

CAPITOLO 3

Il giudicato concorsuale

Sommario: 1. Il giudicato della sentenza che apre la liquidazione giudiziale. - 2. Il giudicato del decreto di rigetto dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale.

1. Il giudicato della sentenza che apre la liquidazione giudiziale

Parlare di *res judicata* con riferimento ai provvedimenti resi in sede concorsuale non è stato sempre così scontato.

Con particolare riferimento alla sentenza dichiarativa di fallimento, nell'epoca antecedente alla riforma degli anni 2006/2007, essendo la sentenza resa normalmente in assenza di contraddittorio (modello camerale-sommario), riservato all'eventuale successiva fase di opposizione, si erano venuti a creare due contrapposti orientamenti: vi era, da un lato, chi faceva leva sulla necessità di attribuire una certa stabilità alla pronuncia di apertura della procedura di fallimento, specie per esigenze di certezza in ordine agli effetti che essa è in grado di produrre (1) e, dall'altro, chi negava fermamente l'idoneità del provvedimento alla stabilità del giudicato sostanziale *ex art. 2909 c.c.*, al più collegandone l'immutabilità – decorsi i termini per l'opposizione – all'alveo del principio del *ne bis in idem* (2) ovvero argomentando sulla sua presunta natura di atto di volontaria giurisdizione (3).

Con l'impostazione conferita al procedimento prefallimentare dalle citate riforme, con la previsione, quindi, di un contraddittorio pieno ed effettivo già nella detta fase, i dubbi del passato sono stati fugati: il processo per la dichiarazione di fallimento ha assunto indiscutibilmente i caratteri propri di un processo a cognizione piena, seppur di rito speciale, aperto alle garanzie del giusto processo. Pertanto, la sentenza conclusiva sarà necessariamente idonea a formare cosa giudicata (4).

(1) Così, Cass. 31 maggio 1966, n. 1456, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1690; in dottrina, *ex multis*, E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1997, 136, 144 e ss.

(2) V. ANDRIOLI, *Fallimento*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 343, 346; N. PICARDI, *La dichiarazione di fallimento*, Milano, 1974, 195 e ss.

(3) N. PICARDI, *La dichiarazione*, cit., 205 e ss.

(4) Così anche F. DE SANTIS, *Il processo*, cit., 535 e ss.; C. CECHELLA, *Il diritto della crisi*, cit., 192 e ss. A.M. TEDOLDI, *Procedimento unitario*, cit., 806 e ss. Antesignana nella vigenza della vecchia legge fallimentare, Cass. 5 febbraio 1990, n. 66, in *Fall.*, 1990, 602.

L'impostazione del vecchio art. 15 l.f. è stata conservata – e per certi aspetti migliorata – dal Codice della crisi, donde le considerazioni poc'anzi svolte valgono a maggior ragione nell'odierno regime.

Occorre, tuttavia, indagare quali siano i limiti del giudicato formatosi sulla sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, dovendo, tuttavia, previamente individuare l'oggetto del relativo giudizio.

Come evidenziato, poiché il diritto di credito del ricorrente è inteso alla stregua di una situazione soltanto strumentale all'apertura del concorso, l'oggetto del giudizio non può essere fatto coincidere con esso (non si dimentichi, a conferma di ciò, che la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale non fa stato sul credito del ricorrente, il quale per partecipare al concorso è onerato di presentare apposita domanda di insinuazione allo stato passivo, ed è altresì soggetto alle eventuali contestazioni mosse dal curatore o dal giudice delegato).

Esso costituisce unicamente un requisito imprescindibile per la legittimazione ad agire e, come tale, se contestato, sarà fatto oggetto di un mero accertamento *incidenter tantum*, senza che su tale fattispecie venga a formarsi una qualsiasi efficacia vincolante e preclusiva (5).

Parimenti, non può neppure dirsi che oggetto del giudizio siano i presupposti oggettivi e soggettivi, in capo al debitore, per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale: anch'essi si atteggiano alla stregua del diritto di credito del ricorrente, sono cioè strumentali all'apertura della procedura, ad acclarare cioè la legittimità dell'iniziativa del creditore e, quindi, dell'apertura del concorso.

L'oggetto del giudizio di apertura della liquidazione giudiziale è costituito dal contenuto della domanda del ricorrente: che si proceda all'apertura del concorso e, quindi, all'applicazione alla fattispecie concreta delle regole speciali del diritto della crisi d'impresa.

Ciò comporta, inevitabilmente, la trasformazione del diritto individuale del creditore, che sarà ora governato dalle regole proprie del concorso, senza più possibilità di applicazione delle regole del diritto comune e del diritto dell'esecuzione forzata individuale.

