi motivi, ma tra questi ghe xe anca la rason delle male paghe; i prepotenti della vostra sorte xe quelli che rovina i poveri botteghieri. Volè far da grandi col nostro sangue, e a forza de far scriver sui libri, e de prometter e no pagar, ridusè i marcanti a falir. Ma se al marcante se ghe dise falio co nol pol pagar, cossa se ghe ha da dir a un par vostro, che fa i debiti per no pagar? Sior conte, in confidenza, che nissun ne sente, el xe un robar bello e bon”. Inoltre l'esperienza – soprattutto quella della recente grave crisi economica – ci ha mostrato che non sempre *falliti sunt infami et infamantissimi* (secondo lo storico insegnamento di Baldo, *Consilia*, vol. V, Venezia, 1575, 399) e che v'è una varietà di cause di contesto capaci di indurre al fallimento. V. in argomento A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, in *Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, V, Torino 2014, 4 ss.

quando si è trattato di (non) concedere rimedi la cui applicazione dipendeva da criteri legati ad insopprimibili sfere di discrezionalità⁴⁸.

Infine, è appena il caso di ricordare che nel concedere l'inibitoria, pendente il ricorso per cassazione, la corte d'appello dovrebbe in qualche modo smentire se stessa dopo aver confermato nel merito la sentenza: la comune esperienza testimonia che ciò non accade con dirimpente e perigliosa frequenza, quand'anche a occuparsi dell'istanza per inibitoria sia un collegio diverso da quello che ebbe a pronunciar la sentenza⁴⁹.

IV. La sentenza di rigetto del reclamo, ex art. 18 l.f., è una sentenza che sostituisce quella di primo grado.

Dulcis in fundo, la corte sabauda allega un'ulteriore considerazione di carattere squisitamente processuale tesa a confermare l'inammissibilità, *in subiecta materia*, del ricorso all'inibitoria di cui all'art. 373 c.p.c. Ma forse è proprio su tale terreno processuale che l'argomentazione diventa più instabile e porta, definitivamente, l'interprete a prendere le distanze dall'arresto in commento.

Ivi si afferma che la sentenza di seconde cure, di reiezione del reclamo ex art. 18 l.f., sarebbe di *accertamento*, "sicché la richiesta sospensione della esecutività della sentenza di questa Corte è anche in generale inammissibile alla luce della natura stessa di detta sentenza, non suscettibile di esecuzione, proprio perché gli effetti di cui si dolgono i ricorrenti sono stati prodotti dalla sola sentenza dichiarativa di fallimento, avente essa sì – e solo essa – effetto costitutivo ed esecutività immediata".

Tale assunto non è condivisibile.

In primo luogo, non sembra corretto qualificare la sentenza di rigetto in parola come pronuncia di accertamento (mero): non se ne ravvede il carattere tipico che ne costituisce indispensabile premessa, ossia la *contestazione* della situazione giuridica del titolare che, tipicamente, deve ridondare nella "incertezza obbiettiva circa l'esistenza di un diritto"⁵⁰.

E poi, se è vero che la pronuncia di (mero) accertamento "non implica per definizione alcuna attività di adeguamento materiale o giuridico della realtà, poiché essa esaurisce la propria funzione nel rendere certo quel che in precedenza era incerto"⁵¹, tanto proprio non può predicarsi con riguardo alla sentenza di rigetto del reclamo fallimentare, che altro non fa che confermare la sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi della dichiarazione di fallimento, con tutti gli effetti complessi che da tale polivalente pronuncia sortiscono.

Probabilmente la Corte d'appello aveva in mente i caratteri della *sentenza di rigetto della domanda*, in primo grado, la quale viene considerata di mero accertamento negativo (non contenendo essa, all'evidenza, né una statuizione di *condanna*, né *costitutiva*, ma limitandosi ad accertare l'inesistenza del

⁴⁸ Sia consentito un rinvio a A. PISANI, *L'obbligazione è ancora iuris vinculum? Sull'accidentato cammino dell'ancor giovane astreinte all'italiana*, nota a Trib. Monza, ord., 11 febbraio 2016, n. 1461, in *Corr. Giur.*, in corso di pubblicazione, § VI.

⁴⁹ In tal senso, perspicuamente, F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, op. cit., 533, nt. 44.

⁵⁰ C. MANDRIOLI – A. CARRAITA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016, 13. Tradizionalmente, infatti, con l'espressione "tutela di mero accertamento" si suole fare riferimento "a quelle ipotesi in cui l'attore si limita a domandare al giudice di dichiarare se un determinato diritto esiste o non esiste e il bisogno di tutela giurisdizionale è soddisfatto dalla sola autorità di cosa giudicata, dalla sola immutabilità dell'accertamento contenuto nella sentenza in tutti i futuri giudizi fra le stesse parti (eredi, aventi causa), nei quali il diritto accertato sia dedotto come *petitum* o come elemento della fattispecie (*causa petendi*) di un diverso diritto che a sua volta costituisce il *petitum* del nuovo processo" – così A. PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 133.