È, quindi, la richiesta di assoggettamento del proprio diritto individuale di credito alle regole speciali che costituisce l'oggetto del giudizio per l'apertura della

(5) M. FABIANI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 52; C. CECHELLA, *Il diritto della crisi*, cit., 196. *Contra* V. ANDRIOLI, *Fallimento*, cit., 343, che ancora, come già detto, l'immutabilità del fallimento al principio del *ne bis in idem*, e non alla formazione di un giudicato; F. DE SANTIS, *Il processo*, cit., 546, che ammette la formazione di un giudicato anche sostanziale sui presupposti dell'insolvenza e della qualità di imprenditore commerciale assoggettabile a procedura concorsuale del debitore. In giurisprudenza, Trib. Verona, 6 giugno 1987, in *Giust. civ.*, 1988, I, 522.

liquidazione giudiziale, richiesta che si rivela essere la traduzione di un diritto processuale in capo al ricorrente (il c.d. diritto al concorso) (6).

Stesse considerazioni debbono essere estese al caso in cui ricorrente per la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale sia lo stesso debitore.

Come sarà meglio esaminato nel prossimo paragrafo, con la mutata natura della procedura liquidatoria concorsuale – già a partire dagli anni 2006/2007 – e l'abbandono dell'idea di fallimento come "punizione" per l'imprenditore che avesse recato nocumento al mercato con la propria insolvenza, sono stati introdotti una moltitudine di strumenti di carattere opposto, cioè di carattere "premiale". Basti pensare alle c.d. misure protettive di cui all'art. 54, cod. crisi, o a quelle premiali dell'art. 25bis, cod. crisi, fino all'istituto dell'esdebitazione. Senza considerare l'introduzione dell'iniziativa dello stesso debitore a instare per il proprio fallimento (oggi liquidazione giudiziale).

Non è un mistero che le riforme succedutesi negli ultimi venti anni siano state tutte volte a favorire l'accesso del debitore alle procedure concorsuali, maggiori o minori, poiché si è compreso – evidentemente – che il perseguimento dell'interesse collettivo al buon andamento dell'economia è sicuramente agevolato dalla sottoposizione del debitore a una procedura collettiva, con applicazione delle speciali regole del concorso, piuttosto che a una procedura individuale che spesso scontenta i più.

In tale ottica, dunque, come negarsi la sussistenza di un diritto – seppur di natura processuale – del debitore ad autoassoggettarsi alle regole del concorso.

Questa breve digressione per comprendere la ragione per cui è da ritenersi che l'oggetto del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale sia, appunto, il diritto all'accesso al concorso, e non gli ulteriori presupposti, sia dal lato attivo che dal lato passivo, i quali costituiranno unicamente dei semplici parametri di valutazione per la verifica della sussistenza del diritto al concorso, mediante accertamenti incidentali inidonei a costituire cosa giudicata, nel rispetto del principio processuale di carattere generale contenuto nell'art. 34, comma 2, c.p.c.

Lo stesso vale anche per il giudicato che si forma con riferimento alla sentenza di omologazione di una soluzione negoziale, poiché anche in tal caso, oggetto del giudizio è il medesimo diritto (in specie, del debitore) ad assoggettare i propri diritti e obblighi individuali alle regole del concorso, secondo lo schema proprio dello strumento pattizio prescelto.

Chiariti i limiti oggettivi del giudicato, merita segnalare la peculiarità dei relativi limiti soggettivi.

(6) C. CECHELLA, *Il diritto della crisi*, cit., 195; M. FABIANI, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 766. Affermano, invece, una efficacia preclusiva in ordine alla sussistenza della qualità di imprenditore commerciale assoggettabile a procedura concorsuale e dello stato di insolvenza S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1994, 70 e ss. *Contra* M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 256 e ss.

Contrariamente alle sentenze rese a conclusione di un processo di rito comune, la sentenza che apre una procedura concorsuale – anche negoziale – riflette la sua efficacia non solo relativamente alle parti del processo ovvero ai successori, ai sensi dell’art. 2909, c.c., ma ha una valenza *erga omnes* (7), che incide, quindi, anche nei confronti dei terzi che sono rimasti estranei al giudizio.

Più precisamente, la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, così come quella di omologa, produce effetti costitutivi non solo in capo al debitore (che assume quel particolare *status* derivante dall’applicazione delle norme di diritto concorsuale) o al creditore procedente, ma anche nei confronti di una moltitudine di soggetti terzi, quali, ad esempio, gli altri creditori che non sono intervenuti nel procedimento per l’apertura della procedura o non dissenzienti nella procedura di omologazione e, più in generale, chiunque altro sia titolare di un diritto che si interseca con quello del debitore assoggettato a procedura concorsuale (artt. 49, comma 4, cod. crisi e art. 48, comma 5, cod. crisi).