⁵¹ G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, op. cit., 303.

diritto azionato), non suscettibile di esecuzione forzata mercé la sua “natura”, se non limitatamente al capo accessorio di condanna dell’attore a rifondere al convenuto le spese di lite od anche, talora, a risarcire il danno per temerarietà della lite *ex art. 96 c.p.c.*; ché, come è stato giustamente osservato, di una tale qualificazione della pronuncia di rigetto nel merito non sussisterebbe nemmeno la necessità teorico-pratica⁵².

In secondo luogo, la sentenza di rigetto del reclamo fallimentare *ex art. 18 l.f.* è una sentenza che ripete i caratteri di quella di primo grado, e così costitutiva ove si ritenga, come fa la Corte torinese, che costitutiva sia la sentenza di prime cure dichiarativa di fallimento⁵³.

E ciò in forza del noto *principio sostitutivo*, vero e proprio connotato portante dell’appello, per il quale la sentenza di seconde cure sul merito, decidendo nuovamente il *quid disputatum*, sostituisce la sentenza impugnata, facendo scomparire quest’ultima “dalla scena del processo” ed “altresì dal mondo giuridico”⁵⁴.

Giova subito chiarire che l’effetto sostitutivo della pronuncia di secondo grado opera tanto nel caso di accoglimento quanto in quello speculare di rigetto del gravame nel merito⁵⁵. Il principio sostitutivo è indissolubilmente legato al principio del *doppio grado di giudizio*, anzi ne è in qualche modo un’emanazione: se il giudice superiore deve poter riesaminare le domande e le eccezioni proposte in primo grado e devolute dalle parti negli atti processuali proposti in appello, la statuizione di tale giudice necessariamente dovrà tenere luogo di quella precedente sulle corrispondenti domande ed eccezioni.

Sul punto, la Corte di legittimità ribadisce, con esemplare chiarezza, che “l’appello è un mezzo di impugnazione che, in quanto diretto ad attuare il principio del doppio grado di giurisdizione, si conclude con una nuova decisione in merito al rapporto giuridico controverso, la quale si sostituisce a quella del giudice di primo grado, assorbendone tutto il contenuto. La sentenza di appello è pertanto sostitutiva a tutti gli effetti di quella di primo grado, anche se conferma integralmente la stessa”⁵⁶. E,

⁵² C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2016, 333, nt. 49.

⁵³ Non sembra la sede opportuna per addentrarsi nel ginepraio di opinioni che circondano *ab immemorabili* la natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento. Basti considerare che essa si caratterizza per una panoplia di effetti nonché per “la disomogeneità e la rilevanza delle statuizioni che vi sono contenute, tanto da rendere assai complessa la questione – per la verità sovente sopravvalutata”, come osservato da G. MINUTOLI- M. ZOPPELLARI, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, sub art. 16, op. cit., 293 ss., i quali pure danno conto con dovizia delle diverse qualificazioni proposte in dottrina. La qualificazione cui tuttavia va la nostra preferenza è quella di *sentenza di accertamento costitutivo* proposta già dal S. SATTA, *Diritto fallimentare*, III ed. a cura di Vaccarella e Luiso, Padova, 1996, 71, in considerazione del fatto che, da un lato, essa funge da presupposto per il successivo prodursi di una molteplicità di effetti, dall’altro lato, essa produce effetti propri – si pensi alla modificazione dello *status* del fallito ed alla condizione giuridica dei terzi che con quest’ultimo abbiano avuto a che fare. Dello stesso avviso pare D. PLENTEDA, *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, Milano, 2008, 83.

⁵⁴ Le belle espressioni sono rispettivamente di E. GARBAGNATI, *Cassazione con rinvio ed esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 582, e di F. DANOVÌ, *Note sull’effetto sostitutivo dell’appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, II, 1469.

⁵⁵ In tal senso chiaramente C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, op. cit., p. 541. Similmente A. TEDOLDI, *L’appello civile*, Torino, 2016, 570, per il quale “la sentenza d’appello sul merito viene di regola a sostituire la sentenza impugnata, non solo quando riformi, ma anche quando confermi la pronuncia di primo grado”. Quel che viene insegnato per l’appello deve valere, *a fortiori*, per il reclamo fallimentare che, allo stato attuale, avendo un effetto devolutivo pieno con apertura ai *nova* appalesa un’area di operatività e garantismo maggiore dell’appello civile.

⁵⁶ Così Cass. 27 marzo 2009, n. 7537, la quale soggiunge, e tale *obiter* è di rilievo nel caso di specie: “non condivisibile è, dunque, la tesi di parte ricorrente, secondo cui, a seguito del riconoscimento della provvisoria esecutività *ex lege* della sentenza di primo grado (art. 282 c.p.c., come sostituito dalla L. 26 novembre 1990, n. 353, art. 33), titolo esecutivo è la sentenza di primo grado, mentre la sentenza di appello continuerà ad essere titolo esecutivo nel caso di riforma o riforma parziale. La menzionata norma è difatti assolutamente “neutra” per gli effetti di cui qui si discute, poiché la modifica dell’art. 282 c.p.c., ha comportato unicamente che, mentre prima esso riteneva possibile la esecuzione provvisoria della sentenza (di condanna) di primo grado solo su domanda di parte e *ope iudicis*, cioè per una espressa pronuncia del giudice a riguardo, adesso l’art. 282 c.p.c., ha attribuito in via generale e preventiva alla sentenza (di condanna) di primo grado quell’efficacia

come detto, quel che vale per l'appello ordinario vale, *a fortiori*, per il reclamo *ex art. 18 l.f.* nel rito camerale-fallimentare, che introduce un giudizio in grado di appello, connotato da forme semplificate e, auspicabilmente, più celeri⁵⁷.

Inoltre, e con particolare *focus* sull'integrale rigetto di un appello ritualmente proposto – come nel caso di specie –, ci si è domandati se il giudice del gravame che trovi la sentenza di primo grado del tutto corretta, e l'impugnazione del tutto infondata, sia tenuto, in ogni caso, “a pronunciare una sentenza che si sostituisca integralmente a quella di prime cure, destinata a sparire nel mondo giuridico”. Al quesito si è data autorevolmente risposta affermativa. Opinando in senso contrario, si dovrebbe osservare e distinguere nitidamente nel giudizio di gravame il momento rescindente e il momento rescissorio, “logicamente distinguibili anche se cronologicamente fusi”, cosa che non corrisponde ai dati positivi del nostro ordinamento nonché alla tradizione del giudizio d'appello, archetipo storico delle impugnazioni civili⁵⁸.

Aggiungiamo due parole sul rapporto tra sentenza ed esecuzione.

La Corte torinese postula che una sentenza di accertamento non sia suscettibile di esecuzione ai sensi dell'art. 282 c.p.c. Non sembra appropriato indugiare, qui, su un tema tanto affascinante quanto complesso e frastagliato. Sia consentito osservare brevemente: α) che il regime della immediata esecutività è previsto dalla legge con riferimento a tutte le sentenze di primo grado, non distinguendo la norma citata tra i diversi tipi di sentenze⁵⁹, tal che “non è sostenibile... che le sentenze costitutive (e quelle di mero accertamento) siano prive di effetti prima del passaggio in giudicato, salvo che la legge disponga altrimenti”⁶⁰; β) che la correlazione *necessaria* tra condanna ed

esecutiva che prima era propria solo della sentenza d'appello. In altri termini la modifica dell'art. 282 c.p.c., ha comportato unicamente che, mentre prima una sentenza di primo grado poteva essere esecutiva, adesso tutte le sentenze di primo grado sono tali”.

⁵⁷ Chiarisce F. DANOVÌ, *Note sull'effetto sostitutivo dell'appello*, op. cit., 1469, che “si tratta in generale di un carattere comune delle impugnazioni, le quali presentano tutte finalità di «rimozione» del provvedimento impugnato. L'effetto di rimozione tende poi in astratto a non essere fine a se stesso, ma mira di regola ad ottenere anche la sostituzione del provvedimento rimosso con una ulteriore statuizione”.

⁵⁸ Così C. CONSOLO, *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo (una disciplina in crisi)*, in *Jus*, 1997, 90 ss. V. pure, in termini, fra gli altri N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, 375 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, 295 ss.

⁵⁹ Di tale avviso C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, op. cit., 331 ss.

⁶⁰ Cass. 3 settembre 2007, n. 18512, in *Giur. it.*, 4/2008, 949 ss., con nota adesiva di R. CONTE, nella quale i Supremi giudici seguitano argomentando: “la disputa della dottrina sull'estensione dell'art. 282 c.p.c., alle sentenze di mero accertamento o costitutive appare allora, in realtà, priva di giustificazione, poiché questa norma si riferisce alle statuizioni condannatorie della sentenza, sia che essa abbia come presupposto solo un accertamento, sia che essa abbia come presupposto un accertamento ed un effetto costitutivo. Il senso della norma è che l'accertamento positivo del modo di essere dell'ordinamento, tanto se sia stata esercitata un'azione di condanna quanto se sia stata esercitata un'azione costitutiva, giustifica la possibilità di utilizzare la sentenza come titolo esecutivo se all'accoglimento di tali azioni si accompagni, come complemento della tutela sostanziale oggetto di esse una statuizione condannatoria. Se questo equivale a dire che la sentenza nel suo contenuto di accertamento e nel suo contenuto di costituzione, modificazione od estinzione di una determinata situazione giuridica o di un certo rapporto, sono considerate efficaci dall'ordinamento prima del loro passaggio in cosa giudicata, l'affermazione può condividersi, atteso che è innegabile che dette sentenze, in quanto sono idonee a giustificare l'esecuzione provvisoria delle statuizioni condannatorie consequenziali, hanno efficacia a questo effetto”. Conclusioni avanzate ad oggi contraddette da Cass., SU, 22 febbraio 2010, n. 4059 e dalle successive Cass., 28 febbraio 2011, n. 4907, in *Giur. it.*, 2011, 2283 e Cass., 29 luglio 2011, n. 16737, in *Foro it.*, 2012, I, 182 ss., con nota di G. IMPAGNATIELLO.

esecuzione forzata pare piuttosto un vecchio dogma da consegnare alla storia del diritto, che non uno strumento euristico per interpretare il diritto vigente⁶¹.