Sempre con riferimento ai terzi estranei al giudizio, la specialità del diritto concorsuale, inoltre, non tollera al proprio interno i canonici rimedi offerti dall’ordinamento a tutela dei terzi lesi – o potenzialmente tali – nei propri diritti dal giudicato formatosi *inter alios*, quali l’opposizione di terzo ordinaria e revocatoria, atteso che l’ordinamento appresta un rimedio a legittimazione diffusa, il reclamo di cui all’art. 51, cod. crisi, esperibile, tra gli altri, da “*qualunque interessato*” (8). È quindi il reclamo la prima sede ove il terzo che non ha partecipato al procedimento preconcorsuale, potrà far valere le proprie ragioni a sostegno del rigetto della domanda di apertura della liquidazione giudiziale.

Merita, infine, fare un cenno alla diversità temporale con cui la sentenza esplica i suoi effetti nei confronti dei soggetti a vario titolo coinvolti.

L’art. 49, comma 4, cod. crisi, così come il precedente art. 48, comma 5, cod. crisi, stabilisce che “*La sentenza produce i propri effetti dalla data della pubblicazione ai sensi dell’art. 133, primo comma, del codice di procedura civile*”, quindi quando la cancelleria provvede a comunicarla, via PEC, alle parti del giudizio.

La norma stabilisce, quindi, un’eccezione alla generale regola concernente la produzione degli effetti derivanti da una sentenza di tipo costitutivo, anticipandoli al momento della pubblicazione della stessa e non al suo passaggio in giudicato.

La *ratio* è da ricercarsi nel contenuto complesso della sentenza che apre la liquidazione giudiziale (o omologa una soluzione pattizia) (9): se è innegabile che essa

(7) Diffusa l’opinione che fa discendere tale tipo di efficacia ritenendo la sentenza una ipotesi di giurisdizione oggettiva, così V. DENTI, *Riv. trim. proc. civ.*, 51, 1016; P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., 160 e ss.

(8) Cass. 24 febbraio 2020, n. 4786, in *Fall.*, 12/2020, 1565, con nota di G. CARMELLINO.

(9) M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit. 180 e ss.; F. FERRARA-A. BORGIOI, *Il fallimento*, V ed., Milano, 1995, 250 e ss.; A. BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1992, 126; G.A. MICHELI,

produca effetti di tipo costitutivo, in quanto idonea a modificare la regolamentazione del caso concreto, con l'applicazione dello speciale regime concorsuale e a imporre determinati vincoli ai diritti del debitore sul proprio patrimonio, non può dubitarsi che la stessa contenga, implicitamente, anche statuizioni di tipo condannatorio.

Essa, infatti, comporta anche l'apertura del concorso – inteso come esecuzione collettiva sul patrimonio del debitore, anche in ipotesi di soluzione negoziale – donde sarebbe difficile non ipotizzare la natura *mutatis mutandis* di titolo esecutivo della sentenza, pur in assenza di un espresso capo di condanna.

Infine, per la parte meramente ordinatoria – con riferimento alla nomina degli organi, agli adempimenti imposti al debitore ecc. – si è osservato come la stessa abbia una natura assimilabile ai provvedimenti di volontaria giurisdizione, non contenziosa.

Il medesimo art. 49, cit., prosegue poi affermando che “*Gli effetti nei riguardi dei terzi, fermo quanto disposto agli articoli da 163 a 171, si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese*”, così creando un'efficacia differita rispetto ai soggetti che non sono stati parte del processo.

La ragione della diversificazione del termine di efficacia è da condividere, poiché è necessario un precipuo regime di pubblicità collettiva, stante l'efficacia *erga omnes* della sentenza e, molto più importante, vi è necessità di stabilire un *dies a quo* unico e certo per la proposizione di eventuali reclami ex art. 51, cod. crisi.

Oltre a tale ragione, vi è un'evidente volontà di tutela dei terzi in buona fede che siano destinatari di atti dispositivi o pagamenti da parte dell'imprenditore nelle more della pubblicazione della sentenza nel registro delle imprese, ben potendo questi ultimi opporre alla procedura l'ignoranza della stessa fino al momento della pubblicazione (10).

2. Il giudicato del decreto di rigetto dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale

Diverso, invece, il discorso per quanto concerne la pronuncia di rigetto della domanda di apertura della liquidazione giudiziale.

Come sarà meglio esaminato nel Cap. 5 di questa Parte, il Codice mantiene la veste del decreto camerale per i casi in cui la decisione del tribunale (o della

Profili della sentenza dichiarativa di fallimento, in *Riv. dir. priv e proc.*, 1936, I, 260 e ss. Per S. SATTA, *Diritto fallimentare*, III ed. a cura di R. VACCARELLA-F.P. LUISO, Padova, 1996, 71 e ss., la sentenza dovrebbe annoverarsi tra quelle di “*accertamento costitutivo*”. Per E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II ed., Milano, 1997, 128 e ss., la sentenza è anche atto esecutivo. Per la natura di provvedimento cautelare, si v. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 116.