Se ciò è vero, l'esecutività di cui all'art. 282 c.p.c. dovrà essere intesa come "produzione immediata di effetti"⁶² – *au delà*, giova ripeterlo, dello strumento tecnico dell'esecuzione forzata -, conducendo il giurista verso un'interpretazione articolata, senza tema di giungere a risultati differenti per i differenti tipi di sentenze, e prendendo a parametro "la disponibilità o indisponibilità del diritto oggetto del giudizio, gli effetti sui terzi, il conflitto di valori tra stabilità e giustizia, le ideologie correnti nella società civile rispetto ai beni fondamentali, come la famiglia o certe categorie di diritti assoluti"⁶³.

In fin delle fini, se come argomentato *supra* la sentenza di seconde cure, di rigetto del reclamo *ex art.* 18 l.f., è una sentenza "costitutiva" che sostituisce quella di primo grado e che produce effetti immediati, molti dei quali assai gravosi e nocivi per il fallito sul piano personale oltre che patrimoniale, essa sarà ben suscettibile di inibitoria ai sensi dell'art. 373 c.p.c.

V. Possibilità per il giudice del reclamo fallimentare di utilizzare anche l'inibitoria generale (art. 283 c.p.c.), accanto al rimedio speciale (art. 19 l.f.): ragioni di un'eresia.

Onde problematizzare il quadro della presente indagine critica, è il caso di rimuovere la premessa assunta al § II sulla inapplicabilità, in generale, dell'inibitoria di diritto comune alla declaratoria di fallimento, che rappresenta un vero e proprio dogma, rifluito in stilemi tramandati più per omaggio alla tradizione che per esigenze di giustizia (sostanziale) e coerenza del sistema.

In primo luogo, come osservato *retro* (nt. 2), nella legge fallimentare non vi sono dati testuali espliciti che vietino l'inibitoria della sentenza dichiarativa di fallimento, in presenza di "gravi e fondati motivi". Inoltre, l'argomento per cui l'assenza di richiami al rimedio inibitorio nella *lex specialis* (almeno fino all'introduzione del novellato art. 19 l.f.) testimonierebbe l'inapplicabilità dello stesso, prova decisamente troppo. Se il legislatore avesse voluto vietare *tout court* l'inibitoria della predetta sentenza avrebbe dovuto scriverlo a chiare lettere, non certo utilizzando un silenzio sovraccarico di ambiguità – assumendosi peraltro il rischio di vergare una disposizione incostituzionale. Né sembra il caso di sopravvalutare il criterio ermeneutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, atteso che con *lex* non si può intendere, in senso assolutamente autoreferenziale, il microcosmo (incompleto) della legge fallimentare. "La legge fallimentare è, non poteva non essere e non potrà che essere anche in futuro una legge di regolazione dell'insolvenza necessariamente aperta al confronto con gli istituti del diritto civile e commerciale, con quelli laburistici e tributari, con quelli del diritto processuale civile per la semplice ragione che nella normativa concorsuale non si può che fare rinvio alle norme e ai principi degli altri settori dell'ordinamento privatistico"⁶⁴.

⁶¹ Il pensiero va ad un pioniere sul punto, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. cin.*, 1978, 1104 ss. L'evoluzione positiva dell'ordinamento processuale – almeno con riguardo al formante legislativo – conferma le intuizioni di tale Autore: basti pensare all'introduzione, e successiva novellazione in senso espansivo, dell'*astreinte* di diritto comune *ex art.* 614 *bis* c.p.c.

⁶² La felice espressione è di C. FERRI, *Lezioni sul processo civile*, L.P. Comoglio-C. Ferri-M. Taruffo (a cura di), I, Bologna, 2006, 586.

⁶³ S. CHIARLONI, *Esecuzione provvisoria*, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Tarzia Cipriani (a cura di), Padova 1992, 159.

⁶⁴ M. FABIANI, *La sorte del patrimonio del fallito in presenza di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Il Fall.*, 1/2004, 81, nt. 38.

L'assenza di un divieto espresso di inibitoria della sentenza dichiarativa di fallimento nell'orbita della l.f. va pure intrecciato con le intervenute modifiche di diritto positivo di rango costituzionale (novellato art. 111 Cost.) ed ordinario, che hanno mutato radicalmente il sistema giuridico di riferimento.

Giovi qui richiamare un passaggio dello stesso legislatore della riforma che, con riferimento all'impianto della legge fallimentare, rilevava, nel 2006, di avere dinanzi "una procedura che non risulta più adeguata alle finalità che la evoluzione socio-economica intende realizzare nelle situazioni di insolvenza imprenditoriale"⁶⁵.

In secondo luogo, l'esistenza di un rimedio speciale (art. 19 l.f.) non impedisce l'uso del rimedio generale (art. 283 c.p.c.). Al di là di quanto già osservato al § II in punto di concorrenza tra i rimedi ed effettività della tutela, si consideri che anche in altri settori dell'ordinamento è dato osservare una concorrenza tra rimedio speciale e rimedio generale, che non porta, tuttavia, alla conclusione che essi siano mutuamente esclusivi. Si pensi, verbigratia, al processo industrialistico. L'attore ben potrà chiedere – ed il giudice recare – l'*astreinte* speciale ex art. 124 c.p.i. Ma la tutela compulsoria, nel medesimo processo, non potrà essere negata ove domandata a titolo di *astreinte* di diritto comune ex art. 614 *bis* c.p.c. In altre parole, i due rimedi coesistono pur senza escludersi a vicenda. Ciò risulta ancor più vero quando si rifletta, in particolare, sulla diversa area di operatività (e sulla diversa duttilità) dei due rimedi inibitori.

In terzo luogo, esistono, ed esisteranno sempre, ipotesi nelle quali ragioni di giustizia sostanziale richiedono (in presenza di gravi e fondati motivi) l'inibitoria di effetti diversi dalla mera liquidazione dell'attivo. In tali casi la tutela cautelare (costituzionalmente dovuta) potrà essere garantita dalla più elastica inibitoria di diritto comune ex art. 283 c.p.c.

Nello studio delle misure cautelari in seno al processo fallimentare autorevole dottrina aveva osservato "come queste non dovessero necessariamente confluire nella sola sospensione della liquidazione. Ora che quell'opzione è diventata di diritto positivo, va notato che l'interesse dell'opponente [oggi reclamante, *nda*] potrebbe non vedere coinvolta la dispersione del patrimonio, quanto invece la gestione dei rapporti d'impresa, basti pensare all'interesse del fallito a recuperare la disponibilità dell'impresa e a trovarla non spogliata dai valori essenziali quale potrebbe essere un contratto pendente; ecco allora che la sospensione della liquidazione non intercetta tutti i bisogni cautelari possibili, salvo voler qualificare la gestione dei rapporti pendenti come fase della liquidazione"⁶⁶.

Il fatto che in passato, ed ancor prima delle riforme del biennio 2006-2007, il diritto vivente abbia talvolta concesso la tutela cautelare atipica per farsi carico dell'esigenza di inibire questo o quell'effetto (raramente tutti) della declaratoria di fallimento, per pregnanti esigenze di giustizia sostanziale, testimonia che l'eresia qui predicata si colloca forse ai margini del sistema senza possedere, però, una *vis* eversiva⁶⁷.

⁶⁵ Relazione governativa al D.lgs. 5/2006.

⁶⁶ M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, op. cit., p. 402.

⁶⁷ V. *ex multis* App. Torino, 8 febbraio 1997, ord., in *Giur. it.*, 1997, II, 416 ss., ove in attesa che si formasse il giudicato sulla revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, la corte torinese concedeva un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. proprio per evitare che, nel tempo necessario per decidere sull'impugnazione, i gravi effetti della declaratoria di fallimento (sia sotto il profilo soggettivo che economico) potessero *aggravare* la situazione dei ricorrenti; pertanto, la corte ordinava al curatore financo di restituire l'azienda con tutti i beni in allora esistenti. V. Trib. Bari, 15 aprile 1996, ord., con nota adesiva di

Così si consuma l'eresia intorno all'inibitoria in diritto fallimentare: sulla accettazione che il diritto di difesa del fallito debba avere piena cittadinanza nel processo, pur con le cautele tese a evitare che di esso si abusi in danno delle ragioni della massa dei creditori⁶⁸. Un effettivo diritto di difesa, lo ripetiamo, richiede il proprio *pendant* cautelare, ogniqualvolta il tempo della cognizione sia in grado di ledere irreversibilmente gli interessi del titolare del diritto. Senza che tale basilare principio di civiltà giuridica possa essere messo da parte nel nome di una declamata e sfuggente celerità.

Circa mezzo secolo fa la Corte costituzionale tirava una prima picconata all'impostazione autoritaria della l.f., ponendo al centro della ricostruzione giuridica fallimentaristica anche il diritto di difesa del fallito⁶⁹. Forse i tempi sono viepiù maturi per ammettere, *cum grano salis*, una inibitoria generale, che rappresenti icasticamente il giusto temperamento tra efficienza e garanzie.