(10) Per un approfondimento, A.M. TEDOLDI, *Procedimento unitario*, cit., 807 e ss.

Corte di appello in sede di reclamo) sia di rigetto dell’istanza di apertura della liquidazione giudiziale.

Tale previsione induce a ritenere confermate anche nel nuovo regime le opinioni e gli orientamenti formati sotto la vigenza della Legge fallimentare; in particolare, quelle secondo cui il decreto di rigetto dell’istanza per la dichiarazione di fallimento – oggi per l’apertura della liquidazione giudiziale – è insuscettibile di formare cosa giudicata (11) e, conseguentemente, è da escludersi una qualsiasi efficacia preclusiva od ostativa alla eventuale riproposizione della stessa domanda, anche in assenza di un mutamento delle circostanze.

Se vogliamo, per contro, forse con il Codice l’interpretazione è tanto più coerente e calzante a mente della nuova previsione dell’art. 50, comma 4, cod. crisi, laddove si specifica che il decreto di rigetto reso dalla Corte di appello in sede di reclamo (e, a maggior ragione, quindi, quello reso dal tribunale) non è suscettibile di ricorso per Cassazione.

(11) In termini, A.M. TEDOLDI, *Crisi, insolvenza, sovraindebitamento*, Pisa, 2022, 97 e ss., che fa leva sul fatto che il decreto di rigetto – oltre ad essere reso nelle forme del decreto camerale – non contiene alcun accertamento positivo sul quale potrebbe formarsi il giudicato, atteso che la pronuncia di rigetto si limita a verificare la mancanza di insolvenza e delle qualità soggettive del debitore; M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, cit., 183; P. RONCOLETTA, in *Codice del fallimento*, P. PAJARDI, a cura di M. BOCCHIOLO-A. PALUCHOWSKI, Milano, 2013, 339; A. ZACCARIA-M. FACCIOLO, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2009, 90; A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 91. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., Sez. Un., 7 dicembre 2006, n. 26181, in *Fall.*, 3/2007, 343; Cass. 7 giugno 2021, n. 15806, in *Fall.*, 11/2021, 1451; Cass. ord. 21 giugno 2018, n. 16411, in *CED Cassazione* 2018; Cass. 28 febbraio 2017, n. 5069, in *CED Cassazione* 2017; Cass. 2 aprile 2015, n. 6683, in *CED Cassazione* 2015.

Meritevole di nota l’orientamento dottrinale che parrebbe possibilista all’apertura dell’efficacia di giudicato anche del decreto di rigetto: così F. DE SANTIS, *Il processo*, cit., 551 e ss.; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 207, il quale rileva come, se la *ratio* dell’inidoneità al giudicato risieda nella natura sommaria degli accertamenti svolti in sede di istruttoria prefallimentare, allora anche il provvedimento che dichiara l’apertura del fallimento dovrebbe essere parimenti inidoneo al giudicato, predicando quantomeno la formazione di un giudicato formale sulla pronuncia di rigetto, sì da consentirne la stabilità degli effetti.

In giurisprudenza, Cass. 18 gennaio 2000, n. 474, in *Foro it.*, 2000, I, 2232, con nota di M. FABIANI, in *Fall.* 2/2001, 157, con nota di A. DI AMATO, ammette l’idoneità al giudicato se il rigetto incide sulla proponibilità dell’azione da parte del creditore in ragione della qualità del soggetto debitore. Inoltre, Cass. 26 giugno 2000, n. 8660, in *Dir. fall.*, 2000, 802, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, aveva affermato che “*Ai fini dell’ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. avverso il provvedimento della corte di appello di rigetto del reclamo proposto dal socio dichiarato fallito in relazione al decreto del tribunale di rigetto della sua domanda di estensione del fallimento sociale, ex art. 147, comma 2, l. fall., agli altri soci solidalmente ed illimitatamente responsabili, che non siano stati già dichiarati falliti contestualmente al fallimento della società, rileva il contenuto di accertamento del decreto impugnato e che ha formato oggetto della decisione della corte di appello. Quando nel provvedimento negativo (di rigetto) la questione risolta non attenga ai presupposti di fatto, dei quali sarà sempre possibile un diverso apprezzamento nella mutevolezza degli stessi, ma riguardi invece profili di diritto, al provvedimento suddetto deve riconoscersi anche il carattere della definitività e la conseguente idoneità a conseguire l’efficacia di giudicato*”.