G. Deluca, cit., in un caso di errore sulla persona del fallito, che valorizza proprio l'ermeneutica costituzionale quando afferma "che la disposizione di cui all'art. 18, ult. co., l.f. [che all'epoca prevedeva "l'opposizione non sospende l'esecuzione della sentenza", *nda*] non sia ostativa e debba essere riesaminata alla luce della valenza costituzionale che la tutela cautelare, quale momento interno e coesistente alla tutela giurisdizionale, è venuta via via assumendo nel nostro ordinamento. Partendo, infatti, dal rilievo che connotato essenziale della tutela giurisdizionale è la sua effettività, ne discende, come logico corollario, che il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi deve necessariamente comprendere al suo interno anche il diritto di veder preservata la utilità ed integrità del risultato giustiziale, cosicché lo stesso non venga vanificato dal tempo necessario alla sua produzione". E cfr. App. Salerno, ord., 5 settembre 2002, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, II, 682 ss., con nota di R. PIERRI, se pur in un procedimento di revocatoria fallimentare, ove la corte concedeva il rimedio *ex art. 373 c.p.c.*, in pendenza del ricorso per cassazione, sulla considerazione che "l'esecuzione della decisione farebbe conseguire per la parte obbligata un pregiudizio notevole in quanto non è escluso – allo stato degli atti ostesi – che, nelle more, l'attivo fallimentare venga, sia pure parzialmente, ripartito, con la corrispondente perdita immediata del bene della vita, sebbene in sé fungibile, nelle more erogato dalla ricorrente e la conseguente insorgenza delle questioni di alternativo, problematico ed anche non concretabile recupero delle proprie ragioni; in tale direzione, si palesa l'integrazione di un pregiudizio irreparabile per la sua sfera".

⁶⁸ È appena il caso di dire che ove si accedesse a tale tesi l'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.* non potrà più essere a rime obbligate e quindi limitata alla sospensione della sola liquidazione dell'attivo.

⁶⁹ Si trattava della nota Corte cost., 16 luglio 1970, n. 141, in *Foro it.*, I, 2038, che aveva dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 15 l.f. nella parte in cui non prevedeva l'obbligo del tribunale di sentire il fallito prima della declaratoria di fallimento. Tale pronuncia veniva seguita da altri arresti progressisti fino agli anni '90 del secolo scorso. Il filone dell'interpretazione evolutiva del processo fallimentare subiva, tuttavia, una battuta di arresto. Si riaffermava in quegli anni la supremazia del "far presto" gli interessi esclusivi della massa; v. M. FABIANI, *La sorte del patrimonio del fallito in presenza di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, op. cit., 77, nt. 21.



[REDACTED] 2015

**CORTE DI APPELLO DI TORINO
SEZIONE PRIMA CIVILE**

riunita in camera di consiglio in persona dei seguenti Magistrati:

dott. Luigi GRIMALDI
dott.ssa Caterina MAZZITELLI
dott. ssa Federica LA MARCA

**PRESIDENTE
CONSIGLIERE
CONSIGLIERE REL.**

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento civile iscritto al n. [REDACTED]/2015 R.G. avente ad oggetto: sospensione dell'esecuzione ex art.373 cpc;

promosso da

[REDACTED] e [REDACTED] rappresentati e difesi, per procura in atti, dagli Avv.ti P. Angelucci del foro di Parma e L. Verrienti ed elett. dom.ti presso quest'ultimo in Torino v. O. Revel 19;

nei confronti di

RECLAMANTI

[REDACTED], rappresentato e difeso, per procura in atti, dall'Avv. F. Torcellan ed elett. domiciliato presso quest'ultimo in Torino v. S. Quintino 10; [REDACTED] e [REDACTED] rappresentate e difese, per procura in atti, dall'Avv. M. Grattarola ed elett. dom.te presso quest'ultimo in Alessandria v. Trotti 46;

RESISTENTI

OSSERVA

Con ricorso ex art.373 c.p.c. depositato il 27.4.2016 [REDACTED] e [REDACTED] hanno chiesto la sospensione dell'esecuzione della sentenza della Corte di Appello di Torino, sezione I, del 14.1.2016 n. 47 con la quale questa Corte ha rigettato il reclamo ex art. 18 L.F. proposto dagli stessi [REDACTED] avverso la sentenza del Tribunale di Alessandria dichiarativa del fallimento della [REDACTED]. I ricorrenti hanno attestato (doc. 4 di parte ricorrente) di aver proposto, avverso la sentenza di questa Corte, ricorso in Cassazione ed hanno riferito che il processo esecutivo fallimentare è in corso sicchè sussisterebbe l'interesse alla proposizione del presente ricorso; nel merito, hanno allegato l'esistenza del danno grave e irreparabile rappresentato dal fatto che la dichiarazione di fallimento determinerebbe la decadenza dell'autorizzazione regionale, in capo alla fallita, all'esercizio dell'attività di gestione dei servizi e delle strutture socio-assistenziali ex art. 27 comma 5 L.R. 8.1.2004 n. 1. Si sono costituiti i resistenti [REDACTED] e [REDACTED] S.R.L. eccependo in primo luogo l'inammissibilità del ricorso ex art. 373 c.p.c.; secondo i resistenti non sarebbe applicabile l'istituto generale della sospensione della esecutività della sentenza, in caso di impugnazione della stessa e ricorrendone i requisiti, né alla sentenza dichiarativa di fallimento né a



quella di rigetto del reclamo ex art. 18 L.F., essendo la materia disciplinata, per quanto riguarda la sentenza dichiarativa di fallimento, dallo strumento alternativo e sostitutivo di cui all'art. 19 L.F. ed essendo stato eliminato, rispetto alla sentenza di rigetto del reclamo ex art. 18 L.F., proprio il riferimento all'art. 19 L.F.; i resistenti hanno poi anche eccepito la carenza di interesse e l'insussistenza, in fatto, del grave danno, non essendo stata comunicato alla Cooperativa alcun provvedimento di decadenza.

Il ricorso ex art. 373 c.p.c. deve ritenersi inammissibile, non essendo applicabili alla sentenza dichiarativa di fallimento i rimedi generali finalizzati alla sospensione dell'esecutività della sentenza oggetto di impugnazione ex artt. 283 e 373 c.p.c.; la giurisprudenza formatasi sotto il vigore della disciplina previgente era orientata nel ritenere *"la esecutività obbligatoria e vincolante, per gli organi fallimentari, della sentenza dichiarativa di fallimento perdura sino all'esaurimento delle operazioni fallimentari, oppure sino ad una sentenza di revoca passata in giudicato"* (Cass., sez. 1^a, 28 aprile 1973, n. 1171, m. 363700; conf. Cass., sez. 3^a, 25 agosto 1962, n. 2661, m. 253968, Cass., sez. un., 6 agosto 1990, n. 7937, m. 468625) In particolare, si è chiarito che *"gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento - la cui esecutività in via provvisoria, disposta dall'art. 16, terzo comma legge fall., non è neanche suscettibile del rimedio generale della sospensione ex art. 351 c.p.c., in considerazione della essenza e della finalità della procedura fallimentare - possono essere rimossi, sia quanto alla determinazione dello "status" di fallito, sia quanto agli aspetti conservativi che al medesimo si ricollegano, soltanto col passaggio in giudicato della successiva sentenza di revoca, resa in sede di opposizione, mentre anteriormente a tale momento può provvedersi, in via esclusivamente discrezionale, alla sospensione dell'attività liquidatoria"* (Cass., sez. 1^a, 18 aprile 1991, n. 4187, m. 471735, Cass., sez. 1^a, 22 ottobre 1997, n. 10383, m. 509125). (Cass. n. 10792/2003); nella previgente disciplina non era neppure prevista la facoltà per il giudice dell'impugnazione di sospendere la liquidazione dell'attivo, oggi regolata dall'art. 19 L.F.. Anche dopo la riforma del diritto fallimentare, e la previsione dello specifico rimedio di cui all'art. 19 L.F., la inammissibilità della sospensione, in generale, della esecutività della sentenza dichiarativa di fallimento (e dunque anche di quella di reiezione del reclamo) deve escludersi; infatti *"gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento - la cui esecutività in via provvisoria, disposta dall'art. 16, secondo comma, legge fall., non è suscettibile di sospensione, in considerazione della finalità della procedura fallimentare, diretta a privilegiare gli interessi generali dei creditori rispetto all'interesse del debitore - possono essere rimossi, sia quanto alla determinazione dello "status" di fallito e sia quanto agli aspetti conservativi che al medesimo si ricollegano, soltanto col passaggio in giudicato della successiva sentenza di revoca resa in sede di opposizione, mentre anteriormente a tale momento può provvedersi, in via esclusivamente discrezionale, alla sospensione dell'attività liquidatoria, principi su cui non hanno inciso le riforme del 2006 e del 2007. Risultano, infatti, ancora in vigore sia l'art. 16, secondo comma, legge fall. sia il principio della non sospensione della sentenza di fallimento per effetto della proposizione del reclamo, restando possibile, in tale caso, solo sospendere, ex art. 19 legge fall., la liquidazione dell'attivo"* (Cass. 13100/2013).

Deve infatti ritenersi che il rimedio ex art. 19 L.F. costituisce strumento alternativo e sostitutivo del rimedio ordinario della sospensione dell'efficacia della sentenza, sicchè non residua alcuno spazio per l'applicabilità del regime ordinario; anzi, proprio la previsione dello specifico strumento di cui all'art. 19 L.F. - limitato come è noto alla sola fase di liquidazione dell'attivo - e la coesistenza di tale strumento con la previsione di cui all'art. 16 II comma L.F. dimostra come non possa farsi ricorso alla generale sospensione della esecutività della sentenza di cui all'art. 283 c.p.c..

Il discorso non muta con riferimento alla sospensibilità della sentenza pronunciata dalla Corte d'Appello in sede di reclamo ex art. 18 L.F.; è noto infatti che, prima dell'entrata in vigore del D. lgs. 169/2007 l'art. 19 L.F. prevedeva, al II comma, che, proposto il ricorso in cassazione, poteva essere richiesta alla Corte d'Appello la sospensione della liquidazione dell'attivo, in conformità con quanto previsto in caso di proposizione del reclamo ex art. 18 L.F.; tale comma è però stato abrogato dall'art. 2 del citato D. Lgs., con la conseguenza che attualmente alla Corte d'Appello, in caso si ricorso in cassazione avverso la sentenza di accoglimento o di rigetto del reclamo ex art. 18 L.F., è inibito sospendere la liquidazione dell'attivo.

Ora appare evidente che la ammissibilità del ricorso ex art. 373 c.p.c. avverso la sentenza della Corte d'Appello di rigetto del reclamo ex art. 18 L.F. si porrebbe in contrasto con i principi emergenti dal sistema come sopra delineato; innanzitutto la esecutività della sentenza di fallimento di cui all'art. 16, II comma L.F. non è suscettibile di sospensione in generale, tenuto conto della finalità di questa



disciplina, diretta a privilegiare gli interessi generali dei creditori rispetto all'interesse del debitore, assicurando che lo "status" di fallito e le esigenze di conservazione del patrimonio non siano soggetti a mutamenti nel corso del giudizio; è suscettibile solo di sospensione la fase della liquidazione dell'attivo, fermi restando tutti gli altri effetti della pronuncia di fallimento, avendo il legislatore optato per tale strumento inibitorio di segno meramente conservativo del patrimonio del fallito; stante l'inapplicabilità, rispetto alla sentenza dichiarativa di fallimento, dello strumento generale di cui all'art. 283 c.p.c. appare coerente la inammissibilità di quello di cui all'art. 373 c.p.c., non potendosi ritenere sorretta da alcuna razionale giustificazione la coesistenza fra la impossibilità del fallito di richiedere la generale sospensione della esecutività della sentenza di fallimento in sede di reclamo ex art. 18 L.F. e la facoltà invece di richiederla nella fase successiva del ricorso in cassazione.

A ciò deve aggiungersi un'altra considerazione che dimostra anch'essa la fondatezza e la coerenza con il sistema della inammissibilità del ricorso allo strumento ex art. 373 c.p.c..

Infatti, nel caso in cui la sentenza della Corte d'Appello abbia accolto il reclamo ex art. 18 L.F., e dunque revocato il fallimento, stante la natura costitutiva di tale sentenza, gli effetti della medesima non possono che prodursi al passaggio in giudicato della stessa, con conseguente inammissibilità del ricorso ex art. 373 c.p.c. perché superfluo.

Nell'ipotesi in cui, come nel presente caso, la Corte d'Appello abbia respinto il reclamo ex art. 18 L.F., ci si trova di fronte ad una pronuncia non certo di condanna ma neppure costitutiva (come la sentenza dichiarativa di fallimento), bensì di accertamento, sicché la richiesta sospensione della esecutività della sentenza di questa Corte è anche in generale inammissibile alla luce della natura stessa di detta sentenza, non suscettibile di esecuzione, proprio perché gli effetti di cui si dolgono i ricorrenti sono stati prodotti dalla sola sentenza dichiarativa di fallimento, avente essa sì - e solo essa - effetto costitutivo ed esecutività immediata.

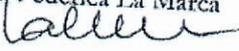
Alla luce di quanto esposto deve ritenersi che il ricorso ex art. 373 c.p.c. debba essere dichiarato inammissibile.

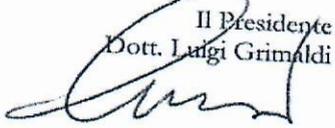
Quanto alle spese "spetta alla Corte di cassazione adita in sede di ricorso contro la sentenza di appello del giudice di merito pronunciarsi, ai sensi dell'art. 385 c.p.c., con la sentenza di rigetto, sul diritto al rimborso delle spese processuali affrontate dalla parte vittoriosa per resistere all'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, proposta in virtù dell'art. 373 c.p.c., i cui atti relativi al conseguente procedimento incidentale sono producibili ai sensi dell'art. 372 c.p.c., non potendo essere allegati anteriormente alla proposizione del ricorso, che costituisce il presupposto logico-temporale del suddetto procedimento" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 19544 del 30/09/2015; cfr. anche Cass. n. 16121/2011).

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Torino,
dichiara inammissibile l'istanza di sospensione della esecuzione ex art. 373 c.p.c. della sentenza della
Corte di Appello di Torino n. [redacted] del 14.1.2016 proposta da [redacted] e [redacted].

Così deciso nella camera di consiglio della Prima Sezione Civile in data 28.6.2016

Il Giudice est.
dott. ssa Federica La Marca


Il Presidente
Dott. Luigi Grimaldi


DEPOSITATA nella Cancelleria della Corte
Appello di Torino il 99/6/16
IL CANCELLIERE
BERSANO CINZIA
CANCELLIERE